

התאגיד כיצור ריאלי: איכות הסביבה כמקרה בוחן

הדרה בר-מור*

- פרק 1: מבוא
- פרק 2: עניין חברת נמלי ישראל – ניתוח
- פרק 3: התפתחות תפיסת התאגיד בישראל
- פרק 4: התפתחות המשגת הישות המשפטית
- 4.א. גישת האינדיבידואליזם
- 4.ב. הגישה המוסדית ואסכולת התורה הריאלית
- פרק 5: כוחו הפוליטי של התאגיד
- פרק 6: איכות הסביבה כמקרה פרטי
- 6.א. אחריות התאגיד בפלילים
- 6.ב. איכות הסביבה כמקרה בוחן
- פרק 7: תובנות מסכמות

פרק 1: מבוא

ההכרה בישותו המשפטית של תאגיד היא אבולוציה נורמטיבית שהגיעה לבשלות כבר בסוף המאה התשע-עשרה באירופה ובארצות הברית. אולם, אופיו ומבנהו של התאגיד, נותר חמקמק ואמורפי. דורות של תיאורטיקנים התחזקו אחר תכונותיו המיוחדות, ובעיקר אלו של החברה הרשומה. ישותה "הערטילאית" היתה מוקד למחלוקות

* פרופסור חבר, סגנית דיקן, בית הספר למשפטים, המכללה האקדמית נתניה. רשימה זו נכתבת כחלק ממסכת עיון במהותו של התאגיד שהתקיימה ב-7.6.10 במסגרת כנס לכבוד צאת סדרת ספרי דיני תאגידים בהוצאת האוניברסיטה הפתוחה. כבוד נשיא בית המשפט העליון (די.מ.) אהרן ברק כתב מאמר בנושא התאגיד וחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, שמתפרסם בכרך זה. פרופ' אוריאל פרוקצ'יה הרצה על השפעת המשבר הכלכלי על דיני החברות והרצאתו מתפרסמת בכרך זה. תודתי העמוקה נתונה לשני גדולי משפט אלו שהראוני את דרכי המשפטית. לבסוף, אני מבקשת להזכיר בגעגועים את מורי ורבי פרופ' גואלטירו פרוקצ'יה שהוליכני בשבילי המשפט והחיים. פרקים רבים מרשימה זו נסמכים על כתביו שתקיפותם כיום חזקה כתמיד.

שניטשו סביב מהותה. העיסוק בישות החברה פרץ מעבר לזיכוחים משפטיים וחוקרים מתחומי מדעי החברה, אנשי מדע המדינה, סוציולוגים ופסיכולוגים מצאו עניין מיוחד לבחון את תופעת התאגיד על רקע התרחשויות סוציולוגיות. במרחב המשפטי ניתן לחלק את התיאוריות סביב התפתחות התאגיד לשתי קבוצות עיקריות: האחת, דוחה את ההתייחסות אל התאגיד כישות שוות ערך לבני אדם טבעיים, ובבסיסה הסירוב ליחס ליצור משפטי שמופעל על ידי ישויות טבעיות תכונות אנושיות. במסגרת זו, יש נטיה "לפרק" לגורמים את רכיבי התאגיד ולעסוק במהות פעילותם כמו בקשרים החוזיים ביניהם. השניה, המשווה את מעמדו של התאגיד לזה של יצור טבעי, טוענת לבגרות פילוסופית כלפי תופעות סוציו-משפטיות, ומשכללת את קיומו לכדי מרכז רב משמעות בתחומי הכלכלה, הסוציולוגיה והפוליטיקה.

בתקופות שונות בהיסטוריה המחקר בדבר ישותו של התאגיד, נדמה היה כאילו התיאוריה הנפוצה של אותה תקופה, המסבירה את מהותו, היא האמת הנכונה, ועל-פיה ראוי לעצב את הגישה המשפטית של דיני החברות של התקופה. אולם, במבט רטרוספקטיבי ניתן לומר כי החברה כתאגיד היא ישות המשתנה באופן מתמיד, מגיבה למציאות הסוציו-כלכלית ואיתה גם משתנות התיאוריות סביב מהותה.

כבר בפתח לרשימה זו ניתן לומר כי הדיכוטומיה התיאורטית שהוצגה, לא בהכרח תהווה בבואה מתמדת לקיומו של התאגיד. הנסיבות, הכלכלה, המבנה הפוליטי, החוקים, האמונות שלנו, התרבות, שמשיעים על ההווה האנושית, ישליכו על התפיסה התקופתית את התאגיד. אולם, במקביל, האבולוציה המשפטית של התאגיד, שבנויה על שכבות של תפיסות תיאורטיות, אוגרת ומפנימה את התובנות של התיאוריות הקודמות. לכן, גם אם בכל עידן פורצת למרחב תיאוריה חדשה בדבר קיומו של התאגיד היא לחלוטין מבוססת על התועלות והחסרונות של התיאוריות הקודמות. רובן זכו לפריחה במועד פיתוחן ולאחריה הן חוו שקיעה ודחיה.¹

תקיפותן של התיאוריות אודות קיומו של התאגיד נבחנת באופן קבוע על ידי שימושיהן בפסיקה. פסק הדין רע"פ 8487/11 חברת נמלי ישראל – פיתוח ונכסים בע"מ נ' מ"י – המשרד להגנת הסביבה,² שניתן לאחרונה על ידי בית המשפט העליון בעניין ענישה פלילית של תאגיד שעבר על הוראות חקיקה בעניין איכות הסביבה, מעורר עניין מיוחד בגישתו העדכנית של בית המשפט העליון לתופעת התאגיד כישות עצמאית. החידוש שבהחלטה הוא כפול: ראשית, נסללה הדרך להטלת סנקציה עונשית על תאגיד בלי להרשיעו. שנית, ניתנה לגיטימציה להרחבת מגוון כלי הענישה המיושמים

1 על תקיפותן של תיאוריות המסבירות את מהות התאגיד ראו אוריאל פרוקציה "מושג ותיאוריה בתורת האישיות המשפטית" עיוני משפט יז (תשנ"ב) 167, 176–185.
2 פורסם בנבו (23.10.12) (להלן: עניין חברת נמלי ישראל). בעת מסירת מאמר זה לדפוס אושר בתיק זה, בהחלטה שניתנה בתאריך 3.12.12 על ידי נשיא בית המשפט העליון אשר גרוניס, דיון נוסף דנ"פ 8062/12. הדיון יתקיים בפני מותב מורחב של שבעה שופטים כדי לדון בשלוש סוגיות שנובעות מפסק הדין שניתן בבית המשפט העליון. טרם נקבע מועד לקיומו של הדיון.

כלפי התאגיד, ולהכללת תהליך "שיקום" של תאגיד, שזיהם את מימי הים באמצעות צו מבחן וצו שירות לתועלת הציבור (להלן: של"צ). במסגרת הדיון נעשה שימוש בגישות שונות המסבירות את קיומו של התאגיד ולטענתי, הגישה המשתקפת מכיוונו של בית המשפט העליון במהלך המשגת התאגיד היא אינסטרומנטלית ומותנית במטרה שאותה בית המשפט העליון שואף להגשים ולא בתקינותה של תיאוריה נוכחית מקובלת. מתוך עמדות השופטים בפסק דין זה ומאלה שניתנו בפסיקה אחרת בתקופה האחרונה, דומה כי גישת בית המשפט העליון למהותו של תאגיד הפכה פרגמטית ובמסגרתה נעשה שימוש במיגוון האסכולות המשפטיות. תהליך ההגדרה אינו עוד תוצאתו של דיון תיאורטי בעל "אמת" אחת, והוא תלוי מטרה ונסיבות. לכן, בעוד שבמסגרת היחסים הרצוניים שבין קבוצות בעלי העניין בחברה, החברה אינה אלא "פקעת של חוזים"³, הרי ביחסים שבין החברה בע"מ לבין האזרח והציבור, היא תאגיד בעל "יש" קיומי עם כוח פוליטי. כך ניתן להטיל עליו סנקציות זהות לאלו המוטלות על אדם טבעי. כך ניתן לזהות את נושאי המשרה הפועלים בשמו כאורגנים, וכך ניתן להטיל עליו אחריות פלילית כדי להגשים מטרות ממלכתיות. לדוגמה: הגנת הטבע ואיכות הסביבה הפכו לאינטרס חברתי חשוב שבמרכזו הגנה על בריאות הציבור ורווחתו ושימור ערכי הטבע והנוף. המודעות הציבורית לצורך בשמירה על משאבי הטבע הובילה למעורבות המחוקק באמצעות חקיקה ורגולציה שיצאה חוצץ כנגד התאגידים המזהמים כישויות אוטונומיות. האינטרס החברתי שמשתקף ממעורבות זו של המחוקק מקודם גם על ידי בית המשפט העליון בהחלטתו להרחיב את מגוון הסנקציות המוטלות על התאגיד רב העוצמה שחטא בזיהום. כדי להגיע לתוצאה זו, נעשה שימוש בגישה הריאלית כלפי התאגיד כישות עצמאית ועוצמתית הנפרדת ממרכיביה.⁴

כדי להתחקות אחרי תהליך ההמשגה של התאגיד בבית המשפט העליון אתחיל בניתוח גלגוליו של פסק הדין בעניין חברת נמלי ישראל על הרקע ההחלטות השונות בשלוש הערכאות. לאחר מכן אתאר את הגישות השונות למהותו של התאגיד תוך הדגשה של האסכולה הריאלית. לשיטתי, פסק הדין בעניין חברת נמלי ישראל מבוסס על המשגת התאגיד כישות עצמאית ופוליטית – תופעה שמוכילה אותנו אל בין כותליה של האסכולה הריאלית. מאחר ובשנים האחרונות קמה לה עדנה, ראיתי לנכון

3 רע"א 1896/12 מטרות מיזוג חברות בע"מ נ' אולטרה שייפ מדיקל, פורסם בנבו (5.4.2012) (להלן: עניין אולטרה שייפ), סעיף 6 לפסק דינו של השופט ניל הנדל.

4 מעניין לציין כי בפסק הדין עצמו ניתן לזהות עקבות של הכרה באופיה הפיקטיבי של חברה בע"מ כישות: בפעם הראשונה: בסעיף כט להחלטתו של השופט רובינשטיין, בו הוא נמצא אומר כי "חרף הקושי בהיותו של התאגיד 'אדם' רק כחלק מפיקציה משפטית הטילו בתי המשפט [האמריקאים] במסגרת המבחן צו שירות קהילתי במקרים שונים." אולם, את אלו יש לראות בעיקר כהתייחסות לעמדתה של הפסיקה האמריקאית בסוגיות של איכות הסביבה. בפעם השנייה: במהלך דיון במהות אחריותה הפלילית של החברה הוא מעדיף את הביטוי אחריות פלילית עצמית על פני הביטוי אחריות פלילית אישית ככל שהוא מתייחס לתאגיד אישית. משמע לתאגיד אין אישיות אלא רק עצמיות שהוקנתה לו בדין.

להרחיב בגינה. בהמשך אנתח את המקרה הפרטי של בדיד מזהם על רקע אחריות במסגרת דיני איכות הסביבה תוך בדיקת השאלה אם לפנינו מקרה ספציפי או דוגמה למגמה כללית. לגישתי, פסק הדין מציג גישה שכונתה על ידי המלומד האמריקאי סמרס "אינסטרומנטליזם משפטי"⁵. כדי להגשים את המטרות של הטלת אחריות על תאגיד מזהם והגברת המודעות התאגידית לאיכות הסביבה בית המשפט בוחר לעשות שימוש יצירתי במנגנוני ענישה חדשים מתחום המשפט הפלילי התקופתי ולהחילם על עבירות מתחום דיני איכות הסביבה. זאת, הכרה בממשותו של התאגיד כיצור ריאלי. הפעם בית המשפט בוחר לו את התשתית הנחוצה כשברקע ההכרה בממשות פעילותו של התאגיד. הפרק האחרון יהיה סיכום.

פרק 2: עניין חברת נמלי ישראל – ניתוח

חברת נמלי ישראל היא חברה ממשלתית שעוסקת בפיתוח תשתיות נמלי ישראל. במסגרת עבודות תשתית בנמל בחיפה, ניתן לה היתר להטלת פסולת בים ואת העבודות ביצע בפועל קבלן משנה של קבלן משנה של הקבלן הראשי של החברה. קרי, קבלן משנה מפרנטלה שלישית, בעל ריחוק פיקודי מנושאי המשרה בחברת הנמלים. במהלך העבודה הפר קבלן המשנה את תנאי ההיתר להטלת פסולת, בניגוד לחוק מניעת זיהום הים (הטלת פסולת), תשמ"ג-1983. הפסולת יצרה כתם גדול במי הים הסמוכים לפתחו של נמל חיפה, וגרמה לזיהום הסביבה הימית. המדינה הגישה כתב אישום כנגד חברת הנמלים וכנגד שלושה נושאי משרה בה. במסגרת הסדר טיעון, הודתה חברת נמלי ישראל במיוחס לה, אך שלושת נושאי המשרה נמחקו מכתב האישום. עוד הוסכם במסגרת הסדר הטיעון, כי המדינה תעתור להרשעתה של חברת הנמלים ולחיובה בקנס בסך 100,000 ש"ח, וחברת הנמלים, לעומת זאת, תעתור לאי־הרשעתה ולפסיקת הסכום האמור כפיצוי ולא כקנס. כן הוסכם, כי חברת הנמלים תחתום על התחייבות כספית שלא לעבור עבירה דומה. המסכת העובדתית מעוררת מספר שאלות בעלות משמעות עקרונית לאחריותו הפלילית של התאגיד בכלל ושל חברה בע"מ בפרט: האחת, האם ניתן במישור העקרוני להחיל על חברה בע"מ שנמצאת אחראית בפלילים את ההסדר שמיושם כלפי נאשמים שהם בני־אדם טבעיים ולא להרשיעה. השאלה השנייה היא, האם

⁵ ראו: Robert S. Summers "Pragmatic Instrumentalism in Twentieth Century American Legal Thought-A Synthesis and Critique of Our Dominant General Theory About Law and Its Use" 66 *Cornell L. Rev.* 861 (1981). אחד מעיקריו המרכזיים של האינסטרומנטליזם המשפטי הוא הטיעון שמאחר והחוק הוא מכשיר שנועד לשרת מטרות מוגדרות, הרי שהחלטה על הפעלתו של מנגנון נורמטיבי מסוים חייבת להיות מוסברת על ידי הערכת סיכוייו של מנגנון זה להגשים את המטרות אותן הוא אמור להגשים.

ההסדרים הקיימים בדין לא־הרשעה מאפשרים במישור המעשי לעשות כן. הקושי המשפטי והדילמה המושגית נסכים סביב מנגנון הסנקציה שצמוד לא־הרשעה למרות הממצא של אחריות פלילית. במסגרתו, מוטלים צו מבחן או צו שירות לתועלת הציבור (של"צ), שהן סנקציות שעד עתה הוטלו על נאשמים בשר ודם אך לא על תאגיד. המכשול העיקרי היה הצורך לבצע תסקיר מבחן לחברה בע"מ כתנאי להטלת צו מבחן או צו לשירות לתועלת הציבור והעדרו של מנגנון משפטי קיים לעריכת תסקיר מבחן לחברה בע"מ. השאלה השלישית, שבה לא אעסוק, היא האם ניתן להטיל התחייבות להימנע מעבירה כסנקציה יחידה המלווה לאי הרשעה.

הנושא נדון בשלוש ערכאות והכרעתו של בית המשפט העליון החזירה בסופו של דבר לכנה את החלטתו של בית משפט השלום. בית משפט השלום קבע כי ניתן להעניק לחברה בע"מ את הזכות שלא להיות מורשעת למרות שנמצאה אחראית בפלילים בדומה לזכות שמוענקת לנאשם בשר ודם. עוד קבע כי ניתן להטיל עליה צו מבחן או צו שירות לתועלת הציבור שהן סנקציות מקובלות במקרה של אי הרשעה. זאת, למרות שצו מבחן מותנה בעריכת תסקיר שירות מבחן – פרוצדורה שעד עתה הותאמה רק לבני אדם. בית המשפט המחוזי קיבל את הערעור על החלטתו של בית משפט השלום,⁶ והדגיש את השוני בבסיס השיקולים ששומה על בית המשפט להפעיל כדי לבטל הרשעה כלפי חברה בע"מ. בהחלטתו מובלעת התייחסות שונה מזו של בית משפט השלום לישותו של התאגיד כגוף לא טבעי והיא השליכה על התוצאה. ראשית, קבע, כי למרות ששיקולי הרתעה הקיימים בעניינו של הפרט אינם דומים לרכיבים המרתיעים "תאגיד",⁷ הרי שסנקציית התיוג הפלילי, לפיו רשומה לחובת התאגיד הרשעה בפלילים, היא בעלת משמעות ייחודית כלפיו, ויש בה מסר חד משמעי של גינוי וסלידה מן המעשה שבוצע. שנית, למרות שלתאגיד אחריות פלילית כזו המוטלת על אדם⁸ הימנעות מהרשעה מחייבת הטלת סנקציות בעלות אופי אנושי. מאחר והמנגנון הסטטוטורי טרם התאים עצמו פרוצדוראלית לתהליך הכנת תסקיר עבור תאגיד אין מנוס, לשיטתו של בית המשפט המחוזי, מהרשעתו והפניית ההסדרה החדשנית של ענישת תאגיד שלא הורשע להמחוק.

החלטתו של בית המשפט המחוזי נהפכה בבית המשפט העליון שם אושררה תפיסתו של בית משפט השלום על פיה, ניתן להפעיל כלפי תאגיד גם אמצעי ענישה שיקומיים למרות מהותו ה"לא אנושית".

6 ע"פ (חי') 1314-06-11 מ"י המשרד להגנת הסביבה נ' חברת נמלי ישראל – פיתוח ונכסים בע"מ, פורסם בנבו (24.10.11). ראוי לציין כי בבית משפט המחוזי, שאליו ערערה המדינה, השתנתה טענתה. בא כוחה הודה כי קיימת אפשרות היפותטית להימנעות מהרשעת תאגיד, אך טען כי קיימים קשיים פרקטיים ובסיסיים לביצועה בהעדר מנגנון מתאים (תסקיר לתאגיד וכיוצ"ב).

7 שם, בע' 13.

8 כעולה למשל מסעיף 23 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, ומסעיף 4 לחוק הפרשנות, תשמ"א-1981. שם, בע' 14.

פסק הדין שניתן בבית המשפט העליון הוא מסה מרתקת של עיון ודיון מחודש במהותו האונטולוגית של התאגיד כ"יש" ריאלי ובמעמדו של בית המשפט הן כגוף מתווך בין הציבור כקהילה צרכנית של איכות סביבה לבין התאגיד המזהם והן כזרוע מפקחת של השלטון על קידום מטרות מודרניות בחברה הקיימת.

ברשימה זו ברצוני לבחון את גישתו של בית המשפט העליון למהותו של התאגיד כגוף ממשי רב מימדי בעל עוצמה פוליטית על רקע השקפתו שלו את מהות תפקידו. הטיעון המרכזי הראשון שלי הוא כי הענישה החדשנית שזכתה כאן לאישורו של בית המשפט העליון מבוססת על תשתית יסודותיה של הגישה הריאלית המסבירה את קיומו של התאגיד. זו, מכירה במציאות הסוציאלית של התאגיד מחוץ לקיומו המשפטי ולכן כיצור הוא מהווה יותר מסך כל מרכיביו. תובנה זו מסייעת לתהליך הדדוקטיבי שמסיק כי תאגיד עלול להיות בעל פוטנציאל כוח הרסני, ויש להעמיס עליו את עלויות התנהגותו החורגת. היא מדגישה את חזרתה של האסכולה הריאלית למארג התורות בדיני החברות המסבירות את מהותה של החברה בע"מ.

פסק הדין גם מציג גישה שונה, עוצמתית ואסרטיבית יותר של בית המשפט העליון כמוסד בעל סמכות פיקוחית על תאגידים. נקודת המוצא שלו אינה רק של שחקן המיישב סכסוכים אלא של זרוע שלטונית בעלת ייפוי כוח לבצע איזון בין שני אינטרסים חברתיים: הגנה על האזרחים והקהילה מפני כוחו של התאגיד והקפדה על מעמדו המיוחד של התאגיד בשוק הכלכלי. במיוחד על רקע עבירות של איכות סביבה נוטל בית המשפט תפקיד פעיל מעבר לזה של מסדיר מחלוקות, ומפעיל את סמכותו כדי להחזיר את האיזון בין התאגיד כשחקן פעיל ויצרני בשוק לבין הפרטים והקהילה כמועמדים להיפגע מעוצמתו. סימנים למגמה זו מצויים גם בפסק דין אחר של בית המשפט העליון שניתן השנה⁹ בו מציג השופט ניל הנדל את האתגר שניצב בפני בית המשפט בבואו להכריע בסוגיות בהן מעורב תאגיד. לשיטתו של השופט הנדל בתחום דיני החברות שומה על בית המשפט לצעוד בזהירות מאחר והאיזון שעליו הוא אמון אמור לבוא לביטוי בהענקת חופש לכוחות השוק ובהם התאגיד לפעול מזה, תוך הקפדה על ייצוג נאות לאינטרסים של השחקנים החלשים יותר מזה, אך מבלי לבטל את זכותם של השחקנים החזקים יותר להיות כאלה.

עמדה זו של בית המשפט צריכה להיבחן על רקע התיאוריה הפוליטית המסבירה את קיומו של התאגיד ומקנה לבית המשפט העליון תשתית אידיאולוגית להמשיך ולדבוק בעמדה זו. לאור החשיבות שאני מייחסת לדיון בתיאוריה של התאגיד, אפרט את גישות שלושת השופטים – השופטים אליקים רובינשטיין, יורם דנציגר ויצחק עמית, שישבו בדין. השופט רובינשטיין¹⁰ שנתן את פסק הדין המרכזי, ואל רוב נימוקיו

9 עניין אולטרה שייפ, לעיל בהערה 3.

10 עניין חברת נמלי ישראל, לעיל בהערה 2, פסקה לא לפסק הדין.

מצטרף השופט דנציגר, מדגיש כי למרות עמדתו של שירות המבחן על פיה אין לו "מומחיות בהתאמת ענישה לחברה או לכל גוף משפטי אחר"¹¹ הטלת צווי מבחן ושל"צ על תאגיד היא אפשרית, ומוצדקת מבחינת תכליתה, שכן היא מגוונת את דרכי הענישה. באשר לתאגיד, הוא משווה את מצבו הנורמטיבי ככל הניתן, למצבו של אדם בשר ודם, ומעדיף את שיקומו של תאגיד על פני הרשעתו. זאת, על רקע זכותו של תאגיד להנות ממנגנוני ענישה מתקדמים הווה לזו של בשר ודם.

בתוך כך מתייחס השופט רובינשטיין בעקיפין למהותו של התאגיד. החלק המכריע בהחלטתו מבוסס על תמיכה בגישת התורה הריאלית ובמהותו של התאגיד כיצור קיום עצמאי. ראשית, עמדת המוצא של החלטתו היא השוואת החובות, ההגנות וזכויות יסוד שמוענקות לתאגיד¹² לאלו שמוענקות לאדם טבעי. לכן הוא גם מעניק הזדמנות שווה לתאגיד להנות מהאפשרות להימנע מהרשעה, ממש כשם שהיא עומדת לאדם בשר ודם. הטעם המרכזי למסקנתו זו הוא, כך נראה, מהותו הממשית של התאגיד: אם פוטנציאל הפגיעה בתאגיד ובשמו הטוב זהה לזה של אדם, ואם ניתן לבחון את חומרת העבירה שעבר תאגיד כשם שניתן לבחון את חומרתה של עבירה שעבר אדם בשר ודם, אזי קצרה הדרך להכיר בו כישות ריאלית. שנית, במסגרת הדיון במנגנון צווי מבחן ושירות לתועלת הציבור, בולטת אצלו ההתייחסות ל"תרבות" התאגיד ולתפקיד שהוא ממלא בפעילות העסקית – סגולות השמורות ליצור המסוגל לשכלל תהליכי אגירת ידע ובינה, למידה, והעדפה קוגניטיבית. התובנה כי כוחו של התאגיד הוא במוניטין שלו כיצור אוטונומי רב עצמה מהווה גם ציר מרכזי אצל השופט עמית בדרכו להענקת יתרון להטלת עיצומים כספיים על התאגיד עצמו כהליך מנהלי ולא כהליך פלילי שנכרכים בו גם אישומים כלפי נושאי משרה.

השופט עמית, שנתן את פסק הדין השלישי, מסכים עקרונית עם התוצאה של אי הרשעה ובכך גם יוצר החלטה פה אחד לעניין זה. אמנם, פסק דינו אינו נוגע במישרין במהותה של החברה אולם עולות ממנו תובנות שמצטרפות לאלו של יתר השופטים. שתי נקודות ראויות לציון מתבררות מפסק דינו – הראשונה היא הסתייגותו ממדיניות אוטומטית של העמדה לדין של נושאי משרה בעבירות של איכות סביבה שמשקפת את הגישה הריאלית, לפיה, התאגיד הוא ישות נפרדת ואין להשליך מאחריותו לאחריות נושאי המשרה שלו. כל אחד מחויב בנפרד. לשיטתו יש להישמר שלא לחטוא ולהביא לחשיפת יתר של נושאי משרה בתאגיד לעבירות של אחריות קפידה, מקום בו לא ניתן לייחס מחשבה פלילית או רשלנות לנושא המשרה.

11 ת"פ (ת"א) 80-04 מ"י – משרד התמ"ת נ' חברת השמירה בע"מ, פורסם בנבו (19.7.10).
 12 עניין חברת נמלי ישראל, לעיל הערה 2, בפסקה כג לפסק דינו של השופט רובינשטיין, הוא אומר כי כשם שנושא תאגיד באחריות פלילית, ראוי עקרונית, כי יעמדו לו אותן הגנות שהחוק מקנה לאדם בשר ודם.

כך באה לביטוי מעשי ההפרדה בין ישותו של התאגיד, לאישיותם של נושאי המשרה שלו.¹³

עמדתו של השופט עמית כנגד סחף בהעמדה לדין של נושאי משרה מובילה אותנו לנקודה החשובה השניה של פסק דינו: הטלת עול של סנקציות כלכליות בגין עבירות של איכות הסביבה על תאגידים פעילים בשוק הכלכלי. העקרון הרווח כיום בתחום של איכות הסביבה פועל על בסיס עקרון "המזהם משלם" ומטרתו היא הפנמת עלויות הזיהום על העבריין כנגד החצנתם על הציבור. היא תושג, לשיטתו של השופט עמית, דרך כיסום של העסקים והתאגידים המזהמים. האמצעים לכך מגוונים: הטלת עיצומים כספיים, חיוב בהשבת המצב לקדמותו, אכיפה אזרחית דוגמת תובענות ייצוגיות וחיוב מפעלים ותאגידים לקבוע תכניות בקרה ואכיפה פנים תאגידית. כל אלה הם אמצעים שמובילים אותנו לבחון את מעמדו של התאגיד כשחקן פוליטי.

כאמור, פסק הדין עוסק באיכות סביבה אך הוא מקפל בתוכו דיון חדשני במהות ישותו של התאגיד. עיון מעמיק בו מלמד על השיקולים הרב תחומיים שעמדו ביסוד תוצאת פסק הדין. הימנעות מהרשעתו של תאגיד ופתיחת האפשרות להטיל עליו צו מבחן מהווים פריצת דרך מתודית. בבסיסה ניתן, כאמור, לזהות אימוץ יסודות הגישה הריאלית הרואה בתאגיד יצור עצמאי. במקביל, משתקפת מתוך הדיון ההכרה כי תאגידים אינם רק ישות סוציאלית, אלא גם מוסדות פוליטיים בעלי כוח השפעה על החברה. עד להיכן עלינו לקחת בחשבון את קיומו הפוליטי של התאגיד? בית המשפט שמפעיל כוחות שלטוניים של מוסד שמופקד על שמירת האיזון בין התאגיד כשחקן פעיל ויצרני בשוק לבין הפרטים והקהיליה כמועמדים להיפגע מעוצמתו נוקט עמדה אקטיבית ואסרטיבית.

טיעוני המרכזי השני הוא כי אימוץ התורה הריאלית כתשתית להטלת סנקציה של אי הרשעה על התאגיד הוא חלק ממנגנון אינסטרומנטלי וגמיש. הוא נועד להתיר את הקונפליקט שנוצר בין החברה בע"מ לגורמים חיצוניים לה שאינם קושרים עימה קשרים רצוניים. במסגרתו של מנגנון זה, מושם דגש על כוחו הפוליטי של התאגיד כגוף בעל פוטנציאל עוצמה הרסני שיש לרסנו. פתרון זה גם אינו מתיימר להיות פתרון כוללני המסביר את מהותה של החברה בע"מ בהקשר לכל קשרי הגומלין שלה. לכן, נכון וראוי ליישם את התורה הריאלית ביחסיה של החברה בע"מ עם הציבור כניזוק לא רצוני מפעולותיה הפוגעניות, אך אין בכך כדי לפסול את השימוש בתיאוריה החוזית כפרדיגמה שרואה בחברה בע"מ אגד של חוזים בין קבוצות בעלי עניין, ובעת הצורך להכריע בין אותן קבוצות. וכפי שהיטיב לתאר זאת השופט ניל הנדל בעניין אחר: הדינאמיקה הפנימית בחברה איננה משולה לתזמורת, שם יש גורם

13 שם, בפסקה 10 לפסק הדין של השופט עמית. ברשימה זו אינני עוסקת במהות הנורמטיבית של הטלת אחריות על נושאי משרה בחברה כחלק מאסטרטגית ענישה.

אחד שמנצח על כל הכלים, אלא מאופיינת במתח מובנה, שמשליך על תפקיד הדין ומגבלותיו בתחום זה של המשפט.¹⁴ כדי להבהיר את עמדתו אתיחס להלן לתורות השונות להגדרתה של חברה בע"מ. התיאור מרחיב יותר בעניין מהותה של התורה הריאלית שזוכה לעדנה בכתיבה האקדמית ובצורתה העכשווית מוטמעת בדיני החברות בישראל.

פרק 3: התפתחות תפיסת התאגיד בישראל

ההיסטוריה של דיני החברות בישראל אינה ארוכה דיה על מנת להכיל את כל תולדות התפתחותו של רעיון התאגיד ואת התיאוריות שנארגו להבהרת קיומו. המשפט הישראלי הפנים בתהליך מזוהז את כל התיאוריות שעסקו במהותו של התאגיד. ראשון הכותבים שעסק בנושא בישראל היה המשפטן התאגידי פרופ' גואלטירו פרוקצ'יה שהיה ממניחי היסודות לדיני החברות בישראל לאחר קום המדינה. בספרו המונומנטלי, התאגיד – מהותו ויצירתו,¹⁵ הטיב פרופ' פרוקצ'יה להגדיר את התאגיד כתופעה המוכרת בשיטת משפט פלונית הנושאת זכויות וחברות משל עצמה.¹⁶ לכן המציאות הסוציאלית מתהווה מחוץ להכרה המשפטית בו. לעומת זאת, התאגיד, כל תאגיד, מתהווה רק כאשר הדין מייחס להתקיימות התנאים שנקבעו על ידו את הכוח ליצור מרכז בעל קיום בעולם המשפט שמכוח היווצרות זו יש לו סובייקטיביות וכשירות משפטית.¹⁷ פרופ' אהרן ברק, בהיותו שופט בבית המשפט העליון (ולמים נשיא), הטמיע את התורה הריאלית אל תוך הפסיקה הישראלית המתגבשת כאשר כתב בפסק הדין מודיעים¹⁸ את המסה בעניין מהותו של התאגיד וקבע כי ניתן להטיל עליו אחריות פלילית אישית. הוא פרש כי התאגיד הוא אובייקט לזכויות ולחובות (במובן הרחב), כמו אדם בשר ודם והוא אינו יצור מלאכותי. למרות השוני בינו לבין בן-אדם, הן התאגיד והן בן-האדם פועלים בעולם המשפט. בעולם נורמטיבי כזה נושאי הזכויות הם הגופים המשפטיים ואין כל הבדל בין תאגיד לבן-אדם. "זה כזה מוכר בעולם המשפט כאישיות משפטית. זה כזה הוא "ריאלי", עד כמה שהמשפט הוא ריאלי, וזה כזה הוא "מלאכותי" עד כמה שהמשפט הוא מלאכותי. זה כזה הוא "אדם" – להבדיל מבן-אדם – במובן הנורמטיבי."

14 עניין אולטרה שייפ, לעיל בהערה 3.

15 גואלטירו פרוקצ'יה התאגיד מהותו ויצירתו (תשכ"ה).

16 שם, בע' 40. הפרק בעניין מהות האישיות המשפטית בספר זה זכה להדפסה מחודשת בספר זיכרון לגואלטירו פרוקצ'יה: חיבורי משפט (אהרן ברק, נפתלי ליפשיץ, אוריאל פרוקצ'יה ומרדכי א' ראבילי עורכים, תשנ"ז) 213–214.

17 פרוקצ'יה חיבורי משפט, שם, בע' 214.

18 ע"פ 3027/90 חברת מודיעים בינוי ופיתוח נ' מ"י, פ"ד מה(4) 364, 381–383 (להלן: עניין מודיעים).

אוריאל פרוקצ'יה, במסגרת כתיבתו הרב תחומית, מטפל כל העת במהותו של התאגיד. במאמר שכתב בספר זכרון לאביו – גואלטריו פרוקצ'יה הוא מדגיש את המשותף לכל התיאוריות של הפירמה, של התאגיד, של דיני התאגידים ושל האישיות המשפטית – היותן כליל של הסדרים ארגוניים, משפטיים ושוקיים המכוונים להבטיח ייצור של טובין ושל שירותים באורח יעיל.¹⁹ אך למרות מורכבותה של מערכת הכללים שחלה על הפירמה הוא מדגיש את תועלתיה והיותה צודקת יותר לעומת החלופה היחידה – משק ריכוזי שאין בו פירמות או תאגידים. אכן, במהלך מאות השנים של קיומה של חברה בע"מ כשחקנית בעלת עוצמה הולכת וגדלה בחיי הכלכלה חווה המרחב המשפטי קליטה ודחיה של תורות וגישות למהותו של התאגיד. להלן אמיין אותן לקטגוריות כלליות לשם יצירת תשתית לביסוס טיעוני.

פרק 4: התפתחות המשגת הישות המשפטית

אם נרכז את התיאוריות המסבירות את קיומו של התאגיד לשתי קבוצות עיקריות ניוכח כי קבוצה אחת של תיאוריות (אותה אכנה לצורך הנוחות גישת האינדיבידואליזם), שכוללת מקבץ של גישות שונות, מבוססת בעיקרה על תובנה הממאנת להאניש את התאגיד ודוחה את התפיסה על פיה התאגדות מייצרת מציאות משפטית נורמטיבית חדשה. קווי המתאר של קבוצת התיאוריות הזו מתאפיינים בתפיסה "משטחת" של התאגיד. לשיטתם, לתאגיד אין עומק אנושי, הוא אינו תלת מימדי ולמעשה אין בו יותר מהפרטים שמייצרים את קיומו ואף לא מעבר למה שנוח לראות בו. במסגרת אגד זה של תורות ניתן למצוא באופן היסטורי את תיאורית הפיקציה,²⁰ תיאורית ההענקה, תיאורית המצרף, התיאוריה החוזית וגישת הריאליזם המשפטי. קבוצה אחרת של תיאוריות (אותה אכנה לצורך הנוחות הגישה המוסדית), ובמרכזה התיאוריה הריאלית, מכירה בקיומו העצמאי והנפרד של התאגיד שנוצר. התאגדותה של החברה ורישומה, על פי אסכולה זו, יוצרת מציאות חדשה ונפרדת מזו של היזמים שהקימו אותה. התיאוריה הריאלית מבוססת על התפיסה כי החברה אינה רק מצבור של פרטים אלא גוף ריאלי ממשי ושחקן עצמאי במציאות היומיומית. התובנה כי חברה היא יצור שהינו יותר מסך רצונותיהם של הפרטים המרכיבים אותו, וההכרה

19 אוריאל פרוקצ'יה "חברות ופירמות אחדות כראי תיאורטי" ספר הזיכרון לגואלטיארו פרוקצ'יה: חיבורי משפט (אהרן ברק, נפתלי ליפשיץ, אוריאל פרוקצ'יה ומרדכי א' ראבילו עורכים, תשנ"ז) 217, 228.

20 ראו על כך לדוגמה: פרוקצ'יה חיבורי משפט, לעיל בהערה 16, בע' 171–198; אוריאל פרוקצ'יה שם, בע' 217 ואילך; וכן ידידיה שטרן "החברה כאישיות משפטית חסרת בעלים" מחקרי משפט כא (תשס"ד–תשס"ה) 245; אירית חביב-סגל דיני חברות (2007) 15.

כי הוא בעל קיום ריאלי גם מחוץ לדין, הביאו לשכלולה של הגישה כי האישיות המשפטית היא מושג שאינו זהה למושג בן אדם. הפער בין שתי הגישות המרכזיות הללו משליך על התובנות המרכזיות של המשגת התאגיד בהקשר לרשימה זו ולכן אפרט את מרכיביהן בקצרה על מנת להבהיר את עיקרן.

4.א. גישת האינדיבידואליזם

כאמור, גישת האינדיבידואליזם מכילה מספר תיאוריות: על פי תיאורית הפיקציה, שהיא כנראה הנסיון העתיק ביותר להמשיג את התאגיד, בכוחו של הדין להעניק כשירות משפטית גם לגופים שנוצרו באופן מלאכותי למרות שאינם אלא יצורים פיקטיביים, חסרי יכולת להביע רצון ולפעול, והם נזקקים לייצוג אנושי מתמיד, בדומה למחוסרי כשרות. ערכה של תורת הפיקציה נעוץ בקביעה, שהאישיות המשפטית נוצרת על ידי הדין וכי בידיו ליצור ישות בעלת כשרות משפטית אצל יצורים לא טבעיים. יתרונה הגדול הוא בביטולה של התפיסה הפשטנית, הארצית, שרק אדם ילוד אשה כשיר לתיפקוד בעולם הריאלי. ההכרה בכוחו של משפט להעניק כשירות ליצור בעל עורקים משפטיים הוסיפה מימד עצום להתפתחות האנושות.

בין חסרונותיה של תיאוריה זו היה הקושי להטיל אחריות פלילית או נזיקת על תאגידיים בהיותם יצורים בדויים שאין ולא יכול להיות להם רצון משלהם. לעומת אלה, היא ביססה את יסודותיה של הרמת המסך. שכן, אילו היה התאגיד בעל רצון משלו,²¹ לא היתה כל אפשרות בכל נסיבות שהן, להתעלם מקיומו הריאלי של התאגיד ולחדור למציאות הוסציאלית עליה הוא מושתת.

תיאורית ההענקה מתמקדת באקט של הענקת החיות התאגידית על ידי המדינה. הפעולה המינהלית, המבוצעת בידי גופים שלטוניים מוסמכים, היא הנותנת את הגושפנקה החוקית לקיומו של תאגיד. מאחר והתיאוריה מכריזה על כך שתחומיה חלים רק על אופן היווצרותו של התאגיד, היא אינה מתיימרת להסביר את מהותו המשפטית. יתרונה הוא ההכרה בכשירותה של שיטה משפטית ליצור גוף חדש בלי להצמיד לו מהות פיקטיבית הכרחית. הביקורת שהוטחה עליה נגעה לחשיבות המוגזמת שהוענקה למדינה ביצירתה. נטען כי התניית קיומו של תאגיד בהענקה מינהלית על ידי השלטונות, הולמת שיטה רודנית המנוגדת לגישת זכויות האדם ולחופש ההתאגדות.

תיאורית המצרף הופיעה לזירה אחרי חקיקתם של חוקי חברות כלליים שהפחיתו את מרכזיותה של המדינה בהענקת זכויות התאגדות. בסוף המאה התשע-עשרה²² החלו

21 פרוקציה חיבורי משפט, לעיל הערה 16, בע' 194–196.

22 Michael J. Phillips "Reappraising the Real Entity Theory of the Corporation" 21 Fla. St. U. L. Rev. (1994) 1061, 1066.

להתרבות ההתאגדויות הפרטיות ותשומת הלב הוסטה לכיוון המציאות הסוציאלית של העסקים שנוצרו והאנרגיות האנושיות שהתרכזו סביבם. זו הובילה לתובנה כי החברה, בדומה לשותפות, היא מקבץ של שותפים טבעיים שהיחסים ביניהם כפופים להתקשרות החוזית שיצרו. לכן, בעלי המניות נתפסו כגורמים החשובים ביותר בה. בשלבים מאוחרים יותר היתה הסכמה להכיל בתוכה גם את נושאי המשרה לרבות הדירקטורים. יתרונה הוא בהארת אופיו ה"קבוצתי" של התאגיד, כמוסד הכולל קבוצות של בעלי תביעות²³ שהשחקנים הפנימיים בתאגיד חייבים להתחשב בהם.

בשנות השמונים של המאה העשרים בשלה המציאות העסקית והמשפטית לפריחה מחודשת של תיאורית המצרף. זו זכתה לעדנה בדמותה של הפרדיגמה החוזית שפרצה למרכז הכתיבה האקדמית ושימשה ציר מרכזי של פיתוח חשיבה מושגית ותיאורטית במשפט כמו גם בכלכלה ובתחומים נוספים של מדעי החברה. התיאוריה החוזית, שהבליעה לתוכה את תיאורית המצרף, משקיפה על החברה בע"מ כעל אגד של אינטראקציות חוזיות שתוצאתן היא התקשרויות בין קבוצות בעלי עניין.²⁴ קבוצה זו גם דוחה את הגישה ההוליסטית²⁵ לתופעת התאגיד, ומעדיפה להתייחס אליו מנקודת מוצא של אינדיבידואליזם מתודולוגי.²⁶ היא גם ביטוי נוסף לגישה הפוסטמודרנית שמתארת את התפוררותה של הלכידות והסולידריות החברתית והעמדתו של האדם כפרט אנוכי במרכז. החברה אינה "יש" בעל זהות אוטונומית, אלא רק "פקעת חוזית" ומקום מפגש לכל הצדדים לחוזהם אלו. ניהולה כפוף למערכות היחסים החוזיות הללו והיא נועדה לשרת את האינטרסים שלהם.

אל קבוצת התיאוריות שאינן מכירות בקיומו הריאלי של התאגיד, יש לצרף גם את גישת הריאליזם המשפטי שכרונוולוגית התפתחה בארצות הברית בעיקר כתגובת נגד למרכיבים שונים בתיאוריה הריאלית והשתלטה על הכתיבה האקדמית האמריקאית בתקופה שבין שנות השלושים לשנות השמונים של המאה העשרים. אני ממיינת אותה בקבוצת התיאוריות האינדיבידואליות מאחר והיא מבוססת על גישה לעומתית כנגד

23 וכפי שמכנה אותן פרופ' אוריאל פרוקצ'יה בחיבורי משפט, בעלי תעצומות.

24 הכתיבה על הגישה החוזית היא עצומה. קטן המקום להכיל את כל הכתיבה בעניין. לשם הנוחות אני מפנה למאמר הראשון בו הופיעה: "Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure" 3 *J. Fin. Econ.* 305, 311 (1976).

25 הגישה ההוליסטית היא זרם חשיבה עתיק שניתן לתארו כזרם הרואה בעובדות סוציאליות ובמוסדות דוגמת תאגידיים כבעלי קיום אמיתי, שאין לצמצמם ולמצותם לכדי מערכת של עובדות על פרטים. הם רואים בחברה האנושית גוף נפרד ולא מקבץ מקרי של פרטים. בגירסתו הפוסט מודרנית הוליסטית הוביל לזרם הגורס כי המערכות החברתיות המורכבות הן מנגנונים שמיצרים התנהגות חדשה ואין להסיקה מתכונותיהם של יחידיה. על כך ראו Phillips, לעיל בהערה 22, בטקסט להערת שוליים 12.

26 על פיה גישה זו ישויות סוציאליות דוגמת תאגידיים אינם יותר מאשר מקבצים של פרטים שמקיימים סוגים שונים של יחסים בינם לבין עצמם. שם, שם.

כל נסיון להמשיג את התאגיד ולסווגו אל תוך קטגוריות בעלות קווי מתאר מוסכמים.²⁷ בפועל, ברובה של המאה העשרים העיסוק האמריקאי בתיאוריה של מהות התאגיד היה מצומצם ביותר. אחת הסיבות העיקריות היתה עלייתה של אסכולת הריאליזם המשפטי, קודמתה של גישת ביקורת המשפט. אסכולה זו החדירה את האמונה כי פיתוח תיאוריה לא יכול ולא צריך להכתיב כללים משפטיים. במאמרו המכונן של דיואי משנת 1926²⁸ – ממוביליה המרכזיים של אסכולה זו, הועלו טיעונים חדשניים שזכו לתמיכה רחבה בקרב קהילת החוקרים האמריקאית: על פי טיעון אחד סוגיה משפטית פרקטית צריכה לבוא על פתרונה באמצעות הערכת התוצאות של כללים מתחרים, ולא באמצעות תהליך דדוקטיבי מתיאוריה על מהות ישותו של התאגיד. תוכנו של הטיעון השני היה, כי גם אם תתאפשר פניה לתיאוריה משפטית, היא לא תועיל למקבלי ההחלטות השיפוטיות מאחר ולכל תיאוריה משפטית יישומים פרקטיים מתחרים. ולגופו של עניין, טען דיואי, ישותו המשפטית של התאגיד אינה תלויה בקיומו הריאלי אלא בנסיבות. לשיטתו, ההחלטה ליחס למבנה משפטי כלשהו ישות משפטית או להעניק לו זכויות וחובות צריכה להתקבל על סמך תוצאותיה של פעולה זו.²⁹ גישה זו של דיואי כונתה על ידי רוברט סמס כ"אינסטרומנטליזם פרגמטי (מכשירנות מעשית)".³⁰ אחד מעיקריה המרכזיים הוא שהחוק הוא מכשיר שנועד להגשים מטרות שנבחרו מראש, ולכן ניתן יהיה להצדיק יצירתו של גוף על ידי החוק באמצעות הערכת סיכוייו להגשים את מטרות המחוקק. עקרונית, אם נקבל גישה זו של דיואי כנכונה אזי כל התיאוריות המשפטיות הן בזבוז זמן. וכפי שטוען המלומד האמריקאי פיליפס:³¹ ניקח לדוגמה את סוגית הטלת האחריות הפלילית על התאגיד – על פי המודל הדדוקטיבי הכרעה לטובת הטלת אחריות אמורה להיות תלויה בדילמה אם תאגידים יכולים לבצע את המעשה הפלילי ולגבש את המחשבה הפלילית הנדרשת. תהליך כזה טומן בחובו פוטנציאל מסוכן של שלילת הטיעונים לטובת הטלת אחריות פלילית על תאגיד, במיוחד אלו הקשורים ביעילותה של הסנקציה להטלת האחריות כמנגנון פיקוח על התאגיד. זאת, מאחר ובפועל תאגיד הרי אינו בעל כושר ליצור מחשבה פלילית משל עצמו ומכאן קצרה הדרך להדוף את הנסיון להטיל עליו אחריות פלילית.³² לכן, אומרים אנשי אסכולת הריאליזם המשפטי, יש להעדיף את הגישה על פיה, זהותו של גוף יציר החוק מוגדרת

27 שם, בע' 1072.

28 John Dewey "The Historic Background of Corporate Legal Personality" 35 *Yale L. J.* 655 (1926)

29 שם, בע' 660.

30 Summers, לעיל הערה 5.

31 ראו Phillips, לעיל הערה 22, בטקסט נלווה להערת שוליים 99.

32 Phillips, שם, מפנה לצורך כך למאמרו של מצגר על התפתחות הטלת האחריות הפלילית על התאגיד למוצרים פגומים: Michael B. Metzger "Corporate Criminal Liability for Defective Products: Policies, Problems, and Prospects" 73 *Geo. L.J.* 1 47-53 (1984). ראו גם: שטרן, לעיל הערה 20 בע' 258; גבריאל הלוי תורת דיני העונשין (כרך ב, 2009) 891 ואילך.

על ידי החוק ויש בה כל מה שהחוק שואף להעניק לה Person signifies what law makes it signify³³. בהמשך לכך, דיואי גם התנגד לתפיסה של התורה הריאלית על פיה תנאי להכרה בקיומו של גוף כתאגיד הוא קיומה של מציאות סוציאלית שקדמה לכך ושיכללה אצל "התאגיד שבדרך" תכונות מסוימות שאינן קשורות לקיומו המשפטי. עמדתו המרכזית ושל חברי קבוצתו היתה כי ההחלטה אם להכיר בחוק בגוף כבעל קיום משפטי ולהעניק לו זכויות וחבויות צריכה להתקבל על סמך התוצאות שתהיינה לה. לאחר פירוט טיעוניהם של חסידי גישות האינדיבידואליזם הדוחות את קיומו הריאלי של התאגיד אגש לפירוט עמדתה של הקבוצה השניה – הקבוצה המוסדית. במסגרתה אני מקדישה מקום רחב במיוחד להבהרת גווייה של האסכולה הריאלית משתי סיבות: האחת, כללית – היא מסייעת להבהיר את הטיעון המרכזי הראשון שלי על פיו במערכת היחסים שבין התאגיד לבין גורמים חיצוניים לא רצוניים, יש לראות בו "יש" מהותי שראוי להעמיס עליו עלויות עונשיות ומנהליות כל אימת שהוא חוטא. השניה, ספציפית יותר לעניין איכות הסביבה – היא מהווה תשתית מתודית להארת הטיעון המרכזי השני שלי על פיו מעמדו הפוליטי של התאגיד כגוף בעל עוצמה עלול להוות איום על הפרט ושומה על בית המשפט לרסן את כוחו באופן שיעשה צדק עם הפרט שעלול להחשף לכוחו ההרסני.

4.ב. הגישה המוסדית ואסכולת התורה הריאלית

לעומת קבוצת הגישות שמתאפיינות באינדיבידואליזם אידיאולוגי, הגישה הריאלית היא קיבוצית ופלורליסטית. קיבוצית מאחר ומכירה בקיומה של קבוצה כגוף נפרד, ופלורליסטית מאחר ומכירה בריבוי יצורים משפטיים, טבעיים ועל טבעיים, במציאות המשפטית.

תורה זו נסמכת על שתי ההנחות המרכזיות הבאות: החברה היא ישות הנושאת תכונות שאינן קיימות אצל היצורים הטבעיים המרכיבים אותה, היא ריאלית, אינה מלאכותית או פיקטיבית ואינה דמיונית.³⁴ על פי תורה זו, התאגיד הוא ריאלי ויש לו קיום עצמאי מחוץ לדין. היווצרותו המטה-פיזית קודמת להכרת הדין בו. מקומו של הדין הוא בשלב האחרון של התהליך ותפקידו להצהיר על קיומו של התאגיד לאחר שזה כבר נוצר. חסידי הגישה הריאליסטית מציבים חיץ ברור בין האדם כמושג לבין האישיות המשפטית שלו. אדם במשמעותו המשפטית יכול להיות גם תאגיד, הוא מרכז, הנושא זכויות ויש לו הווייה עצמאית. התאגיד, על פי הגישה הריאלית, אינו יציר הדין, אלא

33 Phillips, שם, בטקסט נלווה להערת שוליים 86.

34 על התורה הריאלית ראו לדוגמה שני מאמרי יסוד שמאזכרים רבות מאד בספרות האמריקאית: William W. Bratton Jr. "The New Economic Theory of the Firm: Critical Perspectives form History" 41 *Stan. L. Rev.* (1989) 1471; Morton J. Horwitz, "Santa Clara Revisited: The Development of Corporate Theory" 88 *W. Va. L. Rev.* (1985)

פרי מאמצי היזמים שהתארגנו לשם השגת מטרה משותפת באמצעות גוף חדש שיוקם. החלטת היזמים להקים את הגוף היא הכוח שהפיח בו רוח ולא החוק. הגוף הזה גם אינו תעתיק מדויק של רצונו של יזם זה או אחר. הרצון המשותף שהקים את הגוף ברא גם רצון חדש. התהוותו של הרצון העצמאי של הגוף התרחשה אמנם מכוח הרצון המיצרפי של היזמים, אך זה מיצה ייעודו במועד בריאת הגוף החדש. החל מנקודת זמן זו ואילך יגבש היצור הזה רצון משלו שאינו זהה בהכרח לרצון מייסדיו, או אפילו לרצון המיצרפי של כל מייסדיו. החידוש בתורה זו הוא ההפרדה בין ההכרה באישיות המשפטית של התאגיד לבין קיומו הריאלי, ההשתחררות מדפוסי החשיבה הדוגמטית שלפיה התאגיד הוא יצור פיקטיבי, וביסוס מעמדו של התאגיד כישות עצמאית שוות מעמד לאדם בהוויה היומיומית. החל ממועד היווצרותו של התאגיד מוקנות לו זכויות לרבות זכויות יסוד כמו לאדם רגיל וכל התייחסות הדין אליו, חייבת להשתוות לזו של אדם רגיל. ההכרה בקיומו הריאלי הניחה את היסודות להכרה בכשירותו לפעול באמצעות אורגנים ולהופיע כצד בכל הליך משפטי. ובהמשך, ההכרה באחריותו האישית של התאגיד למעשים חורגים שנעשו על ידי האורגנים שלו וההתנהגות האנושית שלהם היא תנאי להטלת אחריות על התאגיד. דוגמה אחת היא ייחוס אחריות נזיקית לתאגיד בגין רשלנות, ודוגמה אחרת היא הטלת אחריות פלילית על תאגיד בגין מעשים בעלי כוונה פלילית. יש לציין כעובדה היסטורית כי בפסק הדין האנגלי הראשון שהכיר באחריותו הנזיקית של התאגיד (עניין Lennard's) בגין מעשי האורגנים שלו נקבע דווקא כי חברה היא מושג מופשט הנעדר מוח משלו וגוף משלו.³⁵ לכן, הטלת האחריות בנוזיקין על החברה נעשתה למרות עמדתו של בית המשפט האנגלי שלכאורה מזוהה עם תורת הפיקציה. את רצונה של החברה איתר בית המשפט אצל השלוח שלה, שנתפס כמוח המנחה שלה, קרי ה"אני האחר" שלה. אולם, למרות התפיסה "המשטחת" של התאגיד שראתה בו גוף חסר מימדים אנושיים, דווקא התוצאה הסופית של פסק הדין משקפת את אימוצה של הגישה הריאלית שרואה בתאגיד גוף שניתן ליחס לו פעילות רשלנית. במקרה זה, הפעילות הרשלנית של האורגנים שלו יוחסה לתאגיד ולכן גם ראוי היה לראות באורגן של התאגיד "האני העצמי" של התאגיד ולא כפי שנאמר בפסק הדין "האני האחר" (Alter Ego) שלו. פסק הדין הזה הוא דוגמה טובה לתהליך שינוי הגישה כלפי הגדרת מהותו של התאגיד שמתרחש תוך כדי מתן פסק הדין. מנקודה נמוכה של התבוננות על תאגיד כישות חסרת מהות ממשית הגיע בית המשפט לנקודה גבוהה של הענקת חיות אנושית לפעולותיו באמצעות שכלול מנגנון האורגן כמנוע פיזי וקוגניטיבי המזוהה עם התאגיד.

כאמור, ייחוס אחריות פלילית לתאגיד היא דוגמה נוספת להאנשתו. ההכרה בקיומו הממשי של התאגיד הובילה להכרה בזכותו של הדין להטיל עליו אחריות פלילית אישית.³⁶ דיני החברות האנגלו-אמריקאים והישראלים הפנימו את יסודות ההרשעה

³⁵ *Lennard's Carrying Company Ltd. v. Asiatic Petroleum Co. Ltd.* [1915] Ac 705
³⁶ לדוגמה, פסק דין האנגלי *Tesco Supermarkets Ltd. Natrass* [1972] AC 153 בחר שלא להטיל

הפליילית של החברה בע"מ על בסיס התפיסה כי כל עבירה פלילית, אשר האינטרסים המוגנים על-ידיה עשויים להיפגע על-ידי התאגיד, מטילה אחריות פלילית אישית על התאגיד.³⁷

התהליך שהוביל להתפתחות התורה הריאלית החל לצבור תאוצה לקראת סוף המאה התשע-עשרה כאשר חברות מאוגדות גדלו והפכו לארגונים מנותקים מהשפעת בעלי מניותיהם ומנוהלים בידי נושאי משרה שאינם בהכרח בעלי מניות. התפיסה כאילו החברה בע"מ כמו השותפות אינן אלא התקשרויות חוזיות שמייצרות מכשיר לנוחות המתקשרים איבדה זמנית מעוצמתה. המודל החוזי של החברה כדמוית שותפות נסוג מפני הממשות הסוציאלית שהציגה חברה מואגדת המנוהלת באופן עצמאי ומפגינה הפרדה בין בעלות ושליטה. העת הבשילה להפנמת העובדה שהנהלה ולא בעלי המניות הם הגוף שמקבל החלטות חשובות בחברה הרשומה.

לקראת אמצע המאה התשע-עשרה, נחקקו באנגליה חוקי חברות שאיפשרו התאגדות באחריות מוגבלת שלא באמצעות צ'רטור מיוחד מהמלך.³⁸ בכך נסללה הדרך להתפתחות שוקי המניות של חברות באחריות מוגבלת עם עלויות הקמה נמוכות.³⁹ התפתחות מקבילה נצפית בארצות הברית.⁴⁰ שם, במאה התשע-עשרה, המדינות החלו לחוקק חוקים שאיפשרו התארגנות באחריות מוגבלת.⁴¹ נוקשותם של החוקים הראשונים הקטינה את כדאיות ההתארגנות לחברות בסדר גודל קטן ובינוני והן נותרו שותפויות. אולם, לקראת סוף המאה התשע-עשרה וראשית המאה העשרים התמתנו המגבלות על עבירות המניות ונגלה עולם חדש של אפשרויות ליצירת התאגדות משפטית פורמלית באחריות מוגבלת. כל התכונה והעשיה סביב זכות ההתאגדות, המסחר באחריות מוגבלת והשימוש העסקי בהן הגבירו את הצורך בשכלול מנגנונים נורמטיביים לשם התמודדות עם הבעיות שעורר השימוש הגובר והולך בחברה בע"מ כצורת התאגדות. התיאוריות לחקר הבנת התאגיד לא הצליחו לתת מענה הולם לקשיים שהתעוררו בכתי המשפט ונדרשו פתרונות מעשיים יותר. הגדרת החברה כ"פיקציה", לדוגמה, מנעה הטלת

אשם פלילי על חברה באמצעות ייחוס מחשבתו הפלילית של עובד בעל דירוג ניהולי בינוני בנימוק שעובד כזה אינו יכול להיחשב למוח המנחה של החברה. כאן נקבע כי רק מי שנחשב למוח והרצון המוביל של החברה יחשב לאורגן שלה לצורך ייחוס מחשבתו לחברה. לעומת זאת, פסיקה חדשה יותר הטילה ספק בנכונותו של כלל זה, וקבעה כי הדילמה של זיהוי האורגן שאת מחשבתו ניתן לייחס לתאגיד אינה כפופה לכלל אחד קשיח אלא לסידרה של כללים שתלויים בנסיבות המקרה. *Meridian Global Funds Management Asia Ltd. v. Securities Commission*. [1995] 2 AC 500.

37 עניין מודיעים, לעיל הערה 18, בע' 383–384.

38 חוק החברות האנגלי, 1844.

39 ראה על כך למשל מחקרם המקיף של הנסמן ושותפיו Henry Hansmann, Reinier Kraakman, *"Law and the Rise of the Firm"* 119 *Harv. L. Rev.* (2006) 1333, 1400.

40 שם, בע' 1394 ואילך.

41 הראשונה הייתה מדינת ניו יורק בשנת 1811 ואחריה מדינות אחרות. שם, שם.

אחריות נזיקית ופילית של התאגיד. העובדה המטלטלת שהוכיחה כי בתאגיד נוצרת ומתפתחת מציאות השונה מסך כל בעלי מניותיה הובילה לצורך לפנות לדפוס חשיבה שונה לחלוטין מהמסלול החוזי/אינדיבידואלי/פיקטיבי.

פון גירקה, היסטוריון המשפט הגרמני, ששאף למרוד במורשת הרומית ולבסס תיאוריה משפטית על דין הקהילה הגרמנית המקומית, היה אחד מפורצי הדרך לחשיבה הפילוסופית שזיהתה את הסינרגיה בהתנהגות הקבוצתית בחברה ושיכללה אותה לכדי תורה ריאלית. במחקרו המקיף אודות תולדותיה של ההתאגדות בעולם האירופי הגיע למסקנה כי התארגנויות הן בעלות ישות ריאלית משל עצמן, ולא ישות פיקטיבית. בהיותו גרמני אדוק הוא חיפש את ההסבר התיאורטי למהותו של התאגיד בתוך החוק והמציאות הגרמניים עצמם וביסס אותו על המחשבה הפוליטית של התנהגות קבוצתית.⁴² מייטלנד הבריטי, תרגם את עבודתו של גירקה לאנגלית ובכך הפיץ את תורתו בקרב העולם האנגלוסקסי.⁴³ בהקדמה לתרגום הגותו של גירקה תמך מייטלנד בהטמעתה של התורה הריאלית אל החשיבה המשפטית. הוא כתב כי הכרתו של הדין בזכותם של בני אדם ליסד קבוצות שתפעלנה על בסיס קבוע ותיהנה מהאפשרות לזכות ולחוב, צריכה להתפרש כתהליך שמוביל ליצירתו של גוף אורגני ממשי חדש. ההכרה בתכונות אנושיות אצל ארגונים ומדינות היתה מוכרת גם בכתביהם של היסטוריונים גרמנים מתקופתו של פון גירקה⁴⁴ וכונתה האסכולה "האורגניסטית". לתיאוריה הריאלית גרסאות שונות, אך המשותף לכולם היה שתאגידים הם אמיתיים, טבעיים בעלי תכונות ומאפיינים שאינם קיימים אצל חבריהם האנושיים. התורה הריאליסטית זכתה לתהודה עצומה באירופה. גואלטירו פרוקצ'יה מונה שורה של הוגי דעות מהקונטיננט שהכירו בקיומו הנפרד של התאגיד בדומה לקיומו האנושי של בן אדם.⁴⁵ היא פרצה את הדרך להאנשתה של התאגיד והתייחסות אליו כאל ישויות קיומי בעל יכולת יצירת תכונות קוגניטיביות דוגמת רצון, מחשבה, תכנון ואסטרטגיה ניהולית. התפיסה ה"אורגניסטית" איפשרה זיהוי של פעולות נושאי המשרה עם אלו של התאגיד. על פיה, זיהוי בין האורגן לתאגיד הוא כל כך מובהק עד כי אין לומר כי פעילות האורגן מזוהה עם פעילות התאגיד, משמע יש כאן שתי פעילויות שונות. יש לומר כי פעילות האורגן היא פעילותה של החברה. ההכרה ב"יש" הקיומי היתה כל כך חדה עד כי הרטוריקה הפסיקתית נזהרה במונחים בהם עשתה שימוש. הביטוי "מכשיר"

Otto Von Gierke "International Encyclopedia of the Social Sciences" 1968 42
Encyclopedia.com. 8 Nov. 2012

Otto Von Gierke *Political Theories of the Middle Ages* (Frederick William Maitland 43
 Trans., 1913, reprinted 2002) lxxx

Geoffrey M. Hodgson "W. Jethro Brown Fragment — The Personality : ראה : Editorial Introduction, *Journal of Institutional*
Economics (2008) 4: 2, 255–273

פרוקצ'יה חיבורי משפט, לעיל הערה 16, בע' 192.

כשם תואר לחברה, הוגדר כמוטעה.⁴⁶ זאת מאחר ובין בעלי המניות המשקיעים, לבין הארגון העסקי, החוק הציב ישות נוספת, ריאלית אף אם אינה טבעית, שהיא החברה עצמה. העסק שמנוהל על ידה הוא שלה, וההון שנעשה בו שימוש הוא שלה ולא של בעלי מניותיה. לכן, אמר הלורד Sumner שנתן את פסק הדין, האמירה כי החברה היא רק מכשיר להגשמת שאיפותיהם של בעלי מניותיה אינה אלא טענה מופרכת וסברה מוטעית. החברה הינה ישות עצמאית וכל התייחסות אחרת לא תשנה מציאות זו. הגות זו הובילה להכרה הסופית בהפרדה המוחלטת בין הון החברה כקנינה לבין השקעתם של בעלי מניותיה. היא גם גרמה לאבחנה בין רצונם האוטונומי של האורגנים של החברה, דוגמת האסיפה הכללית והדירקטוריון, והפרדתו מרצונם הפרטי של היחידים המרכיבים אותו.

השתלבותה של התורה הריאלית בהגות המשפטית התאגידית חצתה מספר דורות והיא חוותה "עליות וירידות". הדור השני של תומכי התורה הריאלית, בעיקר אלו בעולם האנגלו סקסי וביניהם ויליאם בראון האוסטרלי שפעל בראשית המאה העשרים,⁴⁷ שאף להרחיב את גבולות התפיסה "האורגניסטית" וניסה לבסס את מעמדה כישות באמצעים שונים. בראון לדוגמה, התעקש להבחין בין ישות תאגידית לבין ישות טבעית בנימוק שצריך להכיר במציאות בה תאגיד יכול לפעול רק בתיווכו של אדם טבעי. הדילמה כיצד להגדיר את "המתווך" האם כשלוח או כאורגן משקפת את תהליך ההתפכחות מהתפיסה לפיה התאגיד אינו אלא פיקציה שנוצרה באמצעות התקשרויות רצוניות. בסופו של דבר הנציג הוגדר כאורגן והתאגיד הוגדר כ"אדם קולקטיבי" (Collective Person).⁴⁸

תפיסת התאגיד כיחידה עצמאית ולא כאגד של פרטים זכתה על ידי בראון למטפורה הבאה: מקבץ של פרטים אינו יכול ליהפך סתם כך ליחידה נפרדת ממש כמו שערמת חול אינה יכולה ליהפך סתם כך לפסל.⁴⁹ תאגיד כישות חדשה מגלם יותר ממקבץ הפרטים שמרכיבים אותו מאחר ובמהלך הקמתו הותאמו והתאימו עצמם הפרטים הללו למבנה של התאגיד החדש. בהתאם לכך, תאגיד כולל הסדרים מבניים בין פרטים אך גם רוכש תכונות קבוצתיות השונות ממקבץ תכונותיהם של הפרטים בפועלם כיחידים. ולהיפך – פרטים שפועלים כקבוצה מושפעים מהסינרגיה הקבוצתית ומפתחים תכונות שאת שכלולן ניתן להסביר רק בזכות הזיקה לתאגיד.⁵⁰ לדוגמה, התאגיד כגוף עלול

46 בעניין *Gas Lighting Improvement CO. Ltd. v. Commissioners of Inland Revenue* [1923] AC 723 ראו גם: Muhammad Z. Abbasi "Legal Analysis of Agency Theory: An Inquiry into the Nature of Corporation" 51 *Int'l J. of L. & Management* (2009) 401–420, 403

47 W. Jethro Brown "Fragment — The Personality of the Corporation and the State" 21 L. Q. Rev. 379

48 שם, בע' 374–375.

49 שם, בע' 368.

50 לדוגמה: קיפוח. חוק החברות מטפל בהתנהגות בעלות השלכות קבוצתיות בסעיף 192 (ב) כאשר קובע כי בעל מניה יימנע מלקפח בעלי מניות אחרים.

לבחון שיקולי עלות-תועלת של זיהום סביבה למרות שבעלי השליטה בו, במישור הפרטי, יוקיעו שכנים שמזהמים את הפארק סמוך למקום מגוריהם. כלומר, הקבוצה כשלם, יצרה סכום הגדול מסך חלקיו.⁵¹ המאפיין את התאגיד הוא שלמרות ויכוחים בין בעלי המניות, יש לפחות רצון אחד כללי – להמשיך ולפעול במשותף.

בראון אף העלה טיעון מעניין נוסף במסגרת שיח המחקר בדבר מהות התאגיד: לדעתו, הקשרים בין הפרט לקבוצה יכולים גם לשנות את המטרות, ההעדפות והיכולות של הפרטים. דגש כזה על האינטראקציות המבניות בין הפרטים והשפעותיהם על הפרט עצמו נוכח בפילוסופיה האונטולוגית הסוציאלית המודרנית.⁵² אחרי הכל, אם יש באינטראקציות חברתיות כדי לשנות את תכונות האופי של הפרטים, ניתן יהיה לצפות לשינויים בהתנהגות הפרט כתגובה לאינטראקציות שוקיות כמו השקעה בתאגידים. לדוגמה, אם התאגיד נוהג לבחון כדאיות ציות לחוק במשקפי עלות תועלת, גם בעלי השליטה בו יושפעו מגורמה זו וימשיכו לנהוג כך בחייהם הפרטיים.

המגוון הרחב של הגישות בתוך אסכולת התורה הריאלית מלמד על כך שהיא משתרעת על פני טווח רחב של עמדות. בקצה האחד של הטווח הגירסה הדווקנית והמסורתית ביותר על פיה החברה היא יצור בעל קיום ריאלי גם מחוץ למשפט. זוהי גירסה שמתארת את התאגיד באופן הנוגד לאסכולת המיצרף ולכן היא גם נמצאת בצד הקוטבי לו. כפי שגואלטריו פרוקצ'יה כותב, התאגיד נתפס כיצור בעל חיים ורצון משלו ויש להשוות בין חיותו וקיומו לחיותם וקיומם של צמחים, נהרות, ספרים, רעיונות וכללים.⁵³ גישה זו סייעה לראות בחברה גוף בעל מוח ואיברים/אורגנים ולשכלל את התורה האורגנית. אמנם, בתי המשפט במדינות המשפט המקובל סלדו מעט מזיהוי אנטרופומורפיסטי כוללני כל כך של החברה ולכן ראו באורגנים שלו "אני אחר" ולא "אני עצמי". אולם, בסופו של דבר נעזרו בגישה זו כדי להטיל על התאגיד אחריות פלילית. בקצה השני של הטווח נמצאת גירסה מרוככת יותר אותה ניתן לזהות גם אצל בראון שרואה בתאגיד ישות עצמאית אם כי לא ממש אנושית. הוא ניסה לכנות את התאגיד "אדם אידיאלי" והצדיק זאת בכך שהישות התאגידית היא מציאות שאינה תלויה בשום דבר מטריאלי. אולם מאחר וגם האדם הטבעי הוא אדם אידיאלי ממש כפי שהוא אדם משפטי העדיף בסופו של דבר לכנות את התאגיד "אדם קולקטיבי". זהו מינוח שמרמז על ההבדל בין האדם הטבעי והאינדיבידואלי לבין האדם המלאכותי-קולקטיבי. למרות המאמצים של הדור השני של הוגי התיאוריה הריאלית, היא איבדה את חינה בשנות העשרים של המאה ה-20. הסיבות לדעיכתה אינן אחידות. פיליפס סבור

51 Hodgson, לעיל הערה 44, בע' 257.

52 Brown, לעיל הערה 47, בע' 368–369. הפילוסופיה האונטולוגית עוסקת בטבעו של היש, של הקיים בעולם, במאפייניו, בישויות הקיימות, בקשרים ביניהן, ובהנחות היסוד הכלליות ביותר אודות מה קיים.

53 פרוקצ'יה חיבורי משפט, לעיל הערה 16, בע' 192 שמצטט את Martin Wolff "the Nature of Legal Persons" 54 L.Q.R. 494.

כי האופנה האינטלקטואלית המשתנה היתה הבולטת מכולם.⁵⁴ החל משנות העשרים של המאה העשרים בארצות הברית הלך וגבר סירובם של חוקרי משפט לפתור סוגיות משפטיות פרקטיות באמצעות פתרונות מתחום התיאוריה. הטעם לכך היה, בחלקו, האמונה כי מסקנות אלו היו חסרות תועלת מאחר ולכל תיאוריה היו יישומים מנוגדים. שטרן⁵⁵ מניח כי השיח הריאלי בגרסתו הדווקנית המייחס לחברה ממשות נתפס כמאולץ עד כדי פנטזיה. הכתיבה האמריקאית דחתה את רעיון ההאנשה של התאגיד בצורתו הקיצונית והצביעה על כך כי המלך הוא עירום. קרי, למרות הרצון ליחס "יש" ריאלי לסינרגיה הקיבוצית, בפועל התאגיד אינו קיים מחוץ לדין. גואלטירו פרוקצ'יה מצטט מוורמסר האמריקאי שאומר⁵⁶ כי בעת הצורך בתי המשפט זיזו הצידה את פקעת הישות, יתבוננו בחברה שאינה אלא התארגנות של פרטים אנושיים, וישליטו צדק ביניהם.⁵⁷ תיאורית האגד החוזי, לעומת זאת, עשתה שימוש מושכל באסכולת הריאליזם המשפטי שדחה את הגישה הקבוצתית לתאגיד כפלטפורמה לשיבה אל גישת האינדיבידואליזם. היא הפכה לדומיננטית מאד במרחב האקדמי הבינלאומי והחל משנות השמונים של המאה העשרים דחקה כל ניסיון לראות בתאגיד ישות ריאלית. ברשימה זו אינני מתכוונת לבחון את יתרונותיה וחסרונותיה של תיאורית האגד החוזי אלא רק להצביע על השפעתה האדירה ועל הצלחתה לדחוק את התיאוריה הריאלית. השוני הקיצוני בין שתי הגישות – האינדיבידואליסטית והמוסדית – הוא ויכוח אונטולוגי על קיומו של "יש" קבוצתי. בעוד שעיקרה של התיאוריה הריאלית הוא הקיום הממשי של התאגיד והיותו בעל תכונות ומאפיינים שאינם קיימים אצל חבריה האנושיים, הרי תיאוריות המצרף והאגד החוזי דוחות קו חשיבה זה. תיאורית המצרף מבוססת על התפיסה כי החברה היא צירוף של כל הקהילות האנושיות ולא יותר ותיאורית האגד החוזי, ממשיכתה, ממשיגה את החברה כאגד של חוזים בין השחקנים השונים בתאגיד. מאחר והצדדים לחוזים הללו יצקו את התכנים מהם מורכבת החברה, הם ורק הם, היצורים שמגלמים אותה.⁵⁸ ברור שבבסיסו של הויכוח

54 Phillips, לעיל הערה 22, בע' 1067.

55 שטרן, לעיל הערה 20, בע' 257.

56 פרוקצ'יה חיבורי משפט, לעיל הערה 16, בע' 196. האיזכור של מאמרו של וורמסר הוא כדלקמן: Maurice Wormser *Disregard of the Corporate Fiction and Allied Corporation Problems* (1929).

57 ראו על כך גם אצל Bratton, לעיל הערה 34, בע' 1486.

58 בדיסציפלינות אחרות מתחום הפילוסופיה ומדעי החברה, הויכוח התיאורטי אשר מדגיש את הפילוג בין התיאוריה הריאלית לבין תיאורית המצרף משקף פילוג בין הגישה ההוליסטית (שהיא גישת הפילוסופיה ומשקפת את הגישה המוסדית/קבוצתית בתחום המשפט כפי שאני כיניתי אותה) לבין הגישה האינדיבידואליסטית מתודולוגית (שהיא גישת מדעי החברה ומשקפת את הגישה האינדיבידואליסטית בתחום המשפט כפי שאני כיניתי אותה) והוא טרם הוכרע. הוליום יוגדר כגישה על פיה עובדות סוציאליות או ממשיות סוציולוגיות (ביניהם מוסדות כמו חברות בע"מ) אכן קיימות, ואין אפשרות לצמצם אותן או לפרק אותן לכדי עובדות על פרטים. ראו על כך לדוגמה, Phillips, לעיל הערה 22, בהערת שוליים 12. לעומת זאת, אינדיבידואליזם

התיאורטי מונחות השקפות פוליטיות באשר לאופן הסדרתם של הקשרים התאגידיים. בשיא פריחתה של התיאוריה החוזית היא שימשה תירוץ אידיאולוגי להקטנת רגולציה. מאחר וכל הקשרים בחברה בע"מ הם רצוניים, אזי כל אחד יכול לבחור אם להתקשר באמצעות החוזים המרכיבים את החברה, באיזה מעמד ובאילו תנאים. כל ההתקשרויות החוזיות מבטאות הסכמות רצוניות שהן פרי משא ומתן של תן וקח המקטין את ההנחות של צבירת כוח אצל חלק מהצדדים להסכמים. כוחות השוק הם למעשה הרגולטורים של האינטראקציות החוזיות, מקטינים בהכרח את עלויות הנציג מאחר והצדדים לחוזה יפקחו על ביצועו האופטימלי, ולכן גם אין צורך ברגולציה בהיותה בזבזנית ולא יעילה. נסיגתה של התיאוריה הריאלית עוררה סערה. כבר בשנות השמונים של המאה העשרים משפטנים אמריקנים השקיעו רבות בהדגשת תרומתה לביסוס מעמדם של תאגידיים גדולים כבירוקרטיות הנשלטות בידי ההנהלה בעלת חופש פעולה נרחב. חוקר אמריקני רב השפעה שהשקיע רבות בסינגור על יתרונותיה הוא מרטי הורוביץ.⁵⁹ במאמר רב השפעה הוא הוכיח את הטעון המרכזי שלו כי התיאוריה הריאלית היוותה ציר מרכזי בהענקת לגיטימציה לפיתוחם של עסקים הגדולים ובתמיכה בהם במהלך המאה התשע-עשרה ובתחילת המאה העשרים באמצעות ששה מסלולי פעולה בעלי היבטים כלכליים:

א. טרפוד הרגולציה הממשלתית שנשענת על תיאורית ההענקה – אם חברות הן ריאליות ויצורים טבעיים שלא נוצרו על ידי המדינה אזי נשמט הבסיס להתערבות המדינה ביצירתה של החברה.

ב. העצמת כוחם של הדירקטור ונושא המשרה וצמצום השפעתם של בעלי המניות – אם החברה היא ישות ריאלית הנפרדת מבעלי מניותיה, פעולותיה אינן צריכות לשקף את רצונותיהם של בעלי המניות, אלא את אלו של הדירקטורים ובמיוחד של נושאי המשרה אשר עוסקים בניהול בפועל.

ג. הדרישה להסכמת רוב בעלי המניות לשינויים מבניים בחברה – התיאוריה הריאלית סייעה להצדיק את המעבר מדרישות של הסכמה פה אחד של בעלי המניות לשינויים מבניים לכלל של רוב. זאת, מאחר ואם החברה היא יצור הנפרד מבעלי מניותיה, מדוע שבפעולותיה היא תידרש בהכרח לגייס הסכמתם פה אחד של כל בעלי המניות? די ברוב של בעלי מניות כדי לגלם את רצונותיה של הישות הריאלית.

ד. האחריות המוגבלת של בעלי המניות – כיום, האחריות המוגבלת של בעלי המניות נתחמת לכדי הסכום שהם התחייבו לשלם בגין המניות שבידיהם. אחריות מוגבלת זו היא התכונה בעלת המשמעות הגדולה ביותר של החברה בע"מ. בהעניקנו הגנה לבעלי המניות כנגד האפשרות של חשיפה להרחבת האחריות, התאפשר גיוס

מתודולוגי, יוגדר כהשקפה המתבוננת על ישויות סוציאליות, דוגמת חברה בע"מ, כמקבצים של פרטים הנמצאים בקשרים שונים אחד עם השני. מאחר והם יוצרים הנחות בהקשר ל"קיומן" הממשי על ישויות.

59 הורוביץ, לעיל הערה 34.

הון ממשקיעים שונים בממדים גדלים והולכים. זאת, במידה רבה תודות לתיאוריה הריאלית.⁶⁰ התורה הריאלית יצרה את ההבחנה ההכרחית בין האחריות של הישות לבין האחריות האישית של בעלי המניות, ובכך הקלה על הגבלת האחריות של בעלי המניות. ה. צמצומה של תורת האולטרה וירס – התיאוריה הריאלית סייעה להרחיב את תחומי הכשרות המשפטית של החברה בע"מ ולמתוח את גבולותיה עד למקום חפצם של יזמי החברה בע"מ. מאחר והמדינה כבר לא נחשבת כגוף שמעניק את רשיון (צ'רטר) ההתאגדות אין גם צורך להגביל את כוחות החברה לפעול במסגרת אותו רשיון. החברה היא ישות ריאלית ואוטונומית אשר כוחותיה אינם נובעים מן המדינה. ו. יצירת האפשרות לחברות שהתאגדו באחת ממדינות ארצות הברית לעשות עסקים גם מחוץ למדינות ההתאגדות – התיאוריה הריאלית קידמה את החופש התאגידי בתוך ארצות הברית על ידי כך שאיפשרה לפירמות לעשות עסקים במדינות שונות ממדינות ההתאגדות. היא עשתה זאת על ידי טירפוד הכלל על פיו המדינות המרכיבות את ארצות הברית רשאיות לאסור בחוק על חברות בע"מ לעשות עסקים במסגרת הגבולות שלהן. אם חברות הן יצורים בעלי קיום ריאלי שלהן אזי אין להגביל את מרחב פעולותיהן.

הבעיה המרכזית בנימוקים חזקים אלו שהם כבר הופנמו אל תוך החקיקה התאגידי, והפכו חלק בלתי נפרד ממנה. לכן, פקע הצורך בשימוש בתורה הריאלית, שנתפסה כבלתי מבוססת, כדי להמשיך ולתמוך בנימוקים אלו. גם הטיעון כי תודות לתורה הריאלית נפרצה הדרך להטיל אחריות ישירה על התאגיד חדל מלהצדיק את המשך תקיפתה לאור קליטתו העמוקה כחלק מיסודות דיני החברות. וכך, בשנות התשעים של המאה העשרים הלכה ונחלשה השפעתה של התורה הריאלית.⁶¹ הטיעונים לתקיפותה חדלו להיות רלבנטיים ולחלקם כבר ניתן היה להקנות צידוק אינסטרומנטלי. במובן מסוים הזירה התאגידי נותרה בידיהן של התיאוריה החוזית וגישת האינדיבידואליזם ושל אסכולת הריאליזם המשפטי והאינסטרומנטליזם.⁶²

60 ראה לעומת זאת אוריאל פרוקצ'יה, שמנתח את כדאיות ההתקשרות עם פירמה באחריות מוגבלת על בסיס גודלן של הפירמות והקשרים החוזיים בין בעלי מניותיהן לבין הנושים. אוריאל פרוקצ'יה "מושג ותיאוריה בתורת האישיות המשפטית" עיוני משפט יז (תשנ"ב) 167, 181.

61 כעשר שנים לאחר מכן עוד כתב פיליפס מאמר שנשא את הכותרת המתגרת: הערכה מחדש של התיאוריה הריאלית בדיני התאגידים. מסקנתו היא כי עיקר עוצמתה של התורה הריאלית הוא בערער עליונותה של הפרדיגמה החוזית. Phillips, לעיל הערה 22, בע' 1122.

62 ויכוח מרתק ניטש בין שני היסטוריונים של המשפט – לורנס מיטשל ורון חריס – בעניין השיעור שיש ללמוד מאופי השיח והתיאוריות המשפטיות על שימושיהם הדורקטוריים, תוך הפעלת התורה הריאלית בדיני התאגידים כמקרה בוחן. במאמרו של רון חריס הוא מציג את הטיעון כי היסטורית, שימושן של התיאוריות בשיח התאגידי, ובמיוחד התורה הריאלית, הוא מוגבל, ובפועל התובנות בדיני התאגידים הן קונטקסטואליות ולא תיאורטיות. מיטשל מסכים כי התובנות באשר למהותה של החברה בע"מ הן קונטקסטואליות, אך סבור כי לאופי השיח התיאורטי לרבות התורה הריאלית, לא היתה השפעה כלשהי על התפתחות דיני התאגידים. לשיטתו של מיטשל התיאוריה בכלל, והתורה הריאלית בפרט, נתנה לגיטימציה להתפתחות שכבר התרחשה. ראו: Ron Harris "The Transplantation of the Legal Discourse on Corporate

והנה, דווקא לקראת סוף המאה עשרים נצפית עדנה מחודשת לתורה הריאלית ואת הרלבנטיות העכשווית שלה ניתן להגדיר כדור שלישי של התורה הריאלית. במיוחד ראוייה לתשומת לב עמדתם של שני חוקרים אמריקאים בעלי השפעה – מרגרט בלייר והנרי הנסמן, שבכתביבתם תומכים בתקיפותה. האחת עוסקת בנושא מנקודת המוצא של קהילת העובדים כקבוצת בעלי עניין והשני עוסק בגבולות האחריות של החברה מפני נושיהם של בעלי מניותיה. דומה כי כל אימת שיש למשפט קושי בהסדרה רגולטורית של זכויות של קבוצת אינטרס הוא עושה שימוש בתורה הריאלית כפלטפורמה תומכת.

מרגרט בלייר טוענת כי גישת הישות כגוף ריאלי עונה על הצורך לאתר מנגנון להגנה על השקעה ממוקדת פירמה (Firm Specific Investment) שמבוצעת על ידי כל השחקנים הקשורים לחברה, כולל עובדים ומעסיקים. להשקעות ממוקדות פירמה כאלו ששווין עבורה עולה בהרבה על שווין כלפי משתמשים אלטרנטיביים – תפקיד מכריע בהגדרת גבולות הפירמה, הקצאת הסיכונים, תגמול וזכויות השליטה בהם.⁶³ מעניין כי גם חוק החברות הישראלי, בהוראה חדשנית במסגרת סעיף 11(א) לחוק החברות, מגדיר את תכלית החברה כמשימה שכוללת השאת רווחיה של החברה ולא של בעלי מניותיה⁶⁴ ובכך סימן אותה כמרכז ריאלי. גם ההתחשבות בענייניהם של עובדי החברה כקבוצה בעלת זכויות הגנה מפני רודנות של בעלי השליטה נעשית תוך הפנמה של היסודות הריאליים במהותה של החברה בע"מ כישות נפרדת.

הנסמן האמריקאי, עם שותפיו קרקמן וסקייר, במחקר מקיף אודות עלייתה של הפירמה כגוף כלכלי, כותבים כי יצירת ישות תאגידית הנפרדת מבעליה וממנהליה, לא רק מתחמת את האחריות המשפטית של בעלי המניות אלא יוצרת "סוכך ישות" שמגונן על נכסי החברה מפני נושיהם של בעלי מניותיה. כך נוצרים יתרונות כלכליים חשובים שכוללים עלויות נמוכות של השגת אשראי לבעלי החברה וחיזוק יציבותה של החברה.⁶⁵ ריפקן שעוסקת במהותם של תאגידי ענק על רקע נפילתם העסקית והסיוע הממשלתי שקיבלו לשם המשך פעילותם, אף היא מגייסת את התורה הריאלית לשם

Personality Theories: From Codification to British Political Pluralism and American Big Business" 63 *Wash. & Lee La. Rev.* (2006) 1421, 1424–25; Lawrence E. Mitchell "The Relevance of Corporate Theory to Corporate and Economic Development of the Legal Discourse on Corporate Personality Theories" 63 *Washington and Lee L. Rev.*, (2006) 1489.

Margaret M. Blair "Firm-Specific Human Capital and Theories of the Firm" *Employees and Corporate Governance* (Margaret M. Blair & Mark J. Roe eds., 1999) 58–89 במאמר מאוחר יותר היא המשיכה וטענה כי הגדרת החברה כישות נפרדת סייעה לפירמות לצבור הון ולהשקיע בפרויקטים ארוכי טווח ועתיירי נכסים. היה בכך כדי לתרום לתועלת המצרפית של הציבור: Margaret M. Blair "Locking in Capital: What Corporate Law Achieved for Business Organizers in the Nineteenth Century" 51 *U.C.L.A. L. Rev.* (2003) 387–455.

64 שטרן, לעיל הערה 20.

65 Hansmann, Kraakman, & Squire, לעיל הערה 39.

הצדקת האחריות החברתית המוטלת על התאגיד.⁶⁶ היא גם מובילה אותי לבחינת כוחו הפוליטי של התאגיד כהסבר לטיעון המרכזי השני שלי כפי שאפרט להלן. אכן, עסקתי בהרחבה בתיאור גלגוליה של התורה הריאלית שחוזה כעת את הדור השלישי להצדקת תקיפותה. דור זה גם משכלל את אחיזתה באמצעות טיעונים מתחום התיאוריה הפוליטית. למעשה, הגישה ההוליסטית כלפי התאגיד הרואה בו מציאות סוציאלית שלא ניתן לפרקה לפרטים מעודדת את בחינת כוחו הפוליטי של התאגיד כחלק מבדיקת מהותו ומפוטנציאל הכוח הטמון בו ביחסיו עם הפרט. בפרק הבא אעסוק בכך.

פרק 5: כוחו הפוליטי של התאגיד

בפרק זה אדון בכוחו הפוליטי של התאגיד כחלק מממשותו הריאלית ובאיוס שהוא אוצר כלפי הפרט. הטיעון הוא כי רק יצור ריאלי יכול להוות איום אסטרטגי מוחשי כל כך על הפרט והאזרח עד כי המדינה כמוסד המסדיר את העימות בין שני אלו תתערב לטובת השבת האיזון בין שניהם. תימוכין לטיעון זה ניתן למצוא בכתיבה שעוסקת בהצדקות לאשראי הנרחב שהעניק הממשל האמריקאי לתאגידי הענק בסוף העשור הראשון של המאה ה-21.⁶⁷ המיליארדים שהוזרמו למניעת התמוטטותם⁶⁸ עוררו את הדיון במהותו של התאגיד כישות ובאופן של קבוצות בעלי העניין ששייכות אליו: לדוגמה, האם שומה על הממשל לסייע פיננסית לתאגיד כדי לתמוך במיליוני העובדים שפרנסתם תלויה בו. או שמא, האם אלו הם בעלי המניות הקטנים שכל השקעותיהם עלולות לרדת לטמיון ללא סיוע כזה. ועוד – האם יש לגונן על הצרכנים שזקוקים למוצרים ולשירותים שמייצרים ענקים אלו? או שמא יש לסייע לספקים, למוכרים ולקהילות שתלויות בקשריהן היומיומיים בתאגידים אלו? קרי, האם יש לקחת בחשבון את האינטרסים של בעלי העניין הקשורים בתאגיד בעת החלטה על הזרמת סיוע ממשלתי לתאגיד קורס. ולבסוף, בהיבט הציני, האם הצלת החברה משמעותה הצלתם של הפוליטיקאים שהקריירות שלהם תלויות בתרומות התאגידיות? תומכי גישת ההצלה ראו בתאגיד מצרף של פרטים אנושיים שנוטלים בו חלק ותלויים בהצלחתו. כאשר מצילים את החברה בע"מ אנו מחלצים גם את כל אלו

66 Susanna K. Ripken "Corporations are People Too: A Multi-Dimensional Approach to the Corporate Personhood Puzzle" 15 *Ford. J. Corp. & Fin. L.* (2009) 97, 117–118

67 ראו גם מאמרה של דליה צוק, לפיה התיאוריה הריאלית משקפת תפיסה פוליטית של המדינה כישות פלורליסטית וכוללת במסגרתה גם תאגידים כישויות נפרדות: Dalia Tsuk "Corporations Without Labor: The Politics of Progressive Corporate Law" 151 *U. Pa. L. Rev.* (2003) 1861, 1871 (2003).

68 כמו לדוגמה: Bank of America ו-Citigroup, AIG.

שתלויים בה.⁶⁹ לעומתם, היו שטענו כי החברה היא ישות עצמאית שהצלחתה או כשלונה תלויות בביצועיה היא. לכן, בהינתן כשלון אין להצילה אלא לתת לה ליפול כדי ליסד פירמה יעילה יותר. הויכוח אודות הצלתם של התאגידים שיקף את המשמעויות השונות של התאגיד עבור בעלי עניין שונים. הוא גם הציף מחדש את הדיון אודות מהותה של החברה והציג מציאות שבה הערך שאנו מייחסים להאנשה משליך על ההחלטה אלו זכויות וחובות נצמדי לה ואיזו התנהגות מצופה ממנה.

כאן ברצוני להאיר את הדיסציפלינה הפוליטית ואת השלכותיה הרלבנטיות על פסק הדין שעוסק בחברה ממשלתית. אכן, תאגידים אינם רק ישות סוציאלית, אלא גם מוסדות פוליטיים בעלי כוח השפעה וכוח על החברה. עד להיכן עלינו לקחת בחשבון את קיומו הפוליטי של התאגיד?

התיאוריה הפוליטית מגלה תובנות חשובות באשר לממדים הפוליטיים של התאגיד. בחזיונות שונים של המדינה הפוליטית הישות התאגידית משמשת בתפקידים מנוגדים: מחד, התאגיד הוא בעל כוח שיש לחשוש ממנו ולהגבילו. מאידך, התאגיד הוא ישות שיש לעודד קיומה. תנגודת זו משקפת שתי גישות שונות בתיאוריה הפוליטית: אינדיבידואליזם פוליטי ופלוורליזם פוליטי. ריפקן⁷⁰ מתארת אותן כדלקמן:

התפיסה הליברלית-אינדיבידואליסטית של המבנה הפוליטי רואה בו בעיקר שתי ישויות מרכזיות – הממשלה מצד אחד והאדם הפרטי הטבעי מן הצד השני. על פיה, אין לארגונים כישויות עצמאיות תפקיד חברתי סוציאלי או פוליטי. באונטולוגיה התאגידית של הליברליזם האנגלו-אמריקאי, במרחב שבין המדינה והפרט, לא נותר אלא מקום צר בלבד לישויות תיווך ריאליות. ככל שהן קיימות, רואים בהן יצורים שהמדינה העניקה להם רשיון קיום והם תלויים בו. הן מצרף של פרטים ולא ישויות העומדות בזכות עצמן וצוברות כוח פוליטי או משרתות מטרות פוליטיות. תפיסה אינדיבידואליסטית זו נוטה לראות במדינה ישות רבת עצמה בעלת מונופול על השימוש בכוח כופה. יש במבנה כזה איום מדאיג על מעמדו של האזרח ועל יכולתו לממש את זכויותיו. אין בו, לעומת זאת, רמז לדאגה כי ישויות תאגידיות יצמחו ויתעצמו עד כדי צבירת כוח בעל איום פוטנציאלי על זכויות היחידים. ככל שרואים בתאגיד מצרף, הוא מהווה כיסוי למקבץ בעלי מניות שיש להגן עליהם כמו על פרטים טבעיים מפני כוחה של המדינה.

⁶⁹ האינטואיציה אומרת כי אכן דווקא בתקופת שפל, התיאוריה החזונית אמורה לפעול לטובת קבוצות בעלי העניין שאינם מאבדים את זהותם גם אחרי ההתקשרות במסגרת התאגיד. בחינה עניינית תראה כי מסקנה כזו אינה מדויקת. יסודה של התיאוריה החזונית הוא בטיעון על פיו הקשרים החזויים בין קבוצות בעלי העניין הם רצוניים. קשרים וולונטריים אלו אמורים לגלם תנאי מכללא על פיו שני הצדדים נוטלים סיכון בעת ההתקשרות וכל אחד ישא בעלויות אותו סיכון. טיעון כזה אמור לשלול את הענקת הסיוע לתאגידי הענק כדי להציל קבוצת בעלי עניין כלשהי. התחשבות בהם עשויה להתפרש בדרכים שונות. אחת מהן היא התחשבות במציאות הסוציאלית שנוצרה מחוץ לדין ופניה לתורה הריאלית.

⁷⁰ ראו Ripken, לעיל בהערה 66, בע' 141 ואילך.

לעומת זאת, גישת הפלורליזם הפוליטי מכירה במעמדו הייחודי של התאגיד בחברה. מאחר ובני אדם מתארגנים בקבוצות על מנת לקדם את מטרותיהם השונות, ארגונים אלו נחשבים למרכזים ייצוג והשתתפות בחברה (Society). החברה האנושית הינה מרכז בעל שלושה שחקנים מרכזיים: פרטים בודדים, מדינה כל יכולה, וארגונים כשחקן שלישי. יחסי הכוחות ביניהם אינם שווי מעמד והפלורליזם הפוליטי מציג שתי סצינות שונות ומנוגדות של תפקוד תאגידים גדולים במערך הכוחות הזה. הראשונה מציגה את התאגיד כמקור של כוח כפייתי ומשחית, השניה רואה בתאגיד מכשיר קריטי לקידום חירות הפרט ודמוקרטיה.⁷¹ אפרט:

הסצנה הראשונה מציגה את העושר הרב שצוברים תאגידים אלו כמנגנון המקנה להם כוח אדיר והשפעה עצומה על הסביבה החברתית והפוליטית. היא מאירה את תפקודם של תאגידי ענק שמחלקים דיכידנדים בעלי שמונה ספרות לבעלי השליטה בהם. יש בעוצמה כבירה זו פוטנציאל של שימוש דורסני כלפי הפרט ויש לגונן עליו מפניה. תאגידי ענק אלו אינם אלא בירוקרטיות עצמאיות עתירות כוח ושוות מעמד למדינה. בסצנה זו, התאגידים אינם רק יסודות מכוננים של המדינה המודרנית, אלא גם מרכזים של כוח כלכלי ופוליטי רב השפעה על מדיניות הממשלה באמצעות תרומות ענק. הפרטים שניצבים מולם, עלולים בנקל ליהפך לקרבנות דיכוי תאגידי באותה מידה בה הם עלולים ליהפך לקרבנות דיכוי מצד המדינה.⁷² לדוגמה, קשרי הון שלטון עלולים לאיים על יושרתה של המדינה ולטרפד את אמון הציבור באידיאל הדמוקרטי. לכן, זכויות היסוד של הפרט זקוקות לאבטחה חוקתית מפני פגיעה על ידי תאגידים פרטיים ממש כמו מפני הממשלה ציבורית.⁷³ המדינה וזרועות האכיפה שלה, ובהם בית המשפט, מופקדים על ריסון התאגיד וניווטו לכיוון דרכים המשמרות את רווחת הפרט. לאור התמונות המוקרנות בסצנה זו בהן הכוח הארגוני הוא בעל פוטנציאל משחית, יש להכביד את עול הפיקוח על השימוש שעושה התאגיד בזכויות יסוד שמוענקות לו, כישות שוות מעמד לפרט טבעי, כדי שלא יעשו בהן שימוש אופורטוניסטי לתועלתם הם ולדיכוי וניצול הפרט. התמונה הסופית בסצנה זו מבקשת להטיל מגבלות על הישות התאגידית לטובת האינטרס הציבורי.⁷⁴

הסצנה השניה קשורה יותר לפאן הפוליטי של ההתארגנות בתאגידים שלא למטרה של חלוקת רווחים. נראים בה תאגידים שעושים שימוש במעמדם ובכוחם לקידום רווחת הפרט והדמוקרטיה החברתית. כאן, בדומה לגישת האינדיבידואליזם הפוליטי,

71 שם, שם.

72 ראו דוח הוועדה לבחינת יחסי הון-שלטון בראשותו של פרופ' רמי פרידמן שהגישה מסקנותיה ביוני 2012.

73 ראו Ripken, לעיל בהערה 66, בע' 144 ואילך.

74 ראה לדוגמה מאמרו של רוברט רייך ששימש כשר העבודה בממשלו של הנשיא קלינטון בשנים 1993–1997. הוא כתב כי האחריות החברתית המוטלת על תאגידים היא לכבד את ההליך הפוליטי על ידי הימנעות מלהתערב בו: Robert B. Reich "The New Meaning of Corporate Social Responsibility" 40 *Cal. Mgmt. Rev.* (1998) 8, 16.

המדינה היא בעלת הכוח הכל יכולה ולה הפוטנציאל ההרסני לאיום על זכויות היסוד של הפרט. לשם כך, מתארגנות קבוצות ועושות שימוש בזכות ההתאגדות כמו לדוגמה, קהילות מקומיות, עמותות וולונטריות, איגודים מקצועיים, ומפלגות. ארגונים אלו מספקים לפרטים מקום בטוח ומוגן לפעילות, להתבטאות, לעיצוב זהות ולקידום כל אלה. ראוי לראות בהם מנגנוני גישור בולמי זעזועים החוצצים בין הפרטים לממשלה. הם נועדו להגן על האוטונומיה של הפרט מפני פוטנציאל הכוח ההרסני של המדינה.

בתמונה זו איננו מתכוונים על התאגידים בחשד, אלא מתוך הערכה לפועלם כמנגנון לקידום שיתוף הפרט בחיי המדינה ויכולתו להשפיע על התנהלותה. מנקודת מבט זו, החיים הדמוקרטיים תלויים בחופש ההתארגנות ובזכות שתוענק לפרטים להגשים את מטרותיהם האישיות באמצעות קבוצות דוגמת חברות בע"מ. לעומת הסצינה הקודמת שהפנתה זרקור לכיוון תאגידים המאיימים על הדמוקרטיה, עתה מוארים תאגידים כשחקנים בעל תפקיד פוליטי חשוב בקידום התפתחות הפרט ובהגבלת כוחה של המדינה.

לסיכום: גישת הפלורליזם הפוליטי ממיינת את תפקוד הישות התאגידית במרחב הדמוקרטי על פי סוג עיסוקיה. בקבוצה אחת נמצאים תאגידים בעלי מטרה של חלוקת רווחים. הם צוברים כוח כלכלי אדיר, ובאמצעותו גם כוח סוציו-פוליטי ועלולים להוות מקור כוח דורסני שיש לרסנו על ידי המדינה וזרועות הפיקוח וההסדרה שלה וביניהם בית המשפט. בקבוצה השנייה ניצבים תאגידים שמטרתם אינה חלוקת רווחים ואמורים לקדם אינטרסים שונים סוציולוגיים, פוליטיים ותרבותיים. על אלו יש דווקא להגן מפני התערבות הרסנית של המדינה על מנת להבטיח את האוטונומיה של הפרט. החוט המקשר בין שתי קבוצות אלו הוא ההכרה שהתאגיד והמדינה הם מרכזי כוח בעלי משמעות פוליטית וסוציאלית להשפיע על החברה בדרכים דרמטיות.

המשימה העליונה היא לאזן בין מרכזים קולקטיביים אלו של כוח בדרכים שלא יגבילו את הפעילויות היצרניות שלהם. החוק ובית המשפט נועדו לשמש כוח נגד מתווך על מנת לכוון ולהסדיר את תהליך האיזון. האיזון צריך להיות קשוב באופן תמידי לשינויים ומשימת ההתאמה היא מתמדת ממש כפי שתפקידם של התאגידים אינו סטאטי, אלא עשוי להשתנות בהתאמה לשימושים שנעשים בדמוקרטיה ומפתחים את חזונו בקשר לחיים טובים ומשגשגים.

את תפיסת הפלורליזם הפוליטי על שתי הסצנות שלו ניתן לסווג כחלק מהגישה המוסדית הרואה בתאגיד יצור בעל מציאות סוציאלית מחוץ לדין בעלת פוטנציאל איום על הפרט. לכן, יש בכך כדי להצדיק את הסדרת התנהגותו. תהליך האסדרה (הרגולציה) הוא חלק מהתפישה הממשלתית⁷⁵ שמעניקה למדינה סמכות התערבות גדולה בעניינה של החברה על פי שיקולי מדיניות ציבורית בעקבות ההכרה בכוחו של התאגיד כיצור ריאלי לאגור כוחות גדולים בעלי השלכות ציבוריות. כחלק מתהליך

75 על התפיסה הממשלתית ראו מוחמד עבאסי, לעיל הערה 46, בע' 405; חביב-סגל, לעיל הערה

האסדרה מצווה הנהלת התאגיד להתחשב באינטרסים של קבוצות בעלי העניין בו דווקא מעמדת המוצא החיצונית של אחזקה בכוח ללא אחריות שעלול להוביל להפקרות. עד כאן טענתי כי התורה הריאלית היא גישה שמזהה את התאגיד כיצור ממשי וטיעוניה זכו לגרסה מודרנית בעלת תקפות עכשווית. ניסיתי להראות את ההתפתחות הדורית שלה כחלק מתהליך רחב יותר שמתאפיין על ידי גישה מוסדית הרואה בתאגיד יצור שמהותו גדולה בהרבה מזו של סך פרטיו. את שורשיה ניתן לראות לא רק בתחומי המשפט אלא גם בתפיסה הפוליטית של התאגיד. הגיעה העת להציג את השתקפות התורה הריאלית בתחום איכות הסביבה כמקרה פרטי.

פרק 6 : איכות הסביבה כמקרה פרטי

ההגנה על איכות הסביבה ועל שימור ערכי הטבע והנוף עברה מהפך בישראל בשנים האחרונות. התדלדלותם של משאבי הטבע העולמיים והלאומיים, הידרדרות מצב הסביבה, ההכרה בחשיבותם של אלו כחלק מאיכות החיים המודרנית והמודעות לנושא שקודמה בידי דמויות ציבוריות, כל אלו הובילו להתפתחות בתחומי הטיפול במטרדי זיהום ופגיעה במשאבי טבע בארץ. בעוד שבמאה התשע-עשרה זיהום סביבתי, אם בכלל זוהה ככזה, נתפס כאחד הסימנים למהפכה תעשייתית הרי המאה העשרים ואחת רואה בזיהום פגיעה ברווחת הכלל ובטובת הציבור. הענישה הסטוטורית והרגולציה שהופנו כלפי התאגיד המזהם משקפים נקודת מוצא שלפיה התאגיד הוא מרכז אוטונומי בעל יכולת הכרעה עצמאית וכושר לקבל החלטות בעלות השלכות על איכות הסביבה.

ההכרה כי יש לכוון את ההרתעה והענישה כלפי התאגיד אינה ברירת מחדל. זוהי מדיניות מכוונת להטיל אשם פלילי על מרכז עצמאי. אולם, באמירה זו יש קושי. לכאורה התהליך הדדוקטיבי של הסקת תמיכה בתורה הריאלית כמנגנון המסביר את קיומו של התאגיד רק מעצם הטלת סנקציה משפטית על התאגיד הוא פשטני מדי. לכן, כדי להוכיח את טיעוני המרכזיים אבחן את ההתייחסות המשפטית למהותו של התאגיד בתחום הפלילי בכלל תוך שימת דגש על התורה הריאלית, ואת העמדה המיוחדת שננקטה בתחום איכות הסביבה בפרט. את הנושא השני אבדוק על רקע עמדת הפסיקה והאקדמיה האמריקאית שהקדימו את ישראל בעשיה בנדון.

20, בע' 81; וכן ראו: John Edward Parkinson "Corporate Power and Responsibility: Issues in the Theory of Company Law" Clarendon Press, Oxford 2002

6.A. אחריות התאגיד בפלילים

הטלת אחריות פלילית ישירה על תאגיד בוצעה בישראל כחלק מתהליך קליטת המשפט האנגלו-סקסי.⁷⁶ היא למעשה המופע הבולט ביותר שמאשש את תקיפותה של התורה הריאלית המסבירה את קיומו של התאגיד. זאת, באמצעות "דוקטרינת האחריות הישירה" המבוססת על רעיון ההאנשה של הגוף המשפטי באמצעות האורגניזם. היא מזהה דרכי פעולה ואורחות חשיבה של גורמים אנושיים מסוימים במסגרת התאגיד, כהתנהגות הגוף המשפטי עצמו. בעקבות הזיהוי ניתן היה להטיל על התאגיד אחריות פלילית בשל עצם ביצוע העבירה.⁷⁷ משמעות האנשה הגוף המשפטי היא כי התנהגות ומחשבות של גורמים מסוימים בעלי מעמד וסמכות בתאגיד נתפסות כפעולות התאגיד עצמו. דוקטרינת האחריות הישירה מייצגת מציאות ממשית יותר מזו של דוקטרינת האחריות השילוחית שהיוותה את הפלטפורמה התיאורטית הקודמת להטלת אחריות על תאגיד, מאחר ובפועל האורגן אכן ביצע את הפעולה. דוקטרינת האחריות השילוחית הניחה, כבר בנקודת המוצא, כי השולח לא ביצע את הפעולה ולכן היסוד הפיקטיבי בדוקטרינת האחריות השילוחית בלט יותר. דוקטרינת האחריות הישירה שהתבססה על התורה הריאלית הובילה את החשיבה המשפטית בתחום הפלילי לדרגה גבוהה יותר של האנשה בתהליך הענישה של תאגידים.

הצדקה תיאורטית לקליטה כזו גובשה בפסק הדין המרכזי שניתן על ידי השופט (כתוארו דאז) אהרן ברק⁷⁸ כאשר קבע כי נקודת המוצא של המשפט הישראלי הינה כי ניתן להטיל על התאגיד אחריות פלילית אישית מאחר וקיומו "ריאלי" בעל נפקות נורמטיבית.

תיאורטיקנים מתחום דיני החברות והמשפט הפלילי עסקו בסוגיה האם הטלת אחריות פלילית על התאגיד מקדמת את המטרות שהציב לעצמו המשפט הפלילי. לדוגמה, פרופ' אוריאל פרוקצ'יה⁷⁹ בספרו שנכתב כחלק מתהליך חקיקת חוק החברות הישראלי החדש בוחן סוגיה זו ומשיב עליה בחיוב. לשיטתו, הטלת אחריות פלילית על תאגידים מרתיעה התנהגות עבריינית, משפיעה על התנהגותם של העבריינים הפיסיים ומקטינה את מימדי הפשיעה. בהטלת אחריות על התאגיד שנושאת קנסות כבדים, יש כדי להרע את מצבו הכספי של התאגיד באורח ישיר ולפגוע ברווחתם של האורגניזם שלו בטווח המידי והארוך, והפרסום השלילי המתלווה לכך אמור לפגוע ביכולת גיוס ההון העתידית.⁸⁰

76 ראו הלוי, לעיל בהערה 32, בע' 893.

77 אליעזר לדרמן "מודלים להטלת אחריות על תאגידים: מהתאמה וחקיקה לצירוף ולחיפוש זהות עצמית" מגמות בפלילים 279, 291.

78 עניין מודיעים, לעיל בהערה 18.

79 אוריאל פרוקצ'יה דיני חברות חדשים לישראל (1989) 79.

80 עמדות מנוגדות לטיעונים אלו הועלו אמנם בעבר. לדוגמה, אליעזר לדרמן הטיל ספק בתקיפותה של עמדה זו וסבר כי ענישת התאגיד עלולה לרפות את ידי רשויות האכיפה ולהקטין את תמריצם

המשפט הפלילי שכלל מספר מודלים המסבירים את ייחוס האחריות הפלילית מנושא המשרה אל התאגיד: מודל הזהות,⁸¹ מודל ההצטברות⁸² ומודל הגישה הארגונית.⁸³ כל אחד מהם אמור לפתור קושי אחר בהטלת אחריות פלילית על תאגיד אך המכנה המשותף לכולם הוא התובנה העמוקה של קיומה העצמאי של החברה בע"מ והמטרה המרכזית להעמיס על התאגיד את עלויות פעולתו הפלילית.

הטעמים לכך, מבהירה שופטת בית המשפט העליון דפנה ברק־ארו בפסק דין שניתן לאחרונה בבג"ץ 4395/12 כהן נ' פרקליטות מחוז מרכז,⁸⁴ הם פרגמטיים בעיקרם: מרכזיותם של תאגידיים בפעילות הכלכלית והחשש שאי הכרה באחריות פלילית של תאגידיים תאפשר למבצעי עבירה לחסות תחת המסך האטום של המבנה התאגידי. אמנם, לצד הטלת אחריות פלילית על תאגיד קיימת דילמה מתמדת של הטלת אחריות אישית גם על נושאי המשרה כדי להגשים את מטרת ההרתעה. אולם, כאמור, עיקר עניני ברשימה זו היא בדיקת המתווה התיאורטי של מהות התאגיד. לכן, את עיקר תשומת הלב אני ממקדת באופן שבו מופיע התאגיד כמרכז לייחוס חובות.

בהקשר להטלת אחריות פלילית על תאגיד עיקר התועלת, מסביר המשפטן הפלילי פלר, הוא דווקא בתחומים כלכליים, אקולוגיים אדמיניסטרטיביים, טכניים, ופיסקאליים.⁸⁵ בהם, קיימת חשיבות מיוחדת להפניית הסנקציה כלפי התאגיד עצמו ולא רק כלפי מבצעי פיזיים של העבירה. זאת מאחר ועבירות כלכליות ובכללן עבירות אקולוגיות בעלות משמעות כלכלית של חסכון בעלויות לתאגיד והן מקדמות לכאורה את טובתו העסקית של התאגיד. במקרה זה, העבירות נעברות עבור התאגיד, והטלת

לצוד גם את העבריינין. אליעזר לדרמן אחריותם הפלילית של תאגידיים בישראל (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור, תשל"ח) 82; וכן – אליעזר לדרמן "מודלים להטלת אחריות פלילית על תאגידיים: מהתאמה וחקיקו לצירוף ולחיפוש זהות עצמית" מגמות בפלילים (תשס"א) 279. בסופו של דבר, ביקורת זו לא נתקבלה ונסוגה מפני ההלכה הכללית המכירה באחריותו הישירה של התאגיד.

81 זהו המודל המרכזי לייחוס האחריות הפלילית לתאגיד בגין מעשיהם של האורגנים שלו באמצעות יצירת זהות בין מחשבתם ופועלם שלהם לזה של התאגיד. ראו הלוי כרך ב, לעיל בהערה 32, ע' 897.

82 מודל ההצטברות עונה על הקושי בהטלת אחריות פלילית על תאגיד במצבים בהם קיימת בעיה מבנית לאתר נושא משרה בכיר לשם זיהוי רצונו או פעולותיו עם התאגיד. במסגרתו של מודל זה ניתן לגבש יסוד נפשי קיבוצי של נושאי המשרה בתאגיד לצורך ייחוסו של היסוד הנפשי הקיבוצי לתאגיד. שם, בע' 900.

83 שם, בע' 895. הגישה הארגונית מדגישה את המשמעות העצמאית של אישיותו המשפטית של התאגיד בפלילים מאחר ולפיה התאגיד הוא אשר קיבל את ההחלטה לבצע את העבירה הפלילית הספציפית. בהתאם לגישה זו, יש לבחון את דרך קבלת ההחלטות בתאגיד ככזה ולא של נושאי המשרה, אשר את התנהגותם ואת אשמתם יש ליחס לתאגיד. שם, בע' 902.

84 פורסם בנבו (15.11.12) (להלן: עניין כהן). בנוסף ראו מרדכי קרמניצר וחאלד גנאים "האחריות הפלילית של תאגיד" ספר שמגר (כרך ג, תשס"ג) 33.

85 עניין כהן, שם, פסקה 3 לפסק דינה של ברק־ארו; וש"ז פלר יסודות דיני עונשין (כרך א, תשמ"ד) 701.

האחריות הפלילית עליו מהווה הרתעה אפקטיבית כנגדן ביצוען. בעניין כהן, מדגישה השופטת ברק-ארו את האבחנה שיש לבצע בין הטלת אחריות פלילית על תאגיד בלבד לבין הרשעה מקבילה של נושאי המשרה בו. בתוך כך, היא מתייחסת למשמעותה הגוברת והולכת של הרשעה בפלילים של תאגיד עסקי, הפועל בשוק תחרותי. במקרה כזה, הרשעת התאגיד עשויה להשליך על ערך מניותיו ואולי אף להגבילו בפעילות עסקית, מאחר שיש גורמים המעדיפים שלא להתקשר עם תאגידים שהורשעו בפלילים, כפי שהדברים באים לידי ביטוי אף בדברי חקיקה מסוימים (ראו למשל: חוק עסקאות גופים ציבוריים, התשל"ו-1976).

ניתוח של פסק דינה של השופטת ברק-ארו בהקשר של אחריותו הפלילית של התאגיד מספק תימוכין לטיעונים המרכזיים ברשימתי: האחד – בית המשפט העליון נוקט בגישה אינסטרומנטלית-פרגמטית בעניין מהותו של התאגיד.⁸⁶ בתוך כך הוא מדגיש את תפקידו כגורם אקטיבי המתערב במערכת יחסים לא וולונטרית שנכפית על הפרט על ידי התאגיד כדי ליצור צדק מתקן. השני – ההחלטה לאשר את הרשעתו של התאגיד בלי לצרף אליו את נושאי המשרה בו מסמנת את התאגיד כמרכז אוטונומי שיש להרשיעו.

6.ב. איכות הסביבה כמקרה בוחן

אפנה עתה לתחום איכות הסביבה כדי לבחון נקודתית את הגישה האמריקאית למהות ישותו של התאגיד ולאחר מכן אבחן את גישתה של הפסיקה הישראלית. הרעיון של פיקטיביות התאגיד שהיה מקובל בדיני התאגידים האמריקאיים עלול היה לאיים על יצירת תשתית נורמטיבית להרשעתו בתחום פשעי הסביבה. אם התאגיד אינו יצור ריאלי אזי ראוי יהיה לדלוק אחר המבצע הפיזי ולהטיל עליו את העלות של מעשיו הפליליים. בפועל, בתי המשפט האמריקאיים זיהו את פוטנציאל היתרון הכלכלי לתאגיד אשר לתועלתו העבירה מבוצעת לכאורה. ברוב המוחלט של המקרים, כפי שכותב עו"ד מורגן,⁸⁷ ששימש כתובע במשרד האכיפה הפלילית של הרשות להגנת הסביבה האמריקאית, העבירה מבוצעת בהדרכתו של נושא משרה בחברה, שמודע לעובדות ולתוצאה, ועוצם עיניו בכוונה או ברשלנות כדי שלא לחזות בה. כך לדוגמה, כאשר נושא משרה בדרג ביניים מדגיש בפני הממונה עליו כי נדרשת השקעה כספית נוספת על מנת להבטיח ציות לחוק והחברה מסרבת להקצות לכך משאבים אזי כל

86 שם, בסעיף 6 לפסק דינה של השופטת ברק-ארו היא אומרת מפורשות כי המשמעות של הרשעת התאגיד בלבד בעבירות, משתנה בהתאם לסוג העבירות ולנסיבות ביצוען. הטלת אחריות פלילית על תאגיד היא בעלת חשיבות רבה בהקשר לביצוען של עבירות כלכליות, המקדמות לכאורה את טובתו העסקית של התאגיד.

87 J.T. Morgan "The Mythical Erosion of Mens Rea" 23 *Nat. Resources & Env't* 29, 31 (2009).

עבירה סביבתית שמבוצעת בעקבות גרעון זה מיוחסת להחלטת אי ההשקעה שנעשתה על ידי אורגנים של החברה. אכן, תחום איכות הסביבה מתאפיין בהפרת הוראות על ידי תאגידים דווקא מאחר ורוב הפעילות המפרה מתבצעת על ידי גופים עסקיים מאוגדים. לכן, החקיקה הסביבתית הפדרלית⁸⁸ כוללת בדרך כלל הגדרה רחבה של המונח "אדם" שכפוף לסנקציות על הפרתה. אדם כולל בה, פרטים, תאגידים וצורות אחרות של התאגדות עסקית לרבות ישויות ממשלתיות. גם השיקולים להטלת צו שירות קהילתי בדין האמריקאי משווים בין תאגיד לבין אדם טבעי למרות הבעיות שכותב המאמר רואה בהן כאינהרנטיות לשיקום תאגיד בעל ישות פיקטיבית.⁸⁹ הרגולציה האמריקאית ממשיכה להתאים עצמה לתופעות הפשיעה הסביבתית ומאפשרת הטלת שירות קהילתי גם על תאגיד. זאת, למרות שבפועל ארגון יכול להציע שירות לציבור רק על ידי גיוס משאבים או העסקת עובדים או אחרים למשימה זו. כך יצא כי צו שירות לתועלת הציבור היא סנקציה מוניטרית עקיפה ובדרך כלל פחות רצויה מסנקציה מוניטרית ישירה. אולם, כאשר הארגון המורשע הוא בעל ידע, אמצעים או כישורים ייחודיים שמאפשרים רק לו לתקן את הנזק שנגרם על ידי הפרה, אזי שירות לתועלת הציבור יכול לשמש אמצעי מועיל ביותר לתיקון הנזק שנגרם.⁹⁰

דיני איכות הסביבה האמריקאים הכירו בקיומו הריאלי של תאגיד כתנאי ממשי להטלת אחריות עליו בעבירות איכות סביבה. החקיקה, הרגולציה והפסיקה, העדיפו להכיר במעמדו האוטונומי של התאגיד כדי להכשירו לשאת בעלויות המוסריות והכספיות של היזק סביבתי. הדילמה שהעסיקה אותם נגעה רק לרמת הענישה של נושאי המשרה שביצעו את הפעולה. אין בה כדי להאפיל על מרכזיותו של התאגיד כמוסד עוצמתי בעל יכולות פגיעה בציבור ובטובתו.

בישראל המצב דומה. מיקומו של התאגיד כגוף בעל אישיות אוטונומית בתחום עבירות איכות הסביבה הוא מרכזי וקריטי. הימצאותו במוקד הענישה וההרתעה מתבססת על זהותו הריאלית בניגוד לתיאוריה החוזית שאינה רואה בו ממשות

U.S.C. §1319(C) (6); 42 U.S.C. § 7413(c); Martin Harrell, Joseph J. Lisa, and Catherine L. 88
Votaw, 33 Federal Environmental Crime: A different Kind of "White Collar" Prosecution,
23 Nat. Resources & Env't 3 (2008–2009)

Martin Harrell "Organizational Environmental Crime and the Sentencing Reform Act 89
of 1984: Combining Fines with Restitution, Remedial Orders, Community Service,
and Probation to Benefit the Environment While Punishing the Guilty" 6 Villanova
.Environmental L. J. (1995) 243

Federal Sentencing Guidelines 2011 Annotated 90
ישראל, לעיל בהערה 2, מונה בסעיף מד להחלטתו מספר דרכים יצירתיות לענישה מתקנת כמו
לדוגמה פעילות לטובת הסביבה כמו נקיון הים והחופים, או העסקת בעלי מוגבלויות בתחומים
כאלה, או הדרכה לבתי ספר להגברת תודעת הסביבה.

פונקציונלית. יש גם אינדיקציות להחמרת הענישה בעבירות סביבתיות כלפי תאגידיים⁹¹ יחסית לזו כלפי נושאי משרה בתאגידיים כאלו. השוני ביישום זהותו הריאלית של התאגיד בתורה הריאלית מהדור השלישי יחסית לדורות הקודמים נעוץ בשימוש האינסטרומנטלי של הגישה. השופטים רובינשטיין ועמית אינם עסוקים במיון דקדקני ודוגמטי של תיאוריות תאגידיות אלא בהתאמתן לנושא הנדון. גם השופטת ברק-ארז, בנושא שאינו נוגע לאיכות סביבה אלא להטלת הרשעה על התאגיד בלבד ולא על נושאי משרה בו, מדגישה את הגמישות שיש להעניק למשמעות המשתנה של הרשעת התאגיד בהתאם לסוג העבירות ולנסיבות ביצוען.⁹²

פרק 7 : תובנות מסכמות

המחלוקת על מהותו של התאגיד היא רבת שנים וימיה כימי החברה כתאגיד בעל אישיות משפטית. פרופ' גואלטריו פרוקצ'יה כתב⁹³ כי תורת האישיות המשפטית העסיקה את טובי המשפטנים במשך דורות רבים כל כך עד שמרטין וולף, משפטן תאגידי, הרחיק לכת וטען כי ניתן לחלק את המשפטנים בקונטיננט האירופאי לשתי קבוצות: אלה שכבר כתבו על מהותה של האישיות המשפטית ואלה שטרם עשו זאת.⁹⁴ למעשה, חידת הוויתור של הפינוקיו המשפטי העסיקה לא רק חוקרים קונטיננטלים. גם העולם האנגלו אמריקאי עוסק בנושא באופן אינטנסיבי. העיסוק בכך אינו מצטמצם לחוקרי משפט אלא מתפזר לעבר אנשי מדעי החברה דוגמת כלכלנים וסוציולוגים ופסיכולוגים, ואף אנשי מדעי הרוח ובמיוחד פילוסופים. העיסוק בכך חוצה יבשות, גבולות, ותקופות. כל תקופה מתאפיינת בתיאוריה חדשה, או בהעדרה, גם כדי לקדם אג'נדה פוליטית-חברתית.

ניסיתי להראות כי פסק הדין בעניין חברת נמלי ישראל משקף, לדעתי, את התובנות הבאות: התאגיד הוא יצור ריאלי וממשותו מבוססת על יסודות התורה הריאלית בצורתה הקלאסית; בתחום איכות הסביבה גם הפסיקה האמריקאית התייחסה אליו כיצור ולא כמצרף; ההכרה בתאגיד כארגון מחזקת את ההכרה בו כמרכז כוחני עצמאי בעל יכולת הרסנית שיש לרסנה; בית המשפט העליון כמוסד המעצב נורמות עושה שימוש בהיבט הפוליטי של ישות התאגיד כדי להצדיק את הענישה הישירה גם ללא הרשעה.

91 ראה לדוגמה מאמר של אור קרסין "הענישה בעבירות איכות הסביבה, בין רטוריקה למעשה" מחקרי משפט כג (תשס"ז-תשס"ח) 433.

92 עניין חברת נמלי ישראל, לעיל בהערה 2, סעיף 6 לפסק הדין.

93 ראו לעיל הערה 16, בע' 3.

94 Martin Wolff "The Nature of Legal Persons" 54 L.Q.R 494

אכן, בחינתן של התיאוריות השונות בדבר קיומה של החברה מתחומי הגות שונים החל במשפט וכלה בתחום מדעי החברה מלמד כי ניתן להשקיף על החברה דרך עדשות שונות דוגמת משפט, כלכלה, מדע המדינה או סוציולוגיה. כל אחת מהן מאירה זווית נפרדת אך מרכזית בתכונותיה של החברה. הבחירה בעדשה משליכה על התמונה שמשתקפת. אולם, כמכלול הן מגלות את הפאן הרב-תחומי של התאגיד כישות בעלת תכונות שמקשות על מיונה בקטגוריה אחידה אחת. למהות קיומו של התאגיד שותפות גישות שונות. חלקן תיאורטיות במהותן, אחרות רק משמשות פלטפורמה נורמטיבית ללא תשתית פרדיגמטית. טיעוני המרכזיים ברשימה זו מבוססים על ההנחה כי הגישה הריאלית בתחום המשפט בחיזוקה של תיאורית הפלורליזם הפוליטי מתחום מדעי החברה מדגישות את התובנה כי לצרכים מסוימים יש להבין את התאגיד כמרכז עצמאי בעל קיום ריאלי.