

להעניש תאגיד אם הוא אשם: עיון באחריות הפלילית של התאגיד

איתן קידרון*

- א. מבוא
- ב. האחריות הפלילית של תאגידים בישראל
1. מודלים לאחריות פלילית של תאגיד
 2. המסגרת החוקית לאחריות פלילית של תאגיד
 3. הרחבת המושג "אורגן" המפעיל את אחריותו הפלילית של התאגיד
 4. מבחני מדיניות משפטית לקביעת אחריותו הפלילית של התאגיד
- 4.1 מבחן עזר ראשון – תחולת הדין הפלילי האנושי על תאגיד
- 4.2 מבחן עזר שני – פעולת האורגן הייתה במהלך מילוי תפקידו בתאגיד
- 4.3 מבחן עזר שלישי – פעולת האורגן הייתה לטובת התאגיד
- ג. אחריות פלילית של תאגיד כדי להגשים מדיניות משפטית
1. הבסיס העיוני לענישה של תאגיד
- 1.1 תיאוריות לאישיות המשפטית הנפרדת של תאגיד
- 1.2 תיאוריות לענישה
2. ענישת תאגיד אינה מבוססת על אשמה אלא על שיקולי מדיניות
- 2.1 תיאוריות אינסטרומנטליות ואחריות שילוחית
- 2.2 תיאוריה של ישות אמיתית ואחריות ישירה ("תורת האורגנים")
3. הביקורת על הדין המצוי
- ד. אחריות פלילית של תאגיד מבוססת אשמה
1. הבסיס העיוני לדוקטרינה – תיאוריה של זכויות
 2. מודל האחריות הפלילית – אחריות ישירה
 3. זהות בתחולת הדין הפלילי על בן אנוש ותאגיד
 4. יסודות העבירה של התאגיד – יסוד עובדתי, יסוד נפשי ומטרה מיוחדת
- 4.1 יסוד עובדתי

* ד"ר איתן קידרון מרצה מן החוץ, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל אביב; שותף במשרד מיתר עורכי דין. על הערות מועילות ברצוני להודות לשי קידר, שרון חנס, קובי קסטיאל, ענבר לוי, נחשון שוחט ודנה פוגץ'. כמו כן אני מודה לחברי מערכת כתב העת הפרקליט על הערותיהם החשובות.

4.2 יסוד נפשי

4.3 מטרה מיוחדת

5. סייגים והגנות לתאגיד

ה. סוף דבר – להעניש תאגיד אם הוא אשם

א. מבוא

הדין הישראלי מכיר באחריות הפלילית של תאגיד אך כשל לגבש אותה כראוי. הדין מכיר בשני מודלים להפללת תאגיד – ישיר ושילוחי.¹ תחילה אימץ הדין את מודל האחריות השילוחית, מודל שלפיו תאגיד יכול להימצא חייב בפלילים בגין עבירות שביצע שלוחו, כלומר ללא אשמה או מעשה מצד התאגיד.² לאחר מכן, ולכל המאוחר בשנות השבעים של המאה הקודמת, דחה בית המשפט העליון את המודל השילוחי וביכר את מודל האחריות הפלילית הישירה של התאגיד לפי דוקטרינת ה-"אלטר אגו" או בשמה הנוסף – דוקטרינת "ההזדהות".³ לפי המודל הישיר המעשה של אורגן בתאגיד ומודעותו מוחזקים כמעשה וכמודעות של התאגיד, כלומר התאגיד עצמו אשם בעבירה.⁴ בעניין מודיעים (1991) חזר בית המשפט העליון ואימץ את המודל הישיר כמודל העיקרי לאחריות הפלילית של תאגיד, תוך שכינה אותו "תורת האורגנים".⁵ באותה נשימה, בית המשפט העליון

-
- 1 ע"פ 3027/90 חברת מודיעים בניו ופיתוח בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד מה(4) 364, 379 – 380, 384–385 (1991); ע"פ 3891/04 ערד השקעות ופיתוח תעשייה בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד ס(1) 294, 349 (2005); מרדכי קרמניצר והאלד גנאים "אחריות פלילית של תאגיד" ספר שמגר כרך ב 33, 44–57 (2003); אמיר ונג "תורת האורגנים ועבירות הגבילים עסקיים – הרטוריקה וחיי המעשה" תאגידים ב/5 46 (2005); יובל קרניאל "אחריות פלילית של תאגידים" שערי משפט א(3) 335, 337–338 (2008).
 - 2 בג"ץ 125/50 קבוצת החוגים בית השיטה, קבוצת פועלים להתיישבות שיתופית בע"מ נ' יושב הראש והחברים של בית דין למניעת הפקעת שערים וספסרות בחיפה, פ"ד ה 113 (1950) (להלן: בג"ץ בית השיטה); ע"פ 232/62 שפאר, תוסיה-כהן ושות' שותפות רשומה נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יז 1905 (1963); ש"ז פלר יסודות בדיני עונשין כרך א 696 (1984).
 - 3 ע"פ 109/72 מדינת ישראל נ' פז, פ"ד כח(1) 93, 100 (1973); ע"פ 115/77 לב נ' מדינת ישראל, פ"ד לב(2) 505 (1978); ע"פ 137/79 גלנט נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(3) 746 (1981).
 - 4 עניין מודיעים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 379–380; פלר יסודות בדיני עונשין, לעיל ה"ש 2, בעמ' 698.
 - 5 עניין מודיעים, שם, בעמ' 378–379.

הגדיר את מקומו של המודל השילוחי לצד המודל הישיר.⁶ במילים אחרות, הפסיקה באשר לאחריות הפלילית של התאגיד נעה מהמודל השילוחי למודל הישיר, ולבסוף הכירה בשניהם גם יחד.

הסדרה מגושמת של אחריות התאגיד בחוק פתחה פתח להרחבה ניכרת של האחריות. האחריות הפלילית של התאגיד מחברת בין דיני העונשין לבין דיני החברות, אך עוד מראשית המנדט הבריטי היא הוסדרה דווקא בדיני הפרשנות.⁷ בשנות התשעים של המאה הקודמת התנהל מרוץ בין דיני התאגידים לדיני העונשין על הסדרת האחריות, כאשר בסופו של דבר ניצחו האחרונים.⁸ אך ניצחונם של דיני העונשין לא היה שלם, שכן הגדרת האדם המכונה "אורגן", מוקמה דווקא בדיני התאגידים.⁹ התלות במושג "אורגן" פתחה פתח למאבק פרשני שסופו הרחבה ניכרת של גדר האחריות הפלילית של התאגיד.

אחת הזירות המרכזיות של המאבק הפרשני באשר לאחריות התאגיד הייתה על סוגיית זהותו של האדם המכונה "אורגן". הגישה הפרשנית המצמצמת גורסת שמדובר באדם שבשל בכירותו אפשר לראות בו המוח של התאגיד אשר הפעיל את כוחו של התאגיד.¹⁰ גישה פרשנית מרחיבה מוכנה להכיר גם באדם שאינו בכיר כאורגן, ובלבד שהפעיל את כוחו של התאגיד.¹¹ הגישה המרחיבה שהתקבלה בפסיקה הביאה להרחבה ניכרת של מעגל האנשים שיכולים להיות אורגן, ולפיכך גם להרחבה של יריעת האחריות הפלילית של התאגיד.¹² במילים אחרות, היות שהגדרת אורגן מפורשת באופן כה רחב, כמעט תמיד התאגיד ימצא "אשם".

-
- 6 שם, בעמ' 384-385.
- 7 בג"ץ בית השיטה, לעיל ה"ש 2, בעמ' 129-136.
- 8 חוק העונשין (תיקון מס' 39) (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ד-1994, ס"ח 348 (להלן: תיקון מס' 39 לחוק העונשין).
- 9 ההגדרה לזהות האדם המכונה "אורגן", מצויה בפרק ראשון, חלק שלישי, לחוק החברות, התשנ"ט-1999.
- 10 עניין פז, לעיל ה"ש 3, בעמ' 102-103.
- 11 עניין מודיעים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 386-387.
- 12 תזכיר חוק העונשין (תיקון - אחריות פלילית של תאגידים), התשע"ה-2014, 2 (להלן: תזכיר 2014). בהצעת חוק זו ביקש המחוקק, מחד גיסא, לצמצם את האחריות הפלילית לעומת המצב הקיים. אך, מאידך גיסא, להרחיבה במקומות אחרים; קרמניצר וגנאים הטוענים שאין לקבל את המבחנים ההיררכי או הפונקציונלי כמבחנים עצמאיים, שדי בהתקיים אחד מהם כדי לראות באדם אורגן של התאגיד, ויש לאמץ מבחן היררכי-פונקציונלי (קרמניצר וגנאים "אחריות פלילית", לעיל ה"ש 1, בעמ' 86-89); ובאותו עניין ואותה עמדה ראו גם מיכל אגמון-גונן "התאגיד במשפט הפלילי - חישוב מסלול מחדש" ספר דנציגר 63 (לימור זר-גוטמן ועידו באום עורכים) (2019).

בעקבות הרחבת מעגל האנשים היכולים לשמש אורגן של התאגיד, כדי להכריע בשאלת האחריות עיצב בית המשפט את מבחני העזר הבאים: הראשון, האם דבר החקיקה לא התכוון להוציא מתוכו את אחריות התאגיד? השני, האם פעולת האורגן נעשתה במהלך מילוי תפקידו? השלישי, שהוא מעין מבחן-משנה של השני, האם הפעולה הייתה לטובת התאגיד?¹³ במילים אחרות שאלת האחריות הפלילית של התאגיד הפכה לשאלה האם ראוי להטיל אחריות על התאגיד בגין מעשיו הקונקרטיים של האורגן? כלומר משאלה של אחריות משפטית לשאלה של מדיניות משפטית.¹⁴

העברת מרכז הכובד של אחריות התאגיד לשיקולי מדיניות המשפטית עיקרה את הצורך להוכיח את אשמת התאגיד. כדי להראות זאת, אסקור את הבסיס העיוני של שני רכיבים משמעותיים של דוקטרינת הענישה של תאגידיים, דהיינו, מהו תאגיד ומהי ענישה. בהמשך אראה שענישה של תאגידיים בישראל אינה מבוססת על אשמתם אלא על שיקולי מדיניות. כאמור, הדין הישראלי מכיר בשני מודלים לאחריות פלילית של תאגיד: אחריות שילוחית ואחריות ישירה. אחריות שילוחית של תאגיד לעולם אינה דורשת אשמה; ואילו אחריות ישירה של תאגיד, שלכאורה דורשת אשמה, בפועל נגזרת מתכלית אינסטרומנטלית מוכוונת מדיניות משפטית שאינה דורשת אשמה. לכן, בפועל, שני המודלים אינם דורשים את אשמת התאגיד.

המצב המשפטי הקיים מעורר מספר ביקורות. ביקורת אחת על הדין המצוי היא שהוא רחב מדי וביקורת נוספת על הדין המצוי היא שאין הוא בהיר. אך בביקורות אלה אין חדש. למעשה, המחוקק ניסה להתגבר על הביקורות הללו באמצעות תיקון החוק בתזכיר חוק העונשין (תיקון – אחריות פלילית של תאגידיים), התשע"ה–2014.¹⁵ הביקורת המרכזית המוצגת במאמר זה, ביקורת שטרם נדונה בספרות המחקר, היא כאמור שהרחבה של האחריות הפלילית העבירה את ההכרעה השיפוטית לשיקולי מדיניות המשפטית וזו בתורה תרמה להצטברות כוח יתר אצל גורמי התביעה האמונים על העמדת תאגידיים לדין. הצטברות כוח זו מעלה את החשש לטעויות, לאפליה ולשימוש לרעה בכוח. ביקורת שכזו הופנתה לאחרונה בתקשורת כלפי מערכת אכיפת החוק על החלטתה להעמיד או שלא להעמיד תאגידיים לדין בפרשיות 2000 ו-4000. הנחיית פרקליט המדינה בדבר מדיניות התביעה בהעמדה לדין פלילי וענישה

¹³ עניין מודיעים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 383–384; ע"פ 99/14 מדינת ישראל נ' מליסרון בע"מ, פס"ח לפסק הדין של השופט רובינשטיין (נבו) 25.12.2014.

¹⁴ ש.ם.

¹⁵ תזכיר 2014, לעיל ה"ש 12.

משנת 2019 ביקשה להפיס את הביקורות ולהסדיר את הדין.¹⁶ אך הנחיית פרקליט המדינה המפרטת שיקולים כה רבים רק הרחיבה את היקף שיקול הדעת של התביעה והגבירה את החששות הללו. לפיכך יש לתקן את הדוקטרינה הקיימת, להבהירה ולהגבילה כראוי.

בחלקו האחרון של המאמר אציג את הדוקטרינה של תורת האורגנים ככזו המבוססת על תיאוריה של זכויות. אתחיל בטיעון שכדי לנסח דוקטרינה המשלבת את דיני העונשין עם דיני התאגידים, ראשית יש לבסס לה תורת משפט קוהרנטית. מהניתוח העיוני עולה שדוקטרינת תורת האורגנים אינה עשויה מקשה תיאורטית אחת: מצד אחד, היא מגלמת תורת משפט של זכויות לעניין זיהוי התאגיד כבר-אחריות פלילית, כישות אמיתית, ומצד שני תורת משפט אינסטרומנטלית לעניין הענישה של התאגיד, הרואה בו כלי שבאמצעותו אפשר להגשים מדיניות של הרתעה ומניעה. אך שתי תורות המשפט לא יכולות לדור בכפיפה בדוקטרינה קוהרנטית אחת והמתח בין שתי תורות המשפט מביא לקושי בניסוח דוקטרינה בהירה לאחריות פלילית ישירה לתאגיד. מסקנה זו מובילה לשתי אפשרויות: האפשרות האחת היא לנסח את הדוקטרינה ברוח התיאוריות האינסטרומנטליות. בנסיבות אלה, יש לוותר על אחריות ישירה של תאגיד ולהסתפק באחריות שילוחית. אפשרות שנייה היא אימוץ תורת משפט מבוססת זכויות אשר מאפשרת קיומה של אחריות ישירה. אך אחריות זו לא יכולה להיות כסות למדיניות משפטית המשתמשת שימוש אינסטרומנטלי באחריות הישירה, אלא זו חייבת להיות אחריות המבוססת על אשמת התאגיד – ולפיה יש להעניש תאגיד רק אם הוא אשם, ולפי מידת אשמתו.

בהמשך המאמר אפתח דוקטרינה של אחריות פלילית של תאגיד המבוססת על תיאוריה של זכויות. ראשית, אדון בתחולת הדין הפלילי על תאגיד, ואטען שעל פי תורת האורגנים ראוי שתהיה זהות בתחולת הדין הפלילי על תאגידים ועל בני אנוש, אך לצד הזהות העקרונית ייתכנו הבדלים בתחולת הדין הפלילי על נמענים שונים. שנית, אדון במודל האחריות הראוי ואטען שתורת האורגנים מכירה באחריות פלילית ישירה של תאגיד בלבד, ושאחריות שילוחית אינה נמצאת בהתאמה לתורת האורגנים. שלישית, אדון ביסודות העבירה של התאגיד. אטען שהוכחת אחריות ישירה של תאגיד דורשת את התקיימות היסוד העובדתי והיסוד הנפשי לרבות מטרה מיוחדת. המבחן להתקיימות היסוד העובדתי של התאגיד הוא המבחן הפונקציונלי, והמבחן להתקיימות היסוד הנפשי של התאגיד הוא המבחן ההיררכי; לכן ראוי שמבחנים אלו יהיו מצטברים. עוד אטען שלצד מודעות התאגיד לעבירה דרושה גם מטרה מיוחדת של האורגן להיטיב עם

¹⁶ הנחיית פרקליט המדינה 14.1 "מדיניות התביעה בהעמדה לדין פלילי וענישה של תאגיד", 5 (2.10.2019) (להלן: מדיניות התביעה).

התאגיד, אותה אפשר להוכיח באמצעות הלכת הצפיות. לבסוף אדון בסייגים ובהגנות לתאגיד. אטען שראוי שהזהות בתחולת דיני העונשין על בני אנוש ועל תאגידיים תחול גם בהקשר של סייגים והגנות שהדין הפלילי מקנה. ברם, גם כאשר לסייגים – הדין הפלילי לא חל באופן זהה על תאגידיים ובני אנוש מפני שמערך הזכויות והחובות שלהם שונה.

בהמשך המאמר, בפרק ב' אתאר את האחריות הפלילית של תאגידיים בדין המצוי; בפרק ג' אתאר את הבעיה בבסיס הדין המצוי והיא המעבר מדוקטרינה המבוססת על אשמת התאגיד לכזו המבוססת על שיקולי מדיניות ובליבה התרעה ומניעה, וכן את החשש שנובע מהמצב הקיים; בפרק ד' אנסח את הדוקטרינה של תורת האורגנים ככזו המבוססת על אשמה.

ב. האחריות הפלילית של תאגידיים בישראל

להלן אתאר את תהליך התגבשותה של האחריות הפלילית של תאגידיים בישראל. אתחיל בתיאור היסטורי של ההכרה במודלים לאחריות פלילית של תאגיד, הישיר והשילוחי; אמשך בתיאור המאבק על ההסדרה של אחריות זו בחוק בין דיני העונשין לדיני התאגידיים; משם אעבור לתאר את המאבק הפרשני ביחס לזהותו של האדם המכונה "אורגן"; ולבסוף, בעקבות הרחבת מעגל האנשים היכולים לשמש כ"אורגן" של התאגיד, אתאר את מבחני המדיניות שהתגבשו בפסיקה כדי לקבוע אם ראוי להטיל אחריות על התאגיד בגין מעשיו הקונקרטיים של ה"אורגן". התיאור להלן ימחיש שהדין הישראלי התרחב עד מאוד וששאלת האחריות הפלילית של התאגיד הפכה לשאלה של מדיניות משפטית.

1. מודלים לאחריות פלילית של תאגיד

הדין הישראלי, בעקבות הדין האנגלי, מכיר בשני מודלים לאחריות פלילית של תאגיד: אחריות ישירה ואחריות שילוחית. הדוקטרינה לאחריות פלילית ישירה של תאגיד ידועה בדין הישראלי כ"תורת האורגנים". תורת האורגנים מאפשרת ייחוס מעשים ומחשבות של נושאי משרה מסוימים בתאגיד, שהם בשר ודם, לתאגיד עצמו, לשם גיבוש אחריותו הישירה של התאגיד.¹⁷ אחריות זו היא אחריות ישירה שכן המעשה והמודעות של האורגן מוחזקים כמעשה וכמודעות של התאגיד עצמו.¹⁸ תאגיד יכול להימצא חייב בפלילים גם על ידי ייחוס אחריות

¹⁷ עניין ערד, לעיל ה"ש 1, בעמ' 349; פלר יסודות בדיני עונשין, לעיל ה"ש 2, בעמ' 698; קרמניצר וגנאים "אחריות פלילית", לעיל ה"ש 1, בעמ' 54–57.

¹⁸ פלר יסודות בדיני עונשין, שם, בעמ' 698; עניין מודיעים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 379–380.

שילוחית.¹⁹ אחריות שילוחית מייחסת לתאגיד את העבירה שביצע שלוחו של התאגיד, גם אם לתאגיד אין מעשה או אשמה.²⁰ את שני המודלים הללו קיבל המשפט הישראלי מהדין האנגלי.

מבחינה היסטורית, הדין הפלילי האנגלי הכיר באחריות השילוחית הפלילית של התאגיד לפני שהכיר באחריות הפלילית הישירה. במאה ה-17, שופטי המשפט המקובל התחבטו בשאלה אם תאגיד, בהיותו ישות משפטית ללא צורה פיזית, מסוגל לבצע את הפעולה הפיזית הנדרשת לביסוס הרשעה בפלילים. באותה תקופה הייתה רתיעה מלהכריז על תאגידים כבני אחריות פלילית. התאגיד הוכר בחוק לא כאדם טבעי, אלא כישות מלאכותית. כהפשטה, הוא חסר יכולת פיזית, נפשית ומוסרית לעסוק בהתנהגות פסולה, או לסבול מעונש. לא הייתה לו נשמה ולכן לא היה אפשר להאשים אותו. ידועה בהקשר זה הצהרתו של לורד הולט, שלפיה "לא ניתן להעמיד תאגיד לדין אך ניתן להעמיד לדין את חבריו". עם זאת, לפחות החל משנת 1635, הגישה בפסיקה האנגלית הייתה להטיל על התאגיד אחריות פלילית על מחדלים, כגון אי-ביצוע תיקונים נחוצים בטובין ציבורי (כגון גשר או דרך). במאה ה-18, הדין האנגלי הכיר באחריות הפלילית השילוחית של התאגיד ("Vicarious Liability"). בעקבות הטמעת האחריות השילוחית בדיני הנזיקין, החלו בתי המשפט האנגליים להטיל אחריות על תאגידים למעשי סוכניהם, אך עדיין הגבילו עצמם לעבירות של אחריות מוחלטת. במאה ה-19, הכיר בית המשפט האנגלי באחריות לעבירות מעשה. היה זה בשנת 1846, בעניין *Great North Of England Railway Co.* (1846). בית המשפט הכיר בכך שההבחנה בין מעשה למחדל היא מופרכת, שכן לעיתים קרובות אפשר לאפיין את המעשה הבלתי-חוקי גם כמעשה וגם כאי-מעשה. אולם בתי המשפט המשיכו להיתקל בקושי להרשיע תאגידים בעבירות הדורשות מודעות. להשקפתם, תאגידים היו בסך הכול פיקציה משפטית, חסרה להם נשמה, ולכן לא יכלה להיות להם "המחשבה הפלילית" הנדרשת.²¹

19 פלר יסודות בדיני עונשין, שם, בעמ' 696; ונג "תורת האורגנים", לעיל ה"ש 1, בעמ' 46; קרניאל "אחריות פלילית של תאגידים", לעיל ה"ש 1, בעמ' 337-338.

20 פלר יסודות בדיני עונשין, שם, בעמ' 696; ת"פ (מחוזי ת"א) 4368-05-16 מדינת ישראל נ' סימנס ישראל בע"מ, 29-30 (נבו 3.7.2017) (להלן: פרשת סימנס 1).

21 Kathleen F. Brickey, Corporate Criminal Accountability: A Brief History and an Observation, 60 WASH. U.L.Q. 393, 396-404 (1982); Andrew Weissman, *Rethinking criminal corporate liability*, 82 IND. L.J. 411, 417-423 (2007). ידועה בהקשר זה אמרתו של הלורד צ'נסלור אדוארד: "Did you ever expect a corporation to have a conscience, when it has no soul to be damned, and no body to be kicked?" John C. Coffee, "No Soul to Damn: No Body to Kick": An Unscandalized Inquiry into the Problem of Corporate Punishment, 79 MICH. L. REV. 386 (1981).

הדין האמריקני ביסס גם הוא את האחריות הפלילית של התאגיד על מודל של אחריות שילוחית. כמו במשפט האנגלי, המקרים המוקדמים של הטלת אחריות פלילית על תאגידיים התמקדו בהבחנה בין מחדל למעשה, אך הבחנה כזו הוכיחה כי יש לה פחות אחיזה בדין האמריקני. עם זאת, כמו עמיתיהם האנגלים מהמאה התשע-עשרה, בתי המשפט מיאנו להרחיק לכת עד כדי הטלת אחריות על תאגידיים בגין עבירות של מודעות. גם הם סברו כי לתאגיד ש"אין לו נשמה" לא יכולה להיות "מחשבה פלילית" הנדרשת בעבירות מסוימות. בתחילת המאה ה-20, הרחיב הדין האמריקני את דוקטרינת האחריות השילוחית לעבירות של מחשבה פלילית. השינוי בא לאחר שהתאגידיים תפסו מקום דומיננטי בחיי החברה, צברו הון והשפעה עצומים, ולצד זאת ביצעו פשעים רבים. לפיכך בתי המשפט הרחיבו את האחריות הפלילית של התאגיד גם לעבירות מודעות, באמצעות הרחבה של דוקטרינת האחריות השילוחית, וזאת בפרשת *New York Central* (1990). בעשורים שלאחר מכן, השתמשו בתי המשפט הפדרליים באופן שגרתי בתיאוריות של אחריות שילוחית שהושאלה מדיני הנזיקין כדי להרשיע ישויות תאגידייות.²²

המשפט האנגלי, לעומת המשפט האמריקני, הגביל בקפדנות את עקרון האחריות הפלילית השילוחית לעבירות אחריות מוחלטת, אך פיתח מודל של אחריות ישירה לעבירות של מודעות. מבחינה היסטורית, נהוג לומר שפסק הדין הקלאסי שמבסס אחריות ישירה של תאגיד הוא בעניין *Lennard* (1915).²³ השאלה המשפטית הייתה אם ידיעתו של בעל מניות ודירקטור בחברה היא גם ידיעתה של החברה; כאשר החברה טענה להפרדה בין החברה לבין בעליה מתוך עקרון האישיות המשפטית הנפרדת, באופן שהדהד את פסק הדין בעניין *Salomon* (1897),²⁴ שניתן שני עשורים קודם לכן. בית הלורדים קבע כי אפשר

22 שם. עם זאת, יש הטוענים שאומנם על פי החוק בארצות-הברית אפשר להרשיע תאגידיים, אך, בפועל, האכיפה הפלילית (להבדיל מאזרחית או מינהלית) נגד תאגידיים היא כל כך נדירה, עד שכלל אי אפשר לדבר על אחריות פלילית לתאגידיים בארה"ב (זו הטענה המרכזית במאמר *Mihailis Diamantis & W. Robert Thomas, But We Haven't Got Corporate Criminal Law!*, 47 J. CORP. L. 991 (2022)). למעשה, כמה חוקרים מובילים קוראים לממשל האמריקני להימנע לחלוטין מהטלת אחריות פלילית על תאגידיים בטענה שהמדינה יכולה להשיג את יעדי ההרתעה שלה במחיר חברתי נמוך יותר באמצעות אחריות אזרחית או מינהלית תאגידיית עם סנקציות כספיות משמעותיות. ראו, למשל, Arlen המתמודדת עם הטענה הזו במאמרה *Jennifer Arlen, Countering Capture: A Political Theory of Corporate Criminal Liability*, 47 J. CORP. L. 861, 863 (2022).

23 *Lennard's Carrying Co. Ltd. v. Asiatic Petroleum Co Ltd*, 1915 A.C. 705, 713 (להלן: "Lennard's Case")

24 *Salomon v. Salomon*, 1897 AC (1897).

להטיל אחריות ישירה על תאגיד בגין מעשי מנהל. בית הלורדים קבע שתאגיד הוא יצור מופשט, אבסטרקציה, ואת מעשיו ומחשבותיו יש לחפש אצל בן אנוש כלשהו. בית הלורדים המשיך אפוא את הלכת *Salomon*, במובן זה שהכיר בעקרון האישיות המשפטית הנפרדת של התאגיד. לצד זאת, בית הלורדים הרחיב הלכה זו והאניש את התאגיד, במובן זה שתיאר את התאגיד כיצור חי, בעל מאפיינים אנושיים: בעל נפש, רצון, אגו ואישיות; ושקיימים בני אנוש המגלמים את המאפיינים האנושיים הללו של התאגיד. בית הלורדים קבע שבן אנוש המגלם את מעשי ורצון התאגיד יכול שיהיה אדם תחת הנחיית בעלי המניות באסיפה הכללית; הדירקטוריון עצמו; או אדם בעל סמכות לנהל את ענייני התאגיד לפי תקנון התאגיד. בעל עמדה שכזו הוא התודעה המכוונת של החברה, ולכן פעולתו ומחשבתו הן פעולות ומחשבות החברה עצמה.²⁵ לגבי עבירות פליליות של מודעות פיתחו בתי המשפט הבריטיים את "דוקטרינת ההזדהות" ("Identification Doctrine"), אותה לימים יכנו בישראל – "תורת האורגניזם". כך, בשנת 1944, קבע בית המשפט באנגליה כי אפשר להרשיע תאגיד גם בעבירות של מחשבה פלילית כגון עבירות מרמה, קרי אחריות פלילית ישירה.²⁶ במילים אחרות, ארצות-הברית ואנגליה הכירו באחריות התאגיד לעבירות מודעות, אך בעוד ארצות-הברית הוסיפה להשתמש בדוקטרינה של אחריות שילוחית, אנגליה פיתחה דוקטרינה של אחריות ישירה.

הדין הישראלי קלט את המודלים לאחריות פלילית של תאגיד מהדין האנגלי, אך, תחילה, אימץ את מודל האחריות השילוחית. אומנם בשנותיה הראשונות של המדינה הזכיר בית המשפט העליון את האפשרות להטיל אחריות פלילית ישירה על תאגידים, אך לא נדרש להפעילה. כך, למשל, בבג"ץ בית השיטה (1950), שם נתבע קיבוץ בית השיטה לדין פלילי לפני בית הדין לספסרות, ועתר לבית המשפט הגבוה לצדק בין השאר, בטענה שתאגיד אינו אחראי בפלילים.²⁷ בית המשפט העליון הזכיר את התפתחות ההלכה בדבר הרשעת תאגיד באנגליה, לרבות ההכרה באחריות ישירה.²⁸ אך בג"ץ בית השיטה עסק בעבירה של אחריות מוחלטת ומכאן שבית המשפט, בראשות הנשיא זמורה, לא נדרש לאחריות הישירה של התאגיד.²⁹ מקרה דומה היה כעשור מאוחר יותר בעניין שפאר (1963), אשר עסק בעבירת תעבורה מסוג אחריות מוחלטת ברכב של שותפות.³⁰

Lennard's Case, לעיל ה"ש 23, שם. 25

Weissman, לעיל ה"ש 21, בעמ' 417-423. 26

בג"ץ בית-השיטה, לעיל ה"ש 2. 27

שם, בעמ' 135-139. 28

שם. 29

עניין שפאר, לעיל ה"ש 2, בעמ' 1905. 30

היה זה דווקא המערער עורך הדין שפאר שהעלה את הרעיון של אחריות פלילית ישירה של תאגיד, תוך שהפנה למשפט המקובל האנגלי. לדבריו, על פי הדין באנגליה, האחריות הישירה של התאגיד תתקיים מקום שבו "[...] כביכול, האישיות המשפטית בעצמה ביצעה את המעשה הפלילי, דהיינו כאשר פעל אחד 'האורגנים' שלה, כגון אחד השותפים, תוך שימוש בכוחות של התאגיד [...]".³¹ לשיטתו של עורך דין שפאר, ביצוע עבירת התעבורה אינו "שימוש בכוחות התאגיד", שכן נהיגה ברכב אינו אחד מתפקידיה של שותפות עורכי דין. השופט לנדוי דחה את טענת המערער שפאר. הוא ציין כי "במשפט המקובל נתונה שאלת אחריותה בפלילים של האישייות המשפטית בפלילים עדיין בתהליך של ליבון",³² ובחר שלא לנתח את הסוגיה האקדמית של האחריות הפלילית הישירה של התאגיד, מפני שבעניין שפאר היה מדובר, כאמור, בעבירות של אחריות מוחלטת ולכן אפשר היה להשתמש במודל המוכר של אחריות שילוחית.³³ במילים אחרות, בשנים הראשונות של המדינה הצעירה, בית המשפט העליון הזכיר בפסקי הדין את מודל האחריות הפלילית הישירה של התאגיד, אך נמנע מלהשתמש בו, והסתפק בהפעלת מודל האחריות השילוחית.

בשנות השבעים, בית המשפט כבר השתמש במודל של אחריות פלילית ישירה של התאגיד לפי דוקטרינת ה-"אלטר אגו" או בשמה הנוסף – דוקטרינת "ההזדהות". כך, לדוגמה, בעניין פז (1973), דן בית המשפט העליון בערעור על הרשעתו של רואה-חשבון כהן, שייצג חברה בפני שלטונות מס הכנסה, בעבירות שונות לפי פקודת מס הכנסה; ועל הרשעת החברה בעבירה מתוקף תפיסת רואה-החשבון כ-"ALTER EGO של החברה, באופן שמעשיו [...] הם כמעשי החברה עצמה".³⁴ דוגמה נוספת היא עניין לב (1978), שבו נדונה הרשעתה בפלילים של חברה בעקבות מעשי מרמה של בעליה ומנהליה.³⁵ השופטת בן-פורת התייחסה לחובת החברה למנוע ביצוען של עבירות במסגרת עיסוקיה, וקבעה ש"חובה זו כשאר תפקידיה וחובותיה, אין החברה מסוגלת לבצע אלא באמצעות אנשים בשר ודם בתור שלוחיה, שכן היא עצמה, בהיותה גוף משפטי, נעדרת כושר פעולה או חשיבה וכמוה כחומר ביד היוצר. אותם שלוחים הם בחלקם בגדר 'המוח' (או 'האני האחר') שלה, ואז מייחסים את ידיעתם ואת

31 שם, בעמ' 1909–1910. בית המשפט ציין שהמערער שפאר למד על ההלכה האנגלית לאחריות פלילית ישירה מ־ R.S. Welsh, *The Criminal Liability of Corporations*, 62 (1946).

L.Q. REV. 345 (1946).

32 שם, בעמ' 1910.

33 שם, בעמ' 1910–1911.

34 עניין פז, לעיל ה"ש 3, בעמ' 99.

35 עניין לב, לעיל ה"ש 3.

כוונתם גם לה; ובחלקם – בגדר 'ידיה', ואז נושאים רק הם באחריות למעשיהם ולמחזליהם". בן-פורת הגדילה לעשות, ודחתה את מודל האחריות השילוחית, תוך שקבעה כי "הכלל הידוע בשטח האזרחי כ- Respondeat Superior לא חל בפלילים ומכאן שרק כלל 'ההזדהות' (identification) הוא הבסיס להרשעתה של חברה במעשה פלילי שביצע אדם הנמנה עם סוג "האני האחר".³⁶ במילים אחרות, בית המשפט אימץ את מודל האחריות הישירה של התאגיד – את דוקטרינת "ההזדהות" – ודחה את המודל השילוחי.

בעניין מודיעים (1991) חזר בית המשפט העליון ואימץ את המודל הישיר כמודל העיקרי לאחריות הפלילית של תאגיד (תוך שכינה אותו לראשונה – "תורת האורגנים"³⁷). בית המשפט הגדיר את מקומו של המודל השילוחי לצד המודל הישיר.³⁸ לדברי השופט (כתוארו אז) ברק, ביסודה של הדוקטרינה של

³⁶ שם, בעמ' 520–521 (ההדגשות במקור); פרשת גלנט, לעיל ה"ש 3, בעמ' 746; עניין לב, שם, בעמ' 525. השופטת בן-פורת קבעה שהוכח שהמנהלים ידעו על העבירות וסייעו לביצוען ולכן הרשיעה גם את החברה.

³⁷ ככל הנראה השימוש במושג "תורת האורגנים" במשפט הישראלי כדי לתאר אחריות ישירה של תאגיד החל סמוך לתחילת שנות השמונים של המאה הקודמת. כך, למשל, בע"א 230/80 פנידר, חברה להשקעות פתוח ובנין בע"מ נ' קסטרו, פ"ד לה(2) 713, 726–727 (1981), התייחס השופט ברק לחובת תום הלב במשא ומתן לכריתת חווה. מושג דומה נזכר גם בשיח האקדמי על אודות המודל הישיר לאחריות פלילית שהחל באותן שנים. בעבודת הדוקטור שלו בחן אליעזר לדרמן את המודלים לאחריות פלילית של תאגיד (ראו אליעזר לדרמן אחריות פלילית של תאגידיים בישראל (חיבור לשם קבלת תואר "דוקטור למשפטים", האוניברסיטה העברית 1978); Eliezer Lederman, *The Criminal Liability of Entities in Israel* 21 (1978) (Unpublished thesis)). לדרמן הציג את מודל האחריות הישירה, אותה כינה – "תאוריית האורגנים של התאגידיים", כמודל הקיים במשפט האנגלי וגם במדינות שהמשפט האנגלי השפיע עליהן כגון ניו זילנד, קנדה, הודו וישראל; לצד מדינות שבהן מעמדו של המודל הישיר פחות בולט, כגון אוסטרליה, דרום אפריקה וארצות-הברית (ראו Eliezer Lederman, *Criminal Law, Perpetrator and Corporation: Rethinking a Complex Triangle*, 76 J. CRIM & CRIMINOL. 285, 288–293 (1985)), אך, לשיטתו, מודל זה ראוי רק במשפט האזרחי ולא במשפט הפלילי, (שם, בעמ' 338–340); גם המלומד ידידיה שטרן בעבודת הדוקטור שלו חקר את סוגיית האחריות הפלילית של התאגיד (ראו Yedidia Stern, *The Organic Theory of Corporations: Towards Corporate Personal Liability*, 1–22 (1986) (Unpublished thesis)). שטרן הציג עמדה הפוכה לזו של לדרמן, וביכר את "תאוריית האורגנים של התאגידיים" כמודל לאחריות פלילית ישירה של התאגיד (ראו Yedidia Z. Stern, *Corporate Criminal Personal Liability-Who Is the Corporation*, 13 J. CORP. L. 125, 125–128 (1987) (להלן: Stern, 1987)).

³⁸ עניין מודיעים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 378–379.

תורת האורגנים מצויה התפיסה שהיסוד הנפשי ורכיב ההתנהגותי של האורגן מהווים את היסוד הנפשי ואת הרכיב ההתנהגותי של התאגיד.³⁹ ברק קבע כי "אחריותו של התאגיד לפעולות האורגן אינה אחריות שילוחית, ואין היא מותנית באחריותו של האורגן. [...] אחריותו של התאגיד לפעילות האורגן היא אישית, תוך שבאמצעות הפעולות והמחשבות של האורגן עולה בידי התאגיד לקיים את יסודות הנורמה המשפטית אותה מבקשים להחיל עליו".⁴⁰ לצד זאת, הבהיר השופט ברק שאחריות פלילית שילוחית קיימת מקום שהדין הפלילי הספציפי קבע במפורש קיומה של אחריות פלילית שילוחית, או שאחריות פלילית שילוחית מתבקשת מפירושה של לשון החוק על רקע תכליתו.⁴¹ לביסוס האחריות השילוחית נקבע מבחן כפול: הראשון, האם הפועל בשם התאגיד ביצע עבירה המטילה עליו אחריות פלילית אישית, והאם ביצע זאת במהלך עבודתו או שליחותו למען התאגיד? השני, האם העבירה שבגינה הוטלה על העובד או על השלוח של התאגיד אחריות פלילית-אישית היא מסוג העבירות המטילות אחריות שילוחית על התאגיד?⁴² השופט ברק ביכר את מודל האחריות הישירה כמודל כללי לאחריות תאגיד, אך הציב לצידו, מחדש, את מודל האחריות השילוחית. במילים אחרות, האחריות הפלילית של התאגיד עברה שני שינויים היסטוריים משמעותיים: הראשון, בשנות השבעים, המעבר מהמודל השילוחי למודל הישיר; והשני, בשנות התשעים, הכרה בשני המודלים גם יחד, זה לצד זה.

2. המסגרת החוקית לאחריות פלילית של תאגיד

הסדרה מגושמת של אחריות התאגיד בחוק פתחה פתח להרחבתו הניכרת. מודל האחריות הפלילית הישירה של תאגיד עוגן בסעיף 23(א)(2) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין), ומאפשר לייחס לתאגיד עבירות של מחשבה פלילית. מודל האחריות הפלילית השילוחית עוגן בסעיפים 23(א)(1) ו-23(ב) לחוק העונשין, ומאפשר לייחס לתאגיד עבירה שביצע שלוחו של התאגיד, גם אם לתאגיד אין מעשה או אשמה. המחוקק עיגן את מודל האחריות השילוחית בדמות של עבירות של מחדל של התאגיד (כאשר חובת העשייה מוטלת במישרין על התאגיד, בלי להידרש לבעל התפקיד בתאגיד האשם), ובעבירות של אחריות קפידה של אדם במהלך מילוי תפקידו בתאגיד. עיגון שני

39 שם, בעמ' 379.

40 שם, בעמ' 379-380.

41 שם, בעמ' 385.

42 שם, בעמ' 384-385. השופט ברק הוסיף וקבע ש"שאלה שנייה זו עומדת תמיד בפני עצמה (בין אם המעביד הוא תאגיד ובין אם הוא בשר ודם), שכן בתחום הפלילי - להבדיל מדיני הנוזקין [...] - אין עיקרון כללי, לפיו מוטלת אחריות פלילית שילוחית על התאגיד".

המודלים בחוק העונשין הוא חדש יחסית מבחינה היסטורית וקדם לו מאבק על מיקומם – בין דיני העונשין לבין דיני התאגידים.

האחריות הפלילית של התאגיד מחברת בין דיני העונשין לבין דיני החברות, אך משך זמן היא הוסדרה דווקא בדיני הפרשנות. לפי סעיף 4 לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981 "מקום שמדובר באדם – אף חבר-בני-אדם במשתמע, בין שהוא תאגיד ובין שאינו תאגיד". כלומר, הדין הישראלי יצר זהות משפטית בין אדם בשר ודם לבין תאגיד לכל דבר ועניין, ובתוך כך גם לגבי תחולת הדין הפלילי. למעשה, דיני הפרשנות הכירו בזהות זו, ובתחולת הדין הפלילי על התאגידים עוד בתקופת המנדט הבריטי. פקודת הפירושים הארץ ישראלית משנת 1929, הגדירה בסעיף 2: "אדם" כולל כל חברה או התאחדות או חבר מאוגד או בלתי מאוגד של בני אדם". הגדרה זו לא החילה במפורש את החקיקה הפלילית על תאגידים, ברם הגדרת "אדם" בפקודה, התקבלה מחוק הפירושים האנגלי משנת 1889, וחוק הפירושים האנגלי קבע במפורש את תחולת החוקים הפליליים על אישיות משפטית.⁴³

אך המחוקק המנדטורי לא הסתפק רק בחקיקה הכללית של דיני הפרשנות לתחולת הדין הפלילי על תאגידים. המחוקק המנדטורי החיל את הדין הפלילי על תאגידים בחקיקה ספציפית – בפקודות שפרסם, אף טרם יצאה בארץ-ישראל פקודת הפירושים, 1929. אומנם באותה עת היה החוק הפלילי בארץ החוק העות'מאני משנת 1858, וחוק עות'מאני זה, השאוב בעיקר ממקור צרפתי, לא הכיר באחריות פלילית של תאגיד.⁴⁴ אבל המחוקק המנדטורי כרסם בחקיקה העות'מאנית אט-אט, ובפקודות שפרסם קבע אחריות פלילית גם לתאגיד. כך, למשל, בפקודת האגודות השיתופיות, 1920, קבע בסעיף 44, שאם אין אגודה קואופרטיבית מוסרת דו"חות וכדומה הדרושים לפי הפקודה או עושה איוה דבר אחר האסור לפי הפקודה, הרי האגודה וכל פקיד אשר עליו מוטלת הפקודה שבהפרתה יש משום עבירה, אחראים בפלילים.⁴⁵ משמע, עוד לפני קום המדינה,

⁴³ בג"ץ בית השיטה, לעיל ה"ש 2, בעמ' 129-136 (לשון ס' 2(1) בחוק האנגלי היא: "In the construction of every enactment relating to an offence punishable on indictment or on summary conviction, whether contained in an Act passed before or after the commencement of this Act, the expression 'person' shall, unless the contrary (intention appears, include a body corporate")
ש.ם.

⁴⁴ ש.ם.
⁴⁵ ש.ם. בית המשפט הוכיר גם את ס' 84 לפקודת החברות, 1921, באשר לחברות המזוניחות את חובתן למסור את הדו"חות הדרושים לפי הפקודה או עושות דבר אחר האסור לפי הפקודה. לגביהן קבע המחוקק אחריות פלילית במפורש אף לחברה כחברה, לצד האחריות הישירה של העובד האחראי. בית המשפט ציין שחשיבות יתרה נודעת לס"ק של ס' 84 הנ"ל הקובע: "חברה תהיה נתונה להרשעה לפי הפקודה הזאת למרות כל הוראה

הדין המקומי הכיר באחריות הפלילית של התאגיד, אך ההסדרה הייתה רק בדיני הפרשנות.

בשנות התשעים התנהל מרוץ על הסדרת האחריות הפלילית של התאגיד בין דיני העונשין לבין דיני התאגידים, והיו אלה דיני העונשין שהגיעו ראשונים לקו הסיום. בתיקון 39 לחוק העונשין (1994),⁴⁶ הסדיר הדין הישראלי את האחריות הפלילית של התאגיד. חוק העונשין, שהחליף את הפקודה המנדטורית לא הסדיר את האחריות הפלילית של התאגיד, אך הרביזיה המשמעותית שביצע המחוקק כחלק מתיקון 39 כבר כללה אחריות זו. סעיף 23 לחוק קובע בס"ק (א)(1) שתאגיד יישא באחריות פלילית לכל עבירה מסוג אחריות קפידה שביצע אדם המועסק בתאגיד במהלך תפקידו; בס"ק (ב) שתאגיד יישא באחריות פלילית לכל עבירה שנעברה במחדל, כאשר חובת העשיה מוטלת במישרין על התאגיד, גם אם אי אפשר לייחס את העבירה לבעל תפקיד פלוני בתאגיד; ולבסוף, בס"ק (א)(2), נקבע שתאגיד יישא באחריות פלילית לכל עבירה מסוג מחשבה פלילית או רשלנות, שביצע אדם המועסק בתאגיד, ש" [...] בנסיבות הענין ולאור תפקידו של האדם, סמכותו ואחריותו בניהול עניני התאגיד, יש לראות במעשה שבו עבר את העבירה, ובמחשבתו הפלילית או ברשלנותו, את מעשהו, ומחשבתו או רשלנותו, של התאגיד". ברם, דיני העונשין לא טרחו להגדיר את הנסיבות או את סוגי התפקידים, סמכויות ואחריות של אותו אדם.

הצד המפסיד היה, לכאורה, של דיני התאגידים. גם כחלק מהצעת חוק החברות, התשנ"ו-1995, הביעו המציעים כוונה להסדיר את האחריות הפלילית של התאגיד.⁴⁷ לפי ההצעה, חברה תישא באחריות פלילית לעבירה של אחריות קפידה בעצם אירועו של המחדל הפלילי או בשל עבירה שעבר אדם במהלך תפקידו הרגיל בחברה. כמו כן, חברה תישא באחריות פלילית לעבירה המצריכה הוכחת מחשבה פלילית או רשלנות – בשל עבירה שעברה החברה באמצעות אורגן שלה.⁴⁸ אלא שהצעה זו לא התקבלה כחלק מחקיקת החוק והמסגרת

מתנגדת באיזה חוק קודם, וכל קנס שהוטל על החברה יש לגבותו בדרך הוצל"פ אזרחית"; וס' 84(3) קובע: "הרשעת חברה לא תהיה מחסום להרשעת אדם אחראי לפי הפקודה, והרשעת אדם כזה לא תהיה מחסום להרשעת החברה". כמו כן, פקודת החברות, 1929, כללה שורה ארוכה של הוראות הקובעות אחריות פלילית והטלת קנס על חברות, כגון ס' 20(8) ו-21(2).

⁴⁶ תיקון מס' 39 לחוק העונשין, לעיל ה"ש 8.

⁴⁷ ס' 75 להצעת חוק החברות, התשנ"ו-1995, ה"ח 2, 32.

⁴⁸ שם ("חברה תישא באחריות פלילית – (1) לעבירה של אחריות קפידה שנעברה באי מיילוי חובת עשה – בעצם אירועו של המחדל הפלילי; (2) לעבירה של אחריות קפידה שנעברה באי מיילוי חובת אל תעשה – בשל עבירה שעבר אדם במהלך תפקידו הרגיל בחברה; (3) לעבירה המצריכה הוכחת מחשבה פלילית או רשלנות – בשל עבירה שעברה

לאחריות הפלילית של התאגיד נותרה בחוק העונשין, וסעיף 23 לחוק לא שונה. ניצחונם של דיני העונשין לא היה שלם, שכן ההגדרה לזהות האדם שמוזכרת בס"ק 23 (א)(2), המכונה "אורגן", מצויה בדיני התאגידיים. בשנת 1999, מעט לאחר חקיקת תיקון 39 לחוק העונשין, הגדיר המחוקק את המושג "אורגן" בחוק החברות החדש;⁴⁹ ואף נקבע בסעיף 47 לחוק החברות כי: "פעולותיו של אורגן וכוונותיו הן פעולותיה של החברה וכוונותיה". כפי שאראה מיד, התלות במושג "אורגן" פתחה פתח להרחבה ניכרת את גדר האחריות הפלילית של התאגיד.

3. הרחבת המושג "אורגן" המפעיל את אחריותו הפלילית של התאגיד

אחת הזירות המרכזיות של המאבק הפרשני בין הגישה המצמצמת לבין המרחיבה היא באשר לזהותו של האדם המכונה "אורגן". האחריות הפלילית של התאגיד היא לעבירה שביצע אורגן שלו, שאפשר לראות בו לצורך הטלת אחריות פלילית את ה"אלטר-אגו" של התאגיד.⁵⁰ השאלה – מיהו אותו אדם שאפשר לראות בו "אורגן" של התאגיד – הביאה למחלוקת פרשנית בבית המשפט העליון. הגישה המצמצמת לעניין זהות האורגן גורסת שמדובר באדם שבשל בכירותו אפשר לראות בו המוח של התאגיד, ואשר הפעיל את כוחו של התאגיד. כך בעניין פז שהוזכר לעיל, השופט לנדוי הזכיר את הפסיקה האנגלית בעניין *Lennard* שכבר בשנת 1915 הכירה באחריות הישירה של התאגיד לעולות בנוזיקין;⁵¹ וכנגדה את הסתייגות בית הלורדים באנגליה מהרחבה של רעיון האחריות הישירה של התאגיד בפלילים, כפי שעלתה מפסק הדין בעניין *Tesco* (1971), שקבע כי מנהל סניף סופרמרקט ברשת גדולה אינו גבוה מספיק בהיררכיה של התאגיד כדי להיות אורגן, וכן שממילא שהתאגיד עשה כל שאפשר

החברה באמצעות אורגן שלה".

⁴⁹ שם, בעמ' 29–30. דברי ההסבר להצעת החוק מבהירים שחברה היא אישיות משפטית שאינה "טבעית", ועל כן היא חייבת לפעול באמצעות אחרים. לדברי המציעים, "אורגן הוא מעין 'זרוע' של החברה [...] הוא גוף הפועל בחברה, ואשר פעולותיו הן פעולות החברה עצמה"; ולכן, "פעולה שלו (מעשה, מחדל, מחשבה) נחשבת כפעולת החברה עצמה. אחריות החברה לפעולתו (כלפי צד שלישי) היא אישית". הגדרתו של "אורגן" על פי ההצעה היא פונקציונלית ואירגונית באופן חילופי: "היא פונקציונלית במובן זה, שאורגן הוא כל מי שעל-פי דין, או מכוח התקנון, רואים את פעולתו כפעולת החברה לעניין בו הוא פועל. הפונקציה המבוצעת קובעת את אופיו כאורגן, יאה מעמדו ההירארכי של הפועל בחברה אשר יאה". כמו כן, "האסיפה הכללית, הדיקטוריון והמנהל הכללי הם אורגנים של החברה. המבחן כאן הוא אירגוני. מכוח מבחן זה הופכת פעולתם של שלושה אלו לפעולת החברה עצמה".

⁵⁰ תזכיר 2014, לעיל ה"ש 12.

⁵¹ עניין פז, לעיל ה"ש 3, בעמ' 101.

כדי למנוע את העבירה.⁵² בית המשפט גם הזכיר את ספרות המחקר באנגליה, שלפיה המבחן לאחירות הישירה של התאגיד הוא אם המעשה הנדון אושר במישרין על ידי הדיריקטוריון של התאגיד. "רק אם כך היה, אפשר לייחס את המעשה לתאגיד עצמו, ולא – כי אז יכולה האחירות של התאגיד להיות רק שלוחית".⁵³ המבחן שנקבע בפסיקה האנגלית לייחוס המעשה לתאגיד נקרא כאמור "מבחן ההזדהות", שעיקרו לזהות את "[...] האנשים הטבעיים שיש לראותם על-פי הדין כחברה עצמה לצורך מעשים הנעשים במהלך עסקיה, לרבות נקיטת אמצעי זהירות והשימוש בזהירות סבירה כדי למנוע ביצוע עבירות, זאת יש למצוא בדרך זיהוי אותם אנשים שלהם נמסר השימוש בכוחות החברה על-פי התזכיר והתקנות של החברה או בשל פעולתם של המנהלים או של החברה באסיפתה הכללית על-פי תקנותיה".⁵⁴ השופט לנדוי היה מוכן לקבל באופן עקרוני את ההרחבה של המושג "אורגן" גם למורשה של החברה שהורשה לפעול באורח עצמאי, אך דחה את הרשעת החברה בגין מעשי רואה החשבון במקרה הקונקרטי. השופט לנדוי הפעיל מבחן היררכי וקבע "[...] שלא הוכחה זהות בין כהן ובין החברה עד כדי שאפשר לראות אותו כמשתייך אל צמרת החברה המכוונת את ניהול עסקיה וקובעת את המדיניות שלה. [...] לשון אחרת, אין לראות את כהן כ'אורגן' של החברה".⁵⁵ השופט לנדוי גם בחן "מבחינה פונקציונלית" את המשא-ומתן של רואה החשבון עם הרשות וקבע כי "[...] אינו בגדר ניהול עסקיה של החברה לשם השגת מטרותיה על-פי התזכיר והתקנות שלה, ובוה טעם נוסף שלילת הזהות בין כהן לחברה".⁵⁶ כלומר, השופט לנדוי קבע מבחן מצטבר לזיהוי אורגן של התאגיד – מבחן היררכי ומבחן פונקציונלי: תכליתו של המבחן ההיררכי היא לזהות אם מדובר באדם המכוון את עסקי החברה וקובע את מדיניותה, בדומה ליסוד הנפשי אצל בן אנוש; ותכליתו של המבחן הפונקציונלי היא לזהות אם מדובר בפעולה שנעשתה לשם השגת מטרותיה על פי התזכיר שלה ותקנותיה, כלומר פעולה שהיא הפעלת הכוח של החברה, בדומה לפרט ההתנהגותי ביסוד העובדתי אצל בן אנוש.

52 עניין פז, שם, בעמ' 101. בית המשפט ציין את פסק הדין – Tesco Supermarkets Ltd v. Nattrass 1972 A.C. 153, 153–155 (1972) (להלן: עניין פז).

53 שם. בית המשפט הפנה ל- Charles Roger Noel Winn, *The Criminal Responsibility of Corporations*, CAMB. L.J. 398, 409 (1929); וכן ל- Welsh, לעיל ה"ש 31, בעמ' 360.

54 עניין פז, לעיל ה"ש 3, בעמ' 101. בית המשפט ציטט את דבריו של לורד דיפלוק בעניין Tesco, לעיל ה"ש 52.

55 עניין פז, שם, בעמ' 101–102.

56 שם, בעמ' 102.

הגישה המרחיבה לעניין זהות האורגן גורסת שמדובר באדם בכיר בתאגיד או באדם לא בכיר אשר הפעיל את כוחו של התאגיד. כך בעניין מודיעים, השופט ברק קבע מבחן חלופי. לשיטתו, "[...] חוג האנשים המהווים אורגן לעניין האחריות הפלילית האישית של התאגיד מוגדר מבחינה ארגונית ופונקציונאלית גם יחד, כלומר, כל אלה שעל-פי הדין, על-פי מסמכי התאגיד או על-פי כל מקור נורמטיבי אחר מן הראוי הוא לראות בפעולותיהם את פעולות התאגיד".⁵⁷ השופט ברק הוסיף והבהיר כי "[...] גוף או נושא משרה בכיר בתאגיד (אסיפה כללית של בעלי המניות, דירקטוריון, דירקטור, מנהל כללי, מנהל עסקים) יהיו בוודאי אורגן של התאגיד. אך גם נושא משרה שאינו בכיר עשוי להיחשב כאורגן התאגיד, וזאת אם על-פי מסמכי התאגיד או על-פי מקור נורמטיבי אחר רואים את פעולתם ומחשבתם כפעולת התאגיד עצמו".⁵⁸ כלומר, השופט ברק קבע מבחן חלופי לזיהוי אורגן של התאגיד: היררכי או פונקציונלי: "אורגן" הוא אדם המכוון את עסקי החברה וקובע את מדיניותה (המבחן ההיררכי) או אדם המפעיל את הכוח של החברה (המבחן הפונקציונלי);⁵⁹ ולכן המבחן הפונקציונלי הוא תנאי מספיק לסיווג עובד כאורגן.⁶⁰ גישה מרחיבה זו של השופט ברק היא הגישה הדומיננטית בפסיקה כיום.

הגישה המרחיבה שהתקבלה בפסיקה הביאה להרחבה ניכרת של מעגל האנשים שיכולים להיות אורגן: כך, לדוגמה, בתוך מעגל האורגנים הפוטנציאליים אפשר למצוא את סמנכ"ל החברה,⁶¹ מנהל העסקים בחברה, אחראי תחום החיתום בחברת חיתום,⁶² יועץ השקעות בית-השקעות,⁶³ עורך אחראי בעיתון שאינו חלק מהנהלת העיתון,⁶⁴ מנהל עבודה,⁶⁵ מנהל כוח אדם,⁶⁶ ואף יועץ פיננסי

57 עניין מודיעים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 386-387.

58 שם, בעמ' 382.

59 שם; עניין ערד, לעיל ה"ש 1, בעמ' 349-350.

60 עניין ערד, שם.

61 ת"פ (מחוזי י-ם) 417/97 מדינת ישראל נ' הפניקס חברה לביטוח בע"מ, תק-מח 2001(4) 381, 412 (2001).

62 ת"פ (שלום ת"א) 1349/98 מדינת ישראל נ' אורסיס בע"מ, תק-של 2004(4) 3804, 3820 (2004). הנאשמים בעניין אורסיס ערערו על הרשעתם – בע"פ (מחוזי ת"א) 70822/05 בן שאול נ' מדינת ישראל (נבו 19.11.2018) וזוכו, אך אין בכך כדי לסתור את מעמדם כאורגנים.

63 עש"א (מחוזי ת"א) 11-03-25968 פלונית (חסוי) נ' מדינת ישראל (נבו 4.11.2014).

64 ע"פ (מחוזי ת"א) 1435/87 מדינת ישראל נ' הוצאת מודיעין בע"מ, פ"ד תש"ס(3) 397, ס' 9 לפסק הדין של השופט עמית (1989).

65 ע"פ (מחוזי חי') 20/58 תעשית אבן וסיד בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ"מ יז 49 (1958).

חיצוני יכול להיות אורגן של חברה.⁶⁷ מובן שהרחבת המושג "אורגן" החלישה את עקרון האישינות המשפטית הנפרדת של התאגיד, מפני שלכאורה כל אדם יכול להיות "התאגיד", ובד-בבד הרחיבה את החשיפה של תאגידיים לפלילים, מפני שלכאורה כל אדם יכול להפעיל את אחריותה.

4. מבחני מדיניות משפטית לקביעת אחריותו הפלילית של התאגיד

בעקבות הרחבת מעגל האנשים היכולים לשמש אורגן של התאגיד, הפכה שאלת האחריות הפלילית של התאגיד – לשאלה האם ראוי להטיל אחריות על התאגיד בגין מעשיו הקונקרטיים של האורגן? כלומר שאלה של מדיניות משפטית.⁶⁸ עם השנים עיצב בית המשפט את מבחני העזר הבאים: הראשון, האם דבר החקיקה לא התכוון להוציא מתוכו את אחריות התאגיד? השני, האם פעולת האורגן נעשתה במהלך מילוי תפקידו? השלישי, שהוא מעין מבחן משנה של השני, האם הפעולה הייתה לטובת התאגיד?⁶⁹ אסקור להלן את המבחנים הללו, תוך שאמחיש שהמעבר למבחני מדיניות משפטית הרחיב עוד יותר את הדין הפלילי והגביר את אי-בהירותו.

4.1 מבחן עזר ראשון – תחולת הדין הפלילי האנושי על תאגיד

שאלה מקדמית שבתי המשפט מתחבטים בה, לפחות מבחינה עיונית, היא האם העבירה שבה מואשם התאגיד היא עבירה שתאגיד כלל יכול לעבור? לפי הגישה המצמצמת ישנן עבירות שהמחוקק התכוון שלא להחיל על תאגידיים. כך, למשל, כאשר מדובר בעבירות בעלות אופי "אנושי", כגון ביגמיה, אונס וכיוצא באלה – אין מקום להחיל את תורת האורגנים ולייחס לתאגיד את התנהגותו ואת מחשבתו הפלילית של האורגן.⁷⁰ הטעם לכך, לשיטת מצדדי גישה זו, הוא שעבירות אלה מגינות על מכלול אינטרסים אשר התאגיד נעדר אותם. כך, למשל, באשר לעבירת הביגמיה, כמי שחסר ישות אנושית, אין הנישואין

66 ע"פ (מחוזי ת"א) 1825/95 א.צ. ברנוביץ' ובניו חברה לקבלנות בנין בע"מ נ' מדינת ישראל, 8-9, 25 (נבו 1.1998).

67 עניין מליסרון, לעיל ה"ש 13, בפס' קמ"א-קמ"ד.

68 עניין מודיעים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 383-384; עניין מליסרון, שם, בפס' קי"ח.

69 שם.

70 עניין מודיעים, שם, בעמ' 386; עניין מליסרון, שם, בפס' קי"ט. מעיון בפסיקת בית המשפט עולה, שעד כה לא השתמשו במבחן זה כדי לשלול תחולתה של תורת האורגנים מכול וכול. הדיון, ככל שהיה, נשא אופי תיאורטי בלבד; וראו גם קרמניצר וגנאים "אחריות פלילית", לעיל ה"ש 1, בעמ' 93-95; אליעזר דרמן "אחריות פלילית של אורגנים ושל נושאי-משרה בכירים אחרים בתאגיד" פלילים ה 101, 103 (1996) (להלן: דרמן "אחריות פלילית של אורגנים ושל נושאי-משרה").

רלוונטיים לעניין התאגיד. אף על פי כן, לפי גישה זו, התאגיד יכול להימצא אחראי בפלילים כמסייע לביצוע עבירת הביגמיה.⁷¹ ברי כי גישה זו רואה את התאגיד כפיקציה משפטית, ומכאן היא מתקשה להכיל ייחוס של התנהגות אנושית לאותה פיקציה.

לפי הגישה המרחיבה, כעניין של עיקרון יש זהות בין אדם לתאגיד, ולכן כל עבירה שאדם בשר ודם יכול לעבור – גם תאגיד יכול.⁷² כך, למשל, בעבירה של גרימת מוות ברשלנות, אשר אפשר, לכאורה, לטעון כי היא בעלת אופי "אנושי", נמצא כי יש למצוא את התאגיד חייב בפלילים, לעניין הפרת פקודת הבטיחות בעבודה [נוסח חדש], התש"ל–1970 והתקנות על פיה.⁷³ אגב, גישה זו עובדת גם בכיוון ההפוך. כלומר, עבירות שלכאורה רק תאגיד יכול לעבור – גם אדם בשר ודם יכול לעבור. כך, למשל, בעניין בורוביץ (2005), בית המשפט הרשיע את ד"ר בורוביץ' ואת איילון חברה לביטוח בע"מ (ושני נושאי משרה נוספים בחברה), בביצוע עבירות של עשיית הסדרים כובלים בענפי ביטוח שונים. נושאי המשרה טענו להגנתם שהם לא יכולים להיות צד להסדר כובל שכן על פי החוק רק תאגידים רשאים לעסוק בתחום הביטוח. בית המשפט העליון דחה טענה זו וקבע שמשבהיאו נושאי המשרה [...] במעשיהם לכך שהתאגיד יישא באחריות פלילית, אין האורגנים שלו יכולים לרחוץ בניקיון כפיהם, ואף עליהם [...] מוטל לשאת באחריות ישירה לעבירתו אף אם הם עצמם לא נעשו צד להסדר הכובל.⁷⁴ אם כן, גישה זו חותרת ליצירת זהות בין בני אנוש לתאגידים מבחינת תחולת העבירות עליהם. הדין המצוי בסוגיה זו לא ברור. לבדיקתי, עד כה לא זוכה אף תאגיד בשל היעדר תחולת הדין עליו. ייתכן שהדבר מעיד על מדיניות העמדה לדין המתמקדת רק במקרים "מובהקים" שבהם אין כלל ויכוח על תחולת הדין על תאגידים, או לחילופין, שידה של הגישה המרחיבה היא על העליונה.

4.2 מבחן עזר שני – פעולת האורגן הייתה במהלך מילוי תפקידו בתאגיד

שאלה שנייה שבתו המשפט דנים בה היא האם פעולת האורגן הייתה במהלך

⁷¹ עניין מודיעים, שם.

⁷² בג"ץ בית השיטה, לעיל ה"ש 2, בעמ' 139; עניין מליסרון, לעיל ה"ש 13, בפס' קי"ט; ומנקודת מבט אחרת על השוויון שבין אדם לתאגיד, בשאלת תחולת עיכוב הליכים משפטיים אוטומטי כנגד חברה בפירוק, על הליכים פליליים, ראו רע"פ 9008/01 מדינת ישראל נ' א.מ. תורג'מן בע"מ, פ"ד נז(5) 799, 809 (2003).

⁷³ עניין מליסרון, שם; ההחלטה דומה ראו רע"פ 8174/05 דורון נ' מדינת ישראל (נבו) 30.8.2005.

⁷⁴ ע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' ד"ר בורוביץ', פ"ד נט(6) 776, 857–859 (2005); ראו גם ע"פ 7399/95 נחושטן תעשיות מעליות בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(2) 105, 121 (1998).

מילוי תפקידו בתאגיד? הפסיקה מתארת קשת רחבה של מקרים: בקצה אחד של הקשת נמצאות פעילויות בעלות אופי פרטי ברור, שביצע האורגן מחוץ לשעות העבודה ולמקום העבודה בכובעו כאדם פרטי ולכן לא היו כחלק ממילוי תפקידו. בקצה השני נמצאות פעילויות אשר ביצע האורגן בכובעו כ"אדם-תאגיד", הקשורות קשר אינהרנטי לתפקידו, ולכן יבואו בגדר פעולות שבמילוי תפקידו.⁷⁵ בית המשפט התחבט בקשר למקרים שבין שני הקצוות הללו.

אחד מהמאבקים הפרשניים שעלו במשך השנים היה לגבי מקרים שבהם האורגן חרג מהרשאה (*ultra-vires*). בעבר חלה גישה ממצמצמת שלפיה מערכת המשפט ראתה בפעולות החורגות מהרשאה כבטלות מבחינתו של התאגיד.⁷⁶ על פי גישה זו, אם העבירה של האורגן הייתה ללא הרשאה, אי אפשר להטיל אחריות פלילית על התאגיד. לאחר מכן, נכנסה גישה מרחיבה יותר, שלפיה הפכה דוקטרינת *ultra vires* מדוקטרינה של כשירות לדוקטרינה של שליחות, והעבירה את האחריות לחריגה של אורגני התאגיד מסמכותם, מצד שלישי שהתקשר עם התאגיד אל האורגן הפועל בשמו. על פי גישה זו, אפשר לחייב תאגיד בפלילים באחריות שילוחית גם במקרים של חריגה מהרשאה. לבסוף קנתה שביתה הגישה המרחיבה, שלפיה התבטלה דוקטרינת *ultra vires* כמעט לחלוטין,⁷⁷ ונקבע שתחום הפעולה המוגדר של האורגן כולל גם מקרים של חריגה מהרשאה, לרבות כאשר היה מדובר במעשה הנגוע במרכיב בלתי חוקי.⁷⁸ כך, למשל, בעניין נחושתי (1998), המכונה גם פרשת "קרטל המעליות", האורגן – מנהל סניפי החברה בתל-אביב ובירושלים – הואשם שחתם על הסכם להסדר כובל תוך חריגה מסמכותו. בית המשפט העליון פסק כי כאשר האורגן מבצע את הפעולה הפלילית בשם התאגיד, אפילו באופן שחרג לכאורה מן ההרשאה שניתנה לו, אין הדבר יכול לשמש לתאגיד הגנה מפני החלת תורת האורגנים והשתת אחריות על התאגיד בשל מעשי האורגן.⁷⁹ הגישה המרחיבה גם בנושא זה היא הגישה של הדין המצוי בישראל.

יכוח פרשני נוסף שעולה הוא: האם כאשר התאגיד פעל למנוע את העבירה, אך חרף זאת אותו אורגן, "תפוח רקוב", הצליח לבצעה – האם בנסיבות אלה

75 ע"פ 5734/91 מדינת ישראל נ' לאומי ושות' בנק להשקעות בע"מ, פ"ד מט(2) 4, 27 (1995); עניין מליסרון, לעיל ה"ש 13, בפס' ק"כ.

76 אירית חביב-סגל דיני חברות כרך א 113-137 (2007); עניין לאומי, שם, בעמ' 26-27.

77 חביב-סגל דיני חברות, שם.

78 עניין לאומי, לעיל ה"ש 75, בעמ' 26-27.

79 עניין נחושתי, לעיל ה"ש 74, בעמ' 122-123; עניין לאומי, שם; ע"פ 2560/08 מדינת ישראל – רשות ההגבלים העסקיים נ' וול, בעמ' 32 לפסק הדין (נבו 6.7.2009); עניין מליסרון, לעיל ה"ש 13, בפס' ק"כ.

מדובר בפעולה בשם התאגיד? הגישה המצמצמת היא שאם התאגיד ניסה למנוע את העבירה הרי שאי אפשר לחייבו בפלילים.⁸⁰ הגישה המרחיבה היא שניסיונות התאגיד למנוע את העבירה אינן רלוונטיות לשאלת אשמת התאגיד.⁸¹ כך, למשל, במסגרת עניין וול (2009), המכונה גם פרשת "קרטל המעטפות", הורשעו כמה נאשמים בעבירות על חוק ההגבלים העסקיים. בערעור, חברת גברעם טענה שהדירקטוריון, ולא וול המנכ"ל, הוא הגורם אשר קיבל את ההחלטות בגברעם, וכי ראשי הדירקטוריון התנגדו למעשיו. טענה זו נדחתה הן עובדתית והן משפטית. מההיבט המשפטי נקבע כי נסיונה של גברעם לטעון שראשי הדירקטוריון היו נגד תאום מחירים ותמכו בתחרות חופשית, אינו מעלה ואינו מוריד. אף אם הצהרתית הדירקטוריון התנגד למעשיו, הרי שממילא הוא לא מילא כראוי את תפקיד הפיקוח כמחויב על פי חוק החברות.⁸² גישה מרחיבה זו היא הגישה של הדין המצוי.

4.3 מבחן עזר שלישי – פעולת האורגן הייתה לטובת התאגיד

שאלה שלישית, שהיא מעין שאלת משנה של השאלה השנייה, היא האם לדרוש שבפעילות האורגן תהיה מטרה להיטיב עם התאגיד? דומה שהכול מסכימים שפעולות אורגן המכוונות נגד התאגיד אינן מקימות אחריות פלילית של התאגיד. זאת מכיוון שבמקרה זה אין האורגן פועל כאורגן אלא כאדם פרטי, ועל

⁸⁰ גישה זו אפשר לראות אצל השופטת אגמון-גונן בת"פ (מחוזי ת"א) 4368-05-16 מדינת ישראל נ' סימנס בע"מ, 44-41, (נבו 20.11.2017) (להלן: פרשת סימנס 2), שלפיו נסיבות של "תפוח רקוב" מצדיקות הליך של הסדר מותנה; כמו גם במאמרה, אגמון-גונן "התאגיד במשפט הפלילי – חישוב מסלול מחדש", לעיל ה"ש 12, בעמ' 73-74, 95, בהבחינה בין נסיבות של "תפוח רקוב" לבין נסיבות של אחריות מצרפית (ונוסף על כך במוכנותה לראות בכך כשיקול לקולא בגזר הדין).

⁸¹ המערערת בעניין ערד, לעיל ה"ש 1, בעמ' 349-350, טענה, בין היתר, ש"היא נקטה את כל הפרוצדורות האפשריות כדי להבטיח הליכי קבלת החלטות ראויים בנושאים שנדונו בתיק". אך בית המשפט קבע שדי בקיומם של כל יסודות העבירה באחד מן האורגנים של חברה כדי לבסס את הרשעתה. במילים אחרות, פעולות התאגיד למניעת העבירה אינן רלוונטיות לשאלת האשמה, הגם שאפשר יהיה להתייחס לניסיונות התאגיד למנוע את העבירה כחלק מהשיקולים להעמדה לדין ("מידת הכשל בתרבות הציות לחוק בתאגיד"), אך לא כאשר מעורבים נושאי משרה בכירים בביצוע העבירות, ראו מדיניות התביעה, לעיל ה"ש 16, בעמ' 5.

⁸² עניין וול, לעיל ה"ש 79, בעמ' 31-32. יש לציין שבעניין וול מבחינה עובדתית נקבע שהדירקטוריון לא ניסה לפקח, אז קשה להסיק מכך מסקנות נחרצות לגבי היתאוריה המשפטית במקרה שהיה נקבע עובדתית שהדירקטוריון עשה הכול כדי לפקח, ברם בית המשפט העליון בעניין מליסרון, הציג בכל זאת מסקנה זו. עניין מליסרון, לעיל ה"ש 13, בפס' ק"כ.

כן אין לייחס את התנהגותו לתאגיד.⁸³ כך, לדוגמה, נאמר באמרת אגב בעניין פאן-לון (1979),⁸⁴ שבו דובר בבעל השליטה, אפרים אברון, שניהל את החברה, והורשע, יחד עם החברה, בביצוע עבירות על פקודת מס הכנסה. השופט אשר העיר אגב אורחא שגם אם החברה "[...] ניהלה פנקסים כוזבים ולא רשמה בהם תקבולים ולא דווחה עליהם לשלטונות המס, הרי נעשו דברים אלה אך ורק בגלל פעולותיו של אברון, שכאמור לא שיתף את 'פאן-לון', בשלב זה, לא בידיעתו ולא במעשיו". נסיבות אלה, לדבריו, הן נסיבות שבהן ברור שפעולותיו של האורגן כוונו נגד החברה ולכן "[...] אין טעם [...] לראות בידיעתו ובמעשיו את ידיעתה ואת מעשיה של החברה עצמה על פי הדוקטרינה הידועה של alter ego [...]"⁸⁵. כלומר, כאשר התאגיד הוא קורבן העבירה – ברי שאין לראות בו כמבצע העבירה.

ישנם מצבים מורכבים יותר של מטרה כפולה, כאשר האורגן פעל הן לטובת התאגיד והן לטובתו האישית. כך, למשל, בעניין לאומי (1995), ניתח בית המשפט העליון את אחריות חברת אברהם רובינשטיין ושות', חברה קבלנית בע"מ, לעבירות לפי חוק ניירות ערך שביצע אברהם רובינשטיין, שהיה נושא משרה בכיר בתאגיד. במקרה זה נקבע שכאשר יש מטרה כפולה – אין בכך כדי להפחית מאחריות החברה בפלילים בגין מעשיו של האורגן.⁸⁶

אך הוויכוח הפרשני המרכזי ביחס לסוגיית המטרה להיטיב עם התאגיד הוא במקרים שבהם פעולת האורגן נעשית שלא לטובת התאגיד. הגישה המצמצמת היא שהדרישה להיטיב עם התאגיד היא דרישה פוזיטיבית, שלא תקום בלתי חבות התאגיד לפעולות האורגן.⁸⁷ במושגים של דיני העונשין מדובר בחובה להוכיח יסוד של "מטרה מיוחדת" להיטיב עם התאגיד. לפי עמדה זו, רק כאשר הפעולה נועדה להיטיב עם התאגיד – יש להרשיע את התאגיד.⁸⁸ כך, למשל,

83 עניין לאומי, לעיל ה"ש 75, בעמ' 28; עניין ערד, לעיל ה"ש 1, בעמ' 351; ת"פ (שלום ת"א) 6932/06 מדינת ישראל נ' זאבי, 18 (נבו 3.2.2008) ("הכל מסכימים כי תורת האורגנים לא תחול במקרים בהם כוונו פעולותיו של האורגן סרח נגד התאגיד"); עניין מליסרון, לעיל ה"ש 13, בפס' קכ"א.

84 ע"פ 24/77 "פאן-לון", חברה להנדסה ולבנין בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד לג(1) 477 (1979).

85 שם, בעמ' 494-496. עמדת השופט אשר לא לובנה שכן החברה לא הגישה ערעור על הרשעתה ולכן ההרשעה נותרה על כנה.

86 עניין לאומי, לעיל ה"ש 75, בעמ' 28; עניין מליסרון, לעיל ה"ש 13, בפס' קכ"א.

87 עניין לאומי, שם, בעמ' 28; קרמניצר וגנאים סבורים שלפי פסק הדין אפשר להטיל אחריות רק מקום שבו כוונת האורגן הייתה, לפחות בחלקה, להיטיב עם התאגיד.

קרמניצר וגנאים "אחריות פלילית", לעיל ה"ש 1, בעמ' 98.

88 ראו לדוגמה את עמדת המציעים, תזכיר 2014, לעיל ה"ש 12.

בעניין מלם (זאבי) (2008), המדינה ערערה על החלטת בית המשפט השלום שלפיה נמחקה חברת מלם מערכות בע"מ מכתב אישום שהוגש נגדה ונגד ארבעה נאשמים נוספים ובהם גד זאבי, מן הטעם שכתב האישום אינו מגלה אשמה, היות שלא פירט את כוונתו של התאגיד. בית המשפט המחוזי דחה את הערעור וקבע שעל פי עובדות כתב האישום, הכוונה של האורגנים הייתה לרמות את התאגיד באסיפה הכללית, ולכן אי אפשר לראות בכוונת האורגנים את כוונת התאגיד. לפיכך, השופטת ברלינר קבעה ש" [...] בעובדות כתב האישום צריכה היתה להיות התייחסות מפורשת ונפרדת לכוונת התאגיד".⁸⁹ עמדה זו, אפוא, דורשת מטרה פוזיטיבית שהפעולה נעשתה כדי להיטיב עם התאגיד.

הגישה המרחיבה היא שהדרישה להיטיב עם התאגיד היא דרישה נגטיבית: גם כאשר הפעולה לא נועדה להיטיב עם התאגיד, אך לא נועדה לפגוע בו, יש להרשיע את התאגיד.⁹⁰ כך, למשל, בפרשת אי.די.בי., יוחסו לחברת ISP עבירות כנגזרת של פעולות המסחר שביצע וניהל דורון שטרומ באמצעותה. בית המשפט המחוזי (המחלקה הכלכלית) סרב לקבל את טענת ISP שלפיה הפעילות לא נעשתה לטובת החברה, תוך שהבהיר ש" [...] הלכה פסוקה היא כי אף אם שטרומ פעל ממניעיו שלו, ככל שהיתה הפעילות לטובת החברה ולכל הפחות לא לרעתה הרי שאין בכך כדי להשפיע על תורת האורגנים בעניין הנדון [...]".⁹¹ נוסף על כך, נקבע שיש להרשיע את התאגיד גם אם הפעולה נועדה לפגוע בבעלי מניות המיעוט. בעניין ערד (2005), נדונה הרשעתה של ערד השקעות ופיתוח תעשייה בע"מ בעבירות דיווח שיוחסו לה על בסיס פעולותיו ומחשבתו הפלילית של אייזנברג, כאורגן של החברה. במקרה זה, בית המשפט העליון דחה את טענת

⁸⁹ ע"פ (מחוזי ת"א) 70119/08 מדינת ישראל נ' חב' מלם מערכות בע"מ, 6-8 (נבו) 23.7.2008.

⁹⁰ עניין לאומי, לעיל ה"ש 75, בעמ' 28-30 (בית המשפט קבע שנושא המשרה אברהם רובינשטיין לא פעל לרעת החברה, ובמבט רחב היקף הוא פעל לטובתה); עניין מליסרון, לעיל ה"ש 13, בפס' קי"ח; ת"פ (כלכלית ת"א) 14-06-60386 מדינת ישראל נ' דנקנר, 250 (נבו 4.7.2016) (להלן: פרשת אי.די.בי.); ע"פ (מחוזי ב"ש) 14-04-32309 החברה להגנת הטבע נ' רשות שמורות הטבע והגנים, 11-12 (נבו 29.3.2015) (בית המשפט קבע, בניגוד לבית משפט השלום, שהעבירות בוצעו לטובת החברה ולכל הפחות שלא כנגדה); וראו גם לדרמן התומך בפרשנות רחבה המטילה אחריות בכל מקום שבו כוונת האורגן לא הייתה להזיק לתאגיד. אלי לדרמן "מודלים להטלת אחריות פלילית על תאגידים, מהתאמה וחקיוי לצירוף ולחיפוש זהות עצמית" מגמות בפלילים 279, 296 (אלי לדרמן עורך 2001).

⁹¹ אי.די.בי, שם, בעמ' 257 (השופט כבוב הוסיף כי אף שקבע ששטרומ פעל מתוך מניע לעזור לדנקנר ולתמוך בהנפקת אי.די.בי מטרה זו תקפה גם ביחס ל-ISP, ושאליו הייתה פעילות המניפולציה שביצעו מצליחה הרי שהייתה זו מניבה רווח כלכלי ל-ISP)).

המערערת שלפיה יש לזכות תאגיד במקרים שבהם פעולת האורגן פוגעת בבעלי מניות המיעוט.⁹² מכל מקום, הדין המצוי בסוגיה זו אינו ברור. אשר לדרישה להיטיב עם התאגיד עלתה שאלה נוספת והיא אם יש לדרוש שבפועל יוטב התאגיד. ישנה עמדה מצמצמת שלפיה המבחן הוא תוצאתי, וששומה על המאשימה להראות שמעשי האורגנים היטיבו עם החברה והביאו לה תועלת.⁹³ אך הדין המצוי הוא בהתאם לגישה המרחיבה – שלפיה אין צורך שהפעולה בפועל תיטיב עם התאגיד, וגם אם התוצאה תהיה הפוכה עדיין תקום אחריות התאגיד.⁹⁴ בלשון דיני העונשין, מדובר בעבירה התנהגותית ואין צורך בהוכחת פרט תוצאתי.

לסיכום, שאלת האחריות הפלילית של התאגיד הפכה משאלה של משפט לשאלה של מדיניות והתמקדה בשלושה מבחני מדיניות עיקריים, שגם הם התפרשו בהרחבה: מבחינה רטורית, לא כל עבירה שחלה על בן אנוש חלה גם על תאגיד אך דומה שבפועל כל העבירות חלות גם על תאגידים; הדין לא מגביל את הפעולות של האורגן במילוי תפקידו רק לתחום בו היה מורשה ולא מתייחס לניסיונות התאגיד למנוע את העבירה כרלוונטיות לשאלת אשמתו; דומה שהדין נוקט גישה נגטיבית באשר לסוגיית הפעולה לטובת התאגיד, קרי, אם הפעולה לא נועדה לפגוע בתאגיד – אזי יש להרשיע את התאגיד, ולא דורש תוצאה של הטבה לתאגיד בפועל. מחמת האמור, ברי שהאחריות הפלילית של התאגיד רחבה כיום מאי פעם.

ג. אחריות פלילית של תאגיד כדי להגשים מדיניות משפטית

הבעיה המרכזית בדין המצוי היא שהרחבת האחריות הפלילית של התאגיד לוותה בהעברת מרכז הכובד של אחריות התאגיד לשיקולי מדיניות המשפטית אשר עיקרה את הצורך להוכיח את אשמת התאגיד. כאמור, עם התבססות הרעיון של אחריות פלילית של תאגיד בדין הישראלי הגיע גם המאבק הפרשני על רוחב אחריותו של התאגיד, כאשר גישה אחת מבקשת לצמצם את רוחב היריעה ואילו גישה אחרת מבקשת להרחיבה. אפשר להציג את המאבק בין שתי הגישות כמאבק בין דיני העונשין ובין דיני התאגידים: הגישה המצמצמת נוקטת עמדה

⁹² עניין ערד, לעיל ה"ש 1, בעמ' 294, 350–351 (הרשעתה של ערד בעבירות דיווח יחסו לה גם על בסיס פעולותיו של מר הרי ספיר, מנהל תיקי ניירות ערך, שהיה הנאשם השני בתיק. בית המשפט קבע בהסתמך על הראיות שהובאו שיש לסווג את פעולות האורגנים ככאלו שנועדו להיטיב עם החברה בכללותה).

⁹³ עניין זאבי, לעיל ה"ש 83, בעמ' 19–20.

⁹⁴ גישה זו מוזכרת בעניין לאומי, לעיל ה"ש 75, בעמ' 28; עניין מליסרון, לעיל ה"ש 13, בפס' קכ"ט.

מסורתית של הדין הפלילי, בשאיפתה לפרש את תחולת הדין באופן מצמצם כלפי הנאשם;⁹⁵ ואילו הגישה המרחיבה נוקטת עמדה עכשווית של דיני התאגידים, שלפחות בשנים האחרונות נוטה לפרש את תחולת הדין באופן מרחיב כלפי התאגיד.⁹⁶ אך הצגה זו של המאבק הפרשני אינה שלמה ויש לה כוח תיאורי חלקי בלבד, שכן הבעיה המרכזית היא שאין כיום צורך להוכיח את אשמת התאגיד. כדי להראות זאת, אפתח בתיאור הבסיס העיוני של שני רכיבים משמעותיים של דוקטרינת הענישה של תאגידים, היינו, מהו תאגיד ומהי ענישה. בהמשך אטען שהן האחריות השילוחית של תאגיד והן האחריות הישירה אינן מבוססות על אשמה, אלא על שיקולי מדיניות; וכי מצב זה מעלה את החשש להצטברות כוח יתר בידי התביעה.

1. הבסיס העיוני לענישה של תאגיד

1.1 תיאוריות לאישיות המשפטית הנפרדת של תאגיד

הטלת אחריות פלילית על תאגיד כרוכה בעבותות בתיאוריה של האישיות המשפטית הנפרדת של התאגיד, שהרי שלב מקדמי טרם הטלת אחריות על התאגיד הוא בהגדרה המושגית של מהו בכלל תאגיד. וכן בשאלה הנורמטיבית על אודות היותו ראוי לשאת באחריות שנפרדת מזו של אורגניו. אלא שרוב העוסקים בסוגיה נוהגים לדלג על השלב הזה. חלקו הראשון של הפרק יעסוק בתיאור התיאוריות המרכזיות לאישיות משפטית נפרדת לתאגיד. מקובל למיין את תיאוריות האישיות המשפטית של התאגיד לשלוש תיאוריות מרכזיות: תורת הזיכיון, התיאוריה החוזית ותורת הישות האמיתית.⁹⁷

⁹⁵ ס' 34 לחוק העונשין: "ניתן דין לפירושים סבירים אחדים לפי תכליתו, יוכרע העניין לפי הפירוש המקל ביותר עם מי שאמור לשאת באחריות פלילית לפי אותו דין"; וראו את צמצום הכלל בדנ"פ 1558/03 מדינת ישראל נ' אסד, פ"ד נח(5) 547 (2004) שם נקבע כי כלל הפרשנות המקלה עם הנאשם יופעל רק כאשר ההוראה העונשית ניתנת לפירוש לכמה פירושים לפי תכליתה; ודנ"פ 10987/07 מדינת ישראל נ' כהן, פ"ד סג(1) 644, פס' 2 ופס' 9-10 לפסק הדין של השופטת פרוקצ'יה (2009) (להלן: דנ"פ כהן).

⁹⁶ הרחבה זו עולה בקנה אחד עם גישת דיני התאגידים להרחיב את אחריות התאגיד לנוקים שנגרמים לצד שלישי. בעבר בחרה מערכת המשפט לגלגל את הנזקים אל הצדדים השלישיים שהתקשרו עם התאגיד. כיום, מערכת המשפט בוחרת בהגנתו של צד שלישי שהתקשר עם התאגיד, או שניזוק מפעילותה, ובהתאם ניכרת נטיית בתי המשפט להרחיב את מסגרת האחריות החלה על התאגיד בגין פעולות שביצעו אורגניה. זאת הן בתחום החוזי, הן בתחום הניזוקי והן בתחום הפלילי. חביב-סגל דיני חברות, לעיל ה"ש 76, בעמ' 107-112.

⁹⁷ Morton J. Horwitz, *Santa Clara Revisited: The Development of Corporate Theory*, 88 WEST VIRGINIA L. REV. 173, 181-183 (1985); David Millon, *Theories of the*

מובן כי כל תיאוריה רואה בצורה שונה את אופייה של האישיות המשפטית של התאגיד ואת מקור חיותה. להלן אתאר בתמצית את שלוש התיאוריות הללו. תיאוריה אחת מכונה תורת תורת הזיכיון (concession theory) או תורת האישיות הפיקטיבית (fictitious personality theory).⁹⁸ לפי תיאוריה זו, האישיות המשפטית של התאגיד היא פיקציה המקבלת את תוקפה מכוח רצונה של המדינה או החוק. התיאוריה רואה בקבוצות כמי שמשגיגות מעמד משפטי בדרך של התאגדות. התאגדות הייתה מונופול של המדינה. רק המדינה יכולה לאגד קבוצות ולהעניק להן אישיות משפטית. אלמלא היה הדין מכיר באישיותן של ישויות משפטיות, אלו לא היו יכולות להתקיים.⁹⁹

תיאוריה שנייה היא התיאוריה החונית (contract theory) או התיאוריה המצרפית (aggregate theory).¹⁰⁰ לפי תיאוריה זו, קבוצות של פרטים הפכו לישויות משפטיות תוך הסכמה מרצון של חבריהן. כלומר, מקור קיומו של התאגיד הוא ברצונם החופשי של הפרטים היוזמים את הקמתו, או הבוחרים להתקשר עימו. מקורה של ההתאגדות איננו עוד ברצונה של המדינה ותהליך ההתאגדות אינו פריבילגיה שנותן השלטון לנתיניו, אלא מקורה של ההתאגדות נמצא ברצונם החופשי של המתאגדים. ההתאגדות היא למעשה ביטוי של חופש החוים: בדומה לחופש של הפרטים לעצב את חויהם על פי רצונם החופשי, כך הנהים הם מן החופש לעצב את מערך הזכויות וההתחייבויות ההדדיות כחלק

Corporation, DUKE L. J. 201, 203–205 (1990); Ron Harris, *The Transplantation of the Legal Discourse on Corporate Personality Theories: from German Codification to British Political Pluralism and American Big Business*, 63 WASH & LEE L. REV. 1421, 1422–1427 (2006); Reuven S. Avi-Yonah, *Citizens United and the Corporate Form*, WIS. L. REV. 999, 1001 (2010); Brandon L. Garrett, *The Constitutional Standing of Corporations*, 163 UNIV. PA. L. REV. 95, 107–110 (2014); Lynn A. Stout, *Corporate Entities: Their Ownership, Control, and Purpose*, CORNELL LEGAL STUD. RSCH. PAPER 8–13 (2016); Team Production Theory; ובין היתר מוסיף את ה־Property Theory; וה־Franchise Governments; (Corporations as 'Franchise Governments'); חביב־סגל דיני חברות, לעיל ה"ש 76, בעמ' 69–76 (שמדברת גם היא על פרדיגמה רביעית – "התובנה הממשלית"). שמות נוספים – התיאוריה ההיררכית (Hierarchical theory), תורת האישיות המלאכותית (Artificial Personality theory) ותורת ההענקה המדינתית (state grant theory).

Horwitz, לעיל ה"ש 97, בעמ' 181–183; Harris, לעיל ה"ש 97, בעמ' 1422–1427; Millon, לעיל ה"ש 97, בעמ' 205–211; Avi-Yonah, לעיל ה"ש 97, בעמ' 1001; Garrett, לעיל ה"ש 97, בעמ' 107–110; Stout, לעיל ה"ש 97, בעמ' 8–13; חביב־סגל דיני חברות, לעיל ה"ש 76, בעמ' 69–76; יוסף גרוס חוק החברות 213–215 (מהדורה חמישית מורחבת 2016).

100 התיאוריה נקראת גם תיאוריית השותפות (Partnership theory).

מהאישיות המשפטית. מכאן שהתאגיד הוא אוסף של חוזים בין בעלי המניות לבין עצמם, ובין בעלי המניות לבין פרטים אחרים המתקשרים עימו.¹⁰¹ גישה זו הביאה להכרה בזכויות יסוד של תאגידים, בשל זכויותיהם של "האנשים שמאחורי התאגיד" בפרשת בנק המזרחי (2006),¹⁰² ובפרשת *Hobby Lobby* (2014),¹⁰³

למרות השוני שבין תיאורית הזיכיון לבין התיאוריה החוזית יש ביניהן גם דמיון – שתיהן מבטאות השקפה שלפיה רק בני אדם טבעיים הם יחידות ממשיות הקיימות בעולם, בעוד הישות המשפטית נותרת תמיד בגדר פיקציה, המתקיימת, אם מכוח רצונה של המדינה ואם מכוח רצונם של המתאגדים. במילים אחרות, שתי התיאוריות הללו מוצאות שוני משמעותי בין הישות הטבעית לבין הישות המשפטית. בעוד האישיות הטבעית נתפשת כמטרה בפני עצמה, הרי שהאישיות המשפטית אינה אלא אמצעי לקידום ענייניהם של הפרטים המשקיעים בה.¹⁰⁴ מכאן ששתי התיאוריות הללו מתאימות לתורות משפט אינסטרומנטליות כגון ריאליזם משפטי וניתוח כלכלי של המשפט.¹⁰⁵

¹⁰¹ Horwitz, לעיל ה"ש 97, בעמ' 181-183; Harris, לעיל ה"ש 97, בעמ' 1422-1427; Millon, לעיל ה"ש 97, בעמ' 220-231; Garrett, לעיל ה"ש 97, בעמ' 107-110; Avi-Yonah, לעיל ה"ש 97, בעמ' 1001; חביב-סגל דיני חברות, לעיל ה"ש 76, בעמ' 69-76; גרוס חוק החברות, לעיל ה"ש 99, בעמ' 213-215.

¹⁰² בג"ץ 4593/05 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' ראש הממשלה (נבו 20.9.2006). במקרה זה טען הבנק נגד הפגיעה בזכותו הקניינית, עקב שלילת זכותו לעמלת פירעון מוקדם בחוק ליישום תוכנית ההתנתקות. השופט ברק הכיר בזכויות היסוד של התאגיד משלושה טעמים: ראשית, ישנן זכויות שאפשר להחיל על תאגידים ללא קושי, כדוגמת חופש הביטוי, וממילא שפגיעה בה תפגע באורח החיים המודרני. שנית, התאגידים פועלים באמצעות בני אדם ולמען בני אדם. הוצאת האישיות המשפטית שאינה בני-אדם מתחום המעמד החוקתי של זכויות האדם, תפגע קשות בבני האדם העומדים מאחורי התאגיד. לבסוף, הזכות להתאגד – שאף היא זכות חוקתית – תתרוקן מכל תוכן ממשי, אם התאגיד אשר יקום לא יינה מזכויות חוקתיות (שם, בעמ' 9-10). דברים אלה מבטאים את הגישה החוזית. לעומת זאת, חביב-סגל טוענת כי ההכרה של בית המשפט בזכויות יסוד מבטאת דווקא גישה של ישות אמיתית, שכן בית המשפט הכיר בכך שהישות המשפטית נהנית מזכויות וחובות הדומות בעיקרן לזכויותיהם ולחובותיהם של פרטים טבעיים (ראו חביב-סגל, דיני חברות, לעיל ה"ש 76, בעמ' 69-76).

¹⁰³ *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.*, 134 Ct 2751 (2014); הטיעון המרכזי של דעת הרוב להכרה בחירות היסוד לחופש הדת של התאגיד היה הגשמת החירות המקבילה של בעלי המניות.

¹⁰⁴ חביב-סגל דיני חברות, לעיל ה"ש 76, בעמ' 69-76, 102-103.

¹⁰⁵ Stout, לעיל ה"ש 97, בעמ' 11 (Another theory of the corporation frequently associated with law and economics is the nexus of contracts theory).

תיאוריה שלישית היא תיאוריית הישות האמיתית (real entity theory).¹⁰⁶ תיאוריה זו קוראת להכרה בטבעיות קיומן של "קבוצות" כבקיומם של "פרטים". יש הטוענים שהתיאוריה של ישות אמיתית ותיאוריית הזיכיון שותפות להשקפה שהישות התאגידית נפרדת מבעלי המניות שלה, ולמעשה, שאי אפשר להפריד ביניהן רעיונית, היות שתאגידים הם "אמיתיים" רק מכיוון שהחוק הופך אותם לכאלה.¹⁰⁷ ברם, תיאוריה זו גורסת שקיומה האמיתי והחברתי של קבוצה, ולא החוק, הוא שהופך אותה ל"אדם" משפטי. התיאוריה של ישות אמיתית מתגברת על מלאכותיותה של הישות המשפטית. בכך, תורמת התיאוריה של ישות אמיתית להבנה כללית ומופשטת יותר של המושג "אדם" במשפט ומספקת הצדקה לעיקרון של האחריות המוגבלת. הישות התאגידית היא קדם-משפטית או מטא-משפטית. החוק לא יוצר אותה, הוא חייב להכיר ולקיים את קיומה האמיתי.¹⁰⁸ גישה זו, המוצאת זהות בין הישות הטבעית לבין הישות המשפטית, הביאה, בין השאר, להכרה בזכותן של חברות ליהנות גם מחירויות יסוד, כפי שנפסק למשל בפרשת *Citizens United* (2010).¹⁰⁹

106 התיאוריה מכונה גם תורת הישויות הטבעיות (Natural entity theory) או התיאוריה הריאליסטית.

107 Jonathan Macey & Leo E. Strine Jr, *Citizens United as Bad Corporate Law*, 43 Wis. L. REV. 451, 464 (2019).

108 Horwitz, לעיל ה"ש 97, בעמ' 183-181; Harris, לעיל ה"ש 97, בעמ' 1427-1422; Millon, לעיל ה"ש 97, בעמ' 220-211; Avi-Yonah, לעיל ה"ש 97, בעמ' 1001; Stout, לעיל ה"ש 97; Steven Walt & Micah Schwartzman, *Morality, Ontology, and* ; Garrett, *Corporate Rights*, 11 LAW & ETHICS HUM. RTS. 3-5 (2017); לעיל ה"ש 97, בעמ' 110-107; חביביסגל דיני חברות, לעיל ה"ש 76, בעמ' 76-69, 103-102; גרוס חוק החברות, לעיל ה"ש 99, בעמ' 215-213.

109 *Citizens United v. Federal Election Com'n*, 558 U.S. 310, 130 S. Ct. 876, 175 L. Ed. 2d 753 (2010). פסק דינו של בית המשפט העליון של ארצות-הברית, שבו קבע רוב שופטים שלתאגידים יש זכות בלתי מוגבלת לממן תעמולת בחירות דרך "סופר פאקס" (Super-PACs), גופי התרמה חוץ-מפלגתיים, וזאת מתוקף התיקון הראשון לחוקת ארצות-הברית. המעניין הוא שההחלטה כולה, הכוללת את הרוב ואת המיעוט, משקפת את תיאוריית הישות האמיתית. תאגידים עומדים בפני עצמם ללא תלות במדינה שיצרה אותם ובעלי המניות שבבעלותם. הוויכוח בין הרוב למיעוט הוא על הדברים שנובעים מנקודת מבט זו על תאגידים. לדעת הרוב, פירוש הדבר שתאגידים הם דוברים בדיוק כמו פרטים וזכאים לאותה הגנה מהתיקון הראשון לחוקה, בעוד המיעוט סבור שבגלל המאפיינים המיוחדים של התאגידים, יש להם זכויות תיקון ראשון מוגבלות יותר (ראו Avi-Yonah, לעיל ה"ש 97, בעמ' 1045-1040).

יוער שבספרות המחקר ובפסיקה לעיתים מכנים תיאוריה זו כתיאוריה של ישות "ריאליסטית" במובן של ישות "אמיתית";¹¹⁰ אך תורת המשפט של הישות הראליסטית-אמיתית היא תורת משפט של זכויות, שכן היא רואה בתאגיד כמטרה ולא ככלי, ולכן נמצאת בהתאמה עם תיאוריות ליברליות של זכויות, כפורמליזם משפטי. יכולה לעלות השאלה אם תורת משפט פורמליסטית-קנטיאנית יכולה להכיל אחריות לתאגיד, שכן לכאורה תאגידים הם פיקציה, אין הם קיימים בעולם האמפירי, ולכן לא יכול להיות להם רצון חופשי ברגינוי.¹¹¹ אך ארנסט ויינריב, חוקר מוביל באסכולה הפורמליסטית, הסביר שהחוק מלא פיקציות, כמו גם מושגים שאי אפשר לאמת אמפירית.¹¹² אף על פי שהחוק חל על העולם האמפירי, מדובר במפעל נורמטיבי הבונה את המציאות הייחודית שלו. לדבריו, השקפה זו של החוק נמצאת בהתאמה לרעיון של זכות קאנטיאנית. אין התיאוריה המוסרית הקאנטיאנית תלויה בקיום האמפירי אפילו בהיבט כה בסיסי של חיינו המוסריים כרצון חופשי; ויש בה כדי לאפשר לחוק הפוזיטיבי לבנות נושאי אחריות רחבים יותר מבן האנוש שעשה את המעשה הפסול. לפיכך ויינריב גורס שאחריות משפטית של תאגיד נמצאת בהתאמה עם גישה קאנטיאנית.¹¹³ תיאוריה של ישות אמיתית היא, אפוא, היחידה שרואה בתאגיד כמטרה ולא ככלי, ולכן נמצאת בהתאמה עם תיאוריות של זכויות.

מלומדים טוענים שקשה לזהות כיום תפיסה דומיננטית בדיני התאגידים המודרניים. תפישות שונות של האישיות המשפטית משמשות בערבוביה כדי

110 בעקבות תרומתו המשפיעה לשיח של ההיסטוריון האנגלי מייטלנד, שפעל בתחילת המאה ה-20, ראו Walt & Schwartzman, לעיל ה"ש 108, בעמ' 3-5. מובן כי בעת ההיא הריאליזם המשפטי היה רק בחיתוליו.

111 ראו Welsh, לעיל ה"ש 31, בעמ' 347; קרמניצר וגנאים "אחריות פלילית", לעיל ה"ש 1, בעמ' 34-36, 68-70, טוענים שלתאגיד לא יכול להיות רצון פסיכולוגי ומכאן שלא יכולה להיות לו אשמה. הם סוקרים שיטות משפט המבוססות על המשפט הקונטיננטלי המסורתי המדגישות את עקרון האשמה ותורת הגמול של קאנט והגל ומאמצות את הכלל הרומי של Societies delinquere non potest, ולכן לא מכירות באחריות פלילית של תאגיד. הם מוסיפים וגורסים שהטעות ביישום דווקני של התיאוריה של ישות אמיתית נעוץ בהבחנה בין ריאליות התאגיד לבין כשירותו: ריאליות התאגיד היא עובדה לעומת כשירותו של התאגיד שהיא תוצר החוק. אעיר שגם כשירות בני אנוש היא תוצר החוק, ולראיה המחוקק לא קבע כשירות אחידה לכל בני האדם. כך, למשל, לקטינים מתחת לגיל 12 אין כשירות (ס' 134 לחוק העונשין). הכשירות של קטינים מתחת לגיל 12 אינה תלויה בקיומו או היעדרו של "רצון פסיכולוגי" אלא בהחלטה של המחוקק – שהרי אפשר יהיה למצוא קטינים מתחת לגיל 12 שאפשר לזהות אצלם "רצון פסיכולוגי".

112 ERNEST J. WEINRIB, THE IDEA OF PRIVATE LAW, 185-187 (2012) (להלן: WEINRIB (TIPL-2012)).

113 שם, ובפרט בעמ' 187, בה"ש 33.

לבסס את התוצאות הנראות בעיני בית המשפט כתוצאות הרצויות, כאשר לעיתים, אותה תפישה עצמה משמשת את בתי המשפט השונים כדי לבסס תוצאות שונות ואף סותרות.¹¹⁴ למעשה, לא רק שקשה לזהות תפיסה דומיננטית ביני התאגידים המודרניים, אלא אף קיים ויכוח איזו מהגישות הכתיבה את דיני התאגידים בישראל.¹¹⁵

1.2 תיאוריות לענישה

כדי להבין את הדוקטרינה של ענישת תאגיד, לצד התיאוריות השונות לאישיות המשפטית הנפרדת, חשוב להכיר גם את התיאוריות המרכזיות לענישה. אפשר להגיד שהשיח המצדיק ענישה פלילית התמקד בשתי תיאוריות עיקריות: תיאוריות אינסטרומנטליות ותיאוריות של זכויות.¹¹⁶ בשורות הבאות אתאר בתמצית את תיאוריות אלו.

תיאוריות אינסטרומנטליות כגון ריאליזם משפטי, משפט וכלכלה, רואות במשפט כמגשים מדיניות חיצונית למשפט.¹¹⁷ הן תופסות את הענישה כמכשיר שאפשר להשתמש בו כדי לשרת תכליות שונות: כלכליות, פוליטיות וחברתיות. כך, למשל, הניתוח הכלכלי של המשפט רואה בסנקציה הפלילית תמריץ המיועד להבטיח שאדם ימנע מלבצע פעולה אנטי חברתית או בלתי רצויה מבחינה תועלתנית. התנהגות תוגדר כעבירה "פלילית", כאשר מדובר בהתנהגות אנטי חברתית הגורמת נזק, שאותה החברה רוצה להרתיע ולמנוע. נהוג לומר שתיאוריה זו מגשימה מדיניות ומביטה קדימה. לפיכך, אין המשפט הפלילי צופה פני עבר, ובמיוחד אין הוא מיועד לענישה של עבריינים בגין עבירות שביצעו בעבר. המשפט הפלילי צופה פני עתיד, ותפקידו להודיע לאזרחים מראש מה אסור להם לעשות ולהזהירם מפני העונש הצפוי על הפרת החוק. מהותה של הסנקציה הפלילית היא, אפוא, מניעת התנהגות אנטי חברתית בעתיד, באמצעות הדרכה והכוונת התנהגות.¹¹⁸

114 חביב-סגל דיני חברות, לעיל ה"ש 76, בעמ' 83-87.

115 לשיטתה של חביב-סגל התפיסה החוזית היא אשר הנחתה את חוק החברות הישראלי אך בשנים האחרונות מתרחקת השיטה המשפטית מן התיאוריה החוזית לטובת התיאוריה הממשלית (שם, בעמ' 102-104); לעומת זאת, גרוס חוק החברות, לעיל ה"ש 99, בעמ' 213-215, מצדד בגישה של ישות אמיתית, וסבור שהיא התבססה במשפט הישראלי.

116 בועז סנג'רו ביקורת דיני העונשין הישראליים, 29 (2020).

117 ראו Eithan Y. Kidron, *Systematic Forum Selection Ambiguity in Financial Regulation Enforcement* 53 AM. CRIM. L. REV. 693, 714-715 (2016) (להלן: Kidron). (2016).

118 אלון הראל "פרק י"ב: משפט פלילי" הגישה הכלכלית למשפט 637, 638 (אוריאל פרוקציה עורך 2012); סנג'רו, לעיל ה"ש 116, בעמ' 23-24, 29.

תיאוריות אינסטרומנטליות מוכנות לקבל מגוון של מטרות לענישה, ברם דומה שאסכולה זו מתמקדת בפרן המרתיע של העונש כמטרתה המרכזית של הענישה.¹¹⁹ תכלית ההרתעה הודגשה על ידי הוגה הדעות האנגלי ג'רמי בנת'ם שראה במטרה רציונלית-תועלתית זו את התכלית המוצדקת היחידה לענישה.¹²⁰ לצד ההרתעה (של הפרט ושל הרבים), התיאוריה התועלתנית מבקשת גם להשיג תכלית של מניעה, קרי, שלילת יכולת העברייין לשוב ולפשוע;¹²¹ יש המוסיפים גם את תכליות השיקום¹²² וההוקעה.¹²³ אם כן, לפי תיאוריות אינסטרומנטליות אלה האדם הוא בסך הכול אמצעי להשגת מטרות חברתיות כגון הרתעה, מניעה, שיקום והוקעה.¹²⁴

Jerome Hall, *Nulla Poena Sine Lege*, 47 YALE L. J. 170 (1937); Gary S. Becker, *Crime and punishment: An Economic Approach*, 76 J. OF POLITICAL. ECON. 169 (1968); Nuno Garoupa, *The Theory of Optimal Law Enforcement*, 11(3) J. OF ECON. SURVEYS. 267 (1997)

אבי טבח "אכיפת חוק אופטימלית ואי-שוויון כלכלי" משפט ועסקים ט 347, 349-348 (2008); הראל, לעיל ה"ש 118, בעמ' 639-640. לדבריו בנת'ם ניתח את הסדרי המשפט הפלילי במושגים של מקסום התועלת החברתית. על פי עמדה זו, רק לאושר (המבוסס על סכום הכאב והעונג) יש ערך בפני עצמו. בנת'ם סבר שהן כללי המוסר והן כללי המשפט צריכים להיות מכוונים למקסום כמות העונג הכוללת בחברה. המשפט הפלילי לדידו של בנת'ם הוא התחום שבו המדינה גורמת כאב על ידי עונשים כדי למקסם את האושר; סנג'רו, לעיל ה"ש 116, בעמ' 29. לדבריו, לפי ההוגה האנגלי ג'ון סטיוארט מיל, לכל אדם הזכות לחירות, והעילה היחידה שבה יכולים הרבים להתערב בענייניו הפרטיים של היחיד היא כדי למנוע ממנו מלהזיק לאחרים.

הראל, שם, בעמ' 638.
לתכלית השיקום ראו פלר יסודות בדיני עונשין, לעיל ה"ש 2, בעמ' 45; שלמה גיורא שוהם, גבריאל שביט, גבריאל קאבאליון ותומר עינת עבירות ועונשים: מבוא לפנולוגיה – על תורת הענישה והשיקום, מניעת פשע ואכיפת חוק 89-92 (מהדורה שלישית) (2009).

גישה המייחסת לענישה הפלילית משמעות סמלית של הוקעת העברייין. לפי גישה זו על הענישה הפלילית לכלול הן ענישה פיזית כלשהי והן הוקעה ציבורית – "אות קין", שאם לא כן, היא אינה ענישה פלילית. גם לפי גישה זו חובה לציין את העונש בחוק, כדי לתת לבית המשפט כלי של ענישה פיזית, שיצטרף להוקעה הסמלית, הנוצרת מעצם ההרשעה בדין. ראו Joel Feinberg, *The Expressive Function of Punishment*, in DOING & DESERVING: ESSAYS IN THE THEORY OF RESPONSIBILITY 95, 118 (1970); Bernard E. Harcourt, *Joel Feinberg on Crime and Punishment: Exploring the Relationship Between the Moral Limits of the Criminal Law and the Expressive Function of Punishment*, 5(1) BUFF. CRIM. L. REV. 145, 159-165 (2002). סנג'רו, לעיל ה"ש 116, בעמ' 29.

תיאוריית זכויות כפורמליזם המשפטי מניחה שלמשפט יש הגיון-נורמטיבי-פנימי משלו, שאינו תלוי בשיקולים חיצוניים כלכליים, פוליטיים וחברתיים.¹²⁵ תיאוריה זו רואה בענישה יישום ההיגיון של צדק מתקן המכונה גמול משפטי.¹²⁶ לפי המסורת הליברלית, המשפט הפלילי עוסק בפגיעה בזכויות, אך, לעומת המשפט הפרטי שבו הפגיעה היא בזכות הפרט, במשפט הפלילי הפגיעה היא במערך זכויות הכלל המכונה זכות הציבור.¹²⁷ עבירה פלילית מתרחשת בשני תנאים עקרוניים: התנאי הראשון הוא שהעבריין, מרצונו, יצא נגד החוק.¹²⁸ כלומר, שהפגיעה צריכה להיעשות במחשבה פלילית, מתוך מודעות לאפשרות של פגיעה בזכות הציבור. התנאי השני הוא שהפגיעה בזכות הציבור תהיה מפורשת. כלומר, היותה של הפגיעה רצונית צריך להיות ניכר במפורש במעשה הפלילי. אין די בדברים שבלב.¹²⁹ משכך, המשפט הפלילי עוסק בפגיעה רצונית ומפורשת בזכות הציבור.¹³⁰

לפי תיאוריית הגמול המשפטי, משמעות העונש היא מידת התיקון הדרושה בשל הפרת החוק. לפיכך, על העונש הקבוע בחוק להלוך את חומרת העבירה שעבר העבריין ואת העונש לו הוא ראוי.¹³¹ ההיגיון הגמול המשפטי במשפט הפלילי הוא ההיגיון של הצדק המתקן, שכן הוא מניח מראש את הקורלציה הדו-צדדית בין פועל לסובל.¹³² ההיגיון של הצדק המתקן הפלילי דומה להגיון

125 Kidron-2016, לעיל ה"ש 117, בעמ' 714-715.

126 סג'ר, לעיל ה"ש 116, בעמ' 29.

127 שי לביא "צדק מתקן בפלילים - עיון מחודש ביחס שבין דיני עונשין ומשפט חוקתי" מגמות בפלילים: לאחר עשור לתיקון 39 לחוק העונשין 511, 520-523 (אלי לדרמן, קרן שפירא-אטינגר ושי לביא עורכים 2010); איתן קידרון "קלון כאכיפה מנהלית - דוקטרינת איסור כהונה" משפטים נ 425 (2020) (להלן: קידרון "קלון כאכיפה מנהלית").

128 Ernest J. Weinrib, *Corrective Justice* 172-174 (2012) (להלן: Weinrib CJ-2012).

2012); קידרון "קלון כאכיפה מנהלית", שם, בעמ' 10-13.

129 לביא, לעיל ה"ש 127, בעמ' 523-520; קידרון "קלון כאכיפה מנהלית", שם.

130 Alan Brudner, *Punishment and Freedom* 38-45 (2009); קידרון "קלון כאכיפה מנהלית", שם.

131 Brudner, שם, בעמ' 21-59; לביא, לעיל ה"ש 127, בעמ' 523-520; שוהם, שביט, קאבאליון ועינת, לעיל ה"ש 122, בעמ' 89-92.

132 Ernest J. Weinrib, *Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law*, 97 *Yale Law Journal* 949, 950-951 (1987); Weinrib CJ-2012; לעיל ה"ש 128, בעמ' 172-174. אפשר לראות זאת באמצעות השוואה לאופן שבו פועל הצדק המתקן במשפט הפרטי. המשפט הפרטי עוסק בפגיעה בזכות הפרט. פירושו של צדק מתקן במשפט הפרטי הוא להשיב את מצב הדברים לקדמותו עובר להפרת הזכות. השבת מצב הדברים לקדמותו אינה פיזית, שהרי התוקף לא יכול לתקן את הפגיעה הפיזית שנגרמה לגופו של הקורבן. בכוחו של התוקף לפצות את הקורבן רק על הנוקים שנגרמו לו, כלומר השבת המצב לקדמותו

במשפט הפרטי, בהבדל חשוב – האיסור הפלילי איננו על פגיעה בזכות פרטית של אדם אחר אלא על פגיעה בזכות הציבור. יישום הגיונו של הצדק המתקן במשפט הפלילי משמעו להשיב את השוויון על כנו ביחסים שבין העבריין ובין זכות הציבור. אין התיקון פיזי אלא משפטי. באמצעות הענישה החוק שהופר חוזר ומאשש את תוקפו המחייב, והשוויון חוזר לקדמותו. זהו למעשה יישומו של עקרון הקורלטיביות במשפט הפלילי.¹³³ תיאוריה זו גורסת שאת הסנקציה הפלילית יש להטיל על האשמים בלבד וכן כי על חומרת העונש לשקף את מידת הפגיעה של העבריין בחוק. לפי תיאוריה זו, אין להשתמש במשפט הפלילי לצורכי הרתעה, שכן שימוש כזה מפר את עקרון היסוד הקאנטיאני שלפיו אין להשתמש באדם כאמצעי, אפילו לא כאמצעי להקטין את רמת הפשע בחברה.¹³⁴

2. ענישת תאגיד אינה מבוססת על אשמה אלא על שיקולי מדיניות

בסעיף זה אטען כי אין ענישת תאגידים בישראל מבוססת על אשמתם אלא על שיקולי מדיניות. כאמור, הדין הישראלי מכיר בשני מודלים לאחריות פלילית של תאגיד: אחריות ישירה ואחריות שילוחית. אך, בפועל, שני המודלים לא דורשים את אשמת התאגיד.

2.1 תיאוריות אינסטרומנטליות ואחריות שילוחית

כידוע, תאגיד עשוי להיות אחראי למעשים פליליים או לנזק שהוא גורם. ההכרה בקיומה של האישיות המשפטית של התאגיד כבקיומן של ישויות טבעיות חושפת את התאגיד, כמו בני האנוש, לאחריות פלילית ולאחריות נזיקית. כך, כאשר פרטים הפועלים בשמו של התאגיד מבצעים עבירות פליליות או עוולות נזיקיות, הרי שהתאגיד יימצא אחראי בגין פעילותם.¹³⁵

כל עוד תיאוריית הזיכיון או התיאוריה החוזית הכתיבו את הדוקטרינות של דיני התאגידים, לא התקיימה אחריות משפטית ישירה של החברה בגין עוולות

אינה פיזית אלא משפטית. הצדק המתקן משיב את השוויון בין שני הצדדים לקדמותו באמצעות הפיזיו שיפצה התוקף את הקורבן (Weinrib TIPL-2012), לעיל ה"ש 112, בעמ' 114–144).

133 לביא, לעיל ה"ש 127, בעמ' 523–529; Eithan Y. Kidron, *Understanding Administrative Sanctioning as Corrective Justice*, 51 U. MICH. J. L. REFORM 313, (2018) 326–331 (להלן: Kidron-2018); קידרון "קלון כאכיפה מנהלית", לעיל ה"ש 127, בעמ' 10–13.

134 הראל, לעיל ה"ש 118, בעמ' 638.

135 Mark M. Hager, *Bodies politic: The progressive history of organizational "Real Entity" theory*, 50 U. PITT. REV. 575, (1988) 585–611.

נזיקות או בגין עבירות פליליות. העמדה המדעית המסורתית הייתה לראות בתאגיד הפשטה משפטית, פיקציה טהורה של החוק. בתקופות שבהן העמדה הדומיננטית במשפט ראתה באישיות המשפטית של התאגיד כפיקציה, שגוף אין לו קיום ממשי ונפרד מקיומם של בעליו, הנחת המוצא הייתה שהנורמות המשפטיות המכוונות לישויות "טבעיות" לא חלות ישירות על ישויות "מלאכותיות", קרי, תאגידים. מכיוון שלתאגיד אין קיום פיזי, לא גוף ולא נפש, תמיד הובן שהתאגיד יכול לפעול רק באמצעות שלוחים – בני אדם. לכן, המשפט סבר שאפשר להבין בצורה הגיונית וחוקית את האחריות התאגידית רק באמצעות דיני השליחות. לפיכך, הן על פי תיאוריית הזיכיון והן על פי התיאוריה החזונית, לא מתקיימת אחריות משפטית ישירה של החברה בגין עוולות נזיקות או בגין עבירות פליליות.¹³⁶

הדוקטרינה אשר מסדירה את הקצאת האחריות המשפטית לפי תיאוריית הזיכיון ולפי התיאוריה החזונית הייתה הדוקטרינה של האחריות השילוחית. האחריות השילוחית היא אחריות עקיפה. אחריות זו שונה מן האחריות האישית הישירה: האורגן, הפרט הטבעי, הוא עושה העוולה או עושה העבירה, כאשר בתנאים מסוימים שקבע הדין, אפשר להטיל אחריות שילוחית על התאגיד לפעולותיהם של אורגניו. אם כן, יכולתו המשפטית של התאגיד מוגבלת בהשוואה ליכולתו של אדם רגיל: בעוד האינדיבידואל יוצר זכויות וחובות הן על ידי מעשיו והן על ידי מעשי נציגיו, התאגיד, כגוף קולקטיבי יכול לפעול רק באמצעות נציגיו. אדם אינדיבידואלי יכול לקבל על עצמו אחריות אישית וגם שילוחית, אך אחריות תאגידית היא בהכרח שילוחית. לפי דוקטרינה זו, הפרטים הטבעיים הפועלים בתאגיד נחשבים לנושאים המקוריים של החובות המשפטיות, כאשר בתנאים מסוימים אפשר להטיל על התאגיד אחריות שילוחית בגין מעשיהם של אורגניו. כך, למשל, פקודת הנזיקין מסדירה את התנאים שבהם קמה האחריות השילוחית של התאגיד לעוולות אורגניו.¹³⁷

באשר לאחריות הפלילית השילוחית נוצר קושי בשל הצורך בהוכחת אשמה. הנחתו של המשפט הייתה שהנורמות המוסדרות במשפט הפלילי מכוונות לתודעה האנושית, ולכן, אין הן מתאימות לחול על ישות מלאכותית. לפי תובנה זו, התאגיד נעדר תודעה אנושית, ולכן, הוא נעדר יכולת לבצע עבירה פלילית הנסמכת על מודעות. אומנם אחריות שילוחית של תאגיד אפשרית במשפט הפרטי,¹³⁸ אך עמדתו השלילית של המשפט הפלילי למושג אחריות פלילית

136 Stern-1987, שם; Hager, שם; חביב-סגל דיני חברות, לעיל ה"ש 76, בעמ' 137-146.

137 שם.

138 ארנסט וינריב דן בבעיית האחריות התאגידית במישור המשפט הפרטי, ובפרט בדוקטרינה של אחריות שילוחית. לדעתו, מכיוון שצדק מתקן הוא מערכת היחסים הנורמטיבית של

שילוחית מייצגת ביטוי להשקפה שהאחריות הפלילית, להבדיל מהאחריות בנזיקין, מצריכה ממצא של אשמה. קרי העברייין יצא נגד החוק מרצונו,¹³⁹ ולא כנגזרת של אשמתו של אחר.¹⁴⁰ אם כן האחריות הפלילית השילוחית הוגבלה למקרים של אחריות מוחלטת (קפידה), שאינה נדרשת ליסוד נפשי כלשהו, או למקרים שבהם קבע המחוקק במפורש שהנורמה תחול גם על תאגידים, גם אם אי אפשר להצביע על אורגן מסוים שעבר עבירה. בכל יתר המקרים מניח הדין שהאחריות הפלילית לא חלה על תאגידים.¹⁴¹ במילים אחרות, אחריות שילוחית פלילית של תאגיד לא דורשת הוכחת אשמתו.

2.2 תיאוריה של ישות אמיתית ואחריות ישירה ("תורת האורגנים")

החלת האחריות הנזיקית והפלילית ישירות על תאגידים התאפשרה רק לאחר שהמערכת המשפטית הכירה בתאגיד כישות עצמאית, הראויה ליהנות מזכויות ומחובות משפטיות, הנהות לזכויותיו ולחובותיו של הפרט הטבעי. טרם הכרה זו, התובנה המגבילה את יכולתו של התאגיד להיות נושא לזכויות ולחובות משפטיות הגבילה גם את זכויותיו המשפטיות של התאגיד עצמו. ולכן זכויות הנסמכות על תודעה אנושית נחשבו לזכויות שאינן מתאימות לחול לטובת תאגידים. כך, למשל, הנחתו של המשפט הייתה שאין התאגיד מתאים ליהנות מחירויות היסוד כגון חופש הביטוי, חופש העיסוק ועוד. מצב דברים זה השתנה מרגע שהעמדה הדומיננטית במערכת המשפט עברה מן התיאוריה של הזיכיון או התיאוריה החוזית אל התיאוריה של ישות אמיתית. לפי תאוריית הישות

הפועל והסובל, הדוקטרינה של אחריות שילוחית מתיישבת עם גישה של צדק מתקן בנסיבות שבהן אפשר לראות במעביד, התאגיד, במובן מסוים, כגורם של הנזק. מדובר בנסיבות שיביאו אותנו לחשוב שהעובד קשור בקשר כל כך הדוק למעביד עד שאפשר יהיה לראות במעסיק כפועל-דרך-העובד. מכאן, מסיק וינריב שדוקטרינת האחריות השילוחית אינה סותרת את גישת הצדק המתקן. מובן שהמעסיק הפועל-דרך-העובד, עשוי להיחשב כפיקציה, מכיוון שפרט לקונסטרוקציה של החוק, לפרסונה זו אין קיום אמפירי. עם זאת, הוא מבהיר כי החוק מלא פיקציות, כמו גם במושגים שלא ניתן לאמת אמפירית. אף על פי שהחוק חל על העולם האמפירי, מדובר במפעל נורמטיבי הבונה את המציאות הייחודית שלו. וינריב מסכם שאם רעיון זה היה נשלל, לא יכולה הייתה להתקיים אחריות תאגידית כלל, ראו WEINRIB TIPL-2012, לעיל ה"ש 112, בעמ' 187, בה"ש 33.

¹³⁹ WEINRIB CJ-2012, לעיל ה"ש 128, בעמ' 172-174; קידרון "קלון כאכיפה מנהלית", לעיל ה"ש 127, בעמ' 10-13.

¹⁴⁰ אוריאל פרוקצ'יה דיני חברות חדשים לישראל 77 (1989).

¹⁴¹ Stern-1987, לעיל ה"ש 37, בעמ' 667-671; Hager, לעיל ה"ש 135, בעמ' 585-611; חביב-סגל דיני חברות, לעיל ה"ש 76, בעמ' 137-146.

האמיתית התאגיד נהנה מקיום משפטי הדומה במהותו לקיומה של הישות הטבעית. מכאן התפתחה גם התפיסה שלפיה אפשר להחיל את האחריות הנזיקית, ואף את האחריות הפלילית, ישירות על תאגידים.¹⁴²

מתוך ההכרה בתאגיד כישות עצמאית נולדה גם האחריות הישירה של התאגיד המכונה תורת האורגנים. אומנם התאגיד הוא גוף קולקטיבי נעדר תודעה אנושית ופועל רק באמצעות אורגניו, אלא שלפי התיאוריה של ישות אמיתית – פעולות האורגן נחשבות כפעולותיו של התאגיד עצמו, וכן, תודעתו של האורגן נחשבת כתודעתו של התאגיד. זוהי דוקטרינת תורת האורגנים. התיאוריה האורגנית מניחה ששום דבר באופיים או במבנה המשפטי של תאגידים לא מביא את כללי האחריות האישית ליישום בדיוק כפי שהם מיושמים על יחידים. עם זאת, על פי תורת האורגנים, אישיותו של התאגיד נחשבת לאישיות הזוהה לאישיותו של הפרט, למעט מאפיין אחד: התאגיד, להבדיל מן הפרט הטבעי, לא פועל בכוחות עצמו, אלא פועל באמצעות אורגניו. פעולותיו ומחשבותיו של האורגן נחשבות לפעולותיו של התאגיד. מכוח ייחוס פעולות ומחשבות האורגנים לתאגיד, הרי שאם אותן פעולות ומחשבות מקימות אחריות משפטית – נושא התאגיד עצמו באחריות משפטית ישירה לאותן פעולות ומחשבות. במילים אחרות, התיאוריה האורגנית קובעת שגם בהיעדר אחריות שילוחית, תאגידים יכולים להיות אחראים בעולם המשפט, שכן התאגיד עצמו מסוגל לפעול תוך שימוש בשיקול דעת עסקי משלו, למשל בחתימת חוזה, בביצוע עוולה נזיקית או בביצוע עבירה פלילית. אין זו עוד אחריות שילוחית למעשיו ולמחשבותיו של האורגן, אלא אחריות ישירה של התאגיד עצמו. במילים אחרות, לתאגיד יש אישיות משפטית נפרדת, ברם אפשר להצביע על בן אנוש שבנסיבות מסוימות יגלם את אותה אישיות, ואחריותו של אותו בן אנוש גם תגלם את אחריותו הישירה או את אשמתו של התאגיד.

סיכומו של דבר, אחריות ישירה של תאגיד מתבססת על תיאוריה של ישות אמיתית. אגב, בשל כך אין אחריותו של התאגיד מוציאה את אחריותו האישית של האורגן עצמו. היות שדוקטרינת תורת האורגנים רואה בתאגיד ישות אמיתית ונפרדת מהאורגן, היא מפרידה בין התאגיד לבין האורגן ומורה שאחריותו של התאגיד קיימת במקביל ולצד אחריותו האישית של האורגן. כל ישות המבצעת את העבירה או את העוולה, לרבות התאגיד והאורגנים כאחד, יהיו כפופים לאחריות משפטית. מכל מקום, לעומת האחריות השילוחית, שאינה דורשת אשמה, האחריות הפלילית הישירה בהחלט דורשת באופן עקרוני אשמה. אומנם, באופן עקרוני, תורת האורגנים דורשת אשמה אך הפסיקה רוקנה דרישה זו מתוכן וקבעה שתורת הענישה של תאגידים היא תלוית מדיניות.

 142 ש.ם.

הפסיקה קבעה, פעמים רבות, שבבסיס הדוקטרינה של תורת האורגנים עומד הרצון לקדם יעדים חברתיים ולהגן על ערכים מוגנים בחוק הפלילי.¹⁴³ לפי הפסיקה, היות שעיקר הפעילות הכלכלית במשק מתנהלת באמצעות תאגידים, אפשר לצמצם את ממדי העבריינות הפלילית בתאגידים בדרך של מניעה ושל הרתעת התאגידים והאורגנים מביצוע עבירות והישנותן. הרציונל המנחה גישה זו מורה שהטלת אחריות פלילית על תאגידים והענשתם עשויות להשפיע על צמצום הפשיעה בתאגידים ולהמריץ את בעלי המניות להפעיל את השפעתם למניעת הישנות העבירות. הרשעה והטלת קנס על תאגיד או חילוט רכוש, הם בעלי השפעה אפקטיבית שעשויה להרתיע אורגנים מלעבור בעתיד עבירות, ועשויה גם לתרום לסילוק טובת ההנאה שהפיק התאגיד מהפעילות האסורה. נקבע שנקיטת הליכים פליליים נגד תאגידים במקרים המתאימים עשויה לשמש כלי יעיל לקידום הרתעה של התאגיד הספציפי מפני הישנות עבירות במסגרתו, וכן לקידום הרתעה של תאגידים נוספים מפני ביצוע עבירות דומות. כמו כן, אכיפה פלילית נגד תאגידים עשויה לתמרץ את התאגיד לאמץ מנגנוני פיקוח ובקרה פנימיים למניעת הישנות עבירות, ובכך להפחית את רמת הפשיעה.¹⁴⁴ התכליות שבבסיס הטלת אחריות פלילית על תאגיד הן, אפוא, להרתיע תאגידים ונושאי משרה בתאגיד מביצוע עבירות פליליות, ולהעניק להם תמריץ ליצור מנגנוני פיקוח ובקרה שיוכלו למנוע מראש את ביצוע העבירות.¹⁴⁵ נוסף על כך,

¹⁴³ עניין מודיעים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 382; קרמניצר וגנאים "אחריות פלילית", לעיל ה"ש 1, בעמ' 72-75, 79-81; פרוקצ'יה, לעיל ה"ש 140, בעמ' 79-80; אסף חמדני "עסקאות בעלי עניין ואחריות התאגיד לתרמית בניירות ערך: בעקבות ע"פ 3891/04 איזנברג נ' מדינת ישראל" מחקרי משפט כג(3) 769, 770, 773-772 (2007) (להלן: "חמדני" עסקאות בעלי עניין ואחריות התאגיד לתרמית בניירות ערך").

¹⁴⁴ מדיניות התביעה, לעיל ה"ש 16, 2-4.

¹⁴⁵ עניין מודיעים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 383; עניין לאומי, לעיל ה"ש 75, בעמ' 28; פרשת תורג'מן, לעיל ה"ש 72, פס' 12 לפסק הדין של השופטת פרוקצ'יה; עניין ערד, ה"ש 1, בעמ' 351; עניין מליסרון, לעיל ה"ש 13, פס' קי"ג. אומנם בעבר הייתה מקובלת התפישה שתכלית של התרעה מתמקדת בתודעה האנושית. את אפקט ההרתעה ביקשה מערכת המשפט להשיג בעזרת "איום" בענישה ובמאסר של הפרטים המפרים, עם זאת נראה היה שאין מקום להחילם על חברות הנעדרות כל תודעה אנושית. אלא שבמהלך השנים, התפתחה התפיסה שענישה של תאגיד יכולה לשמש כדי להרתיע מניהול תחומי פעילות מסוימים, להבטיח את אמינות הדיווח הכספי, את קיומם של דיני המס, ועוד, בדיוק כמו בני אנוש. יתרה מכך, בהדרגה הובן שקיימים תחומי פעילות לא רצויים האופייניים לתאגידים בלבד, כגון, זיהום הסביבה, העסקת ילדים, היעדר פיקוח מספק על מזונות, מניפולציות במחירי ניירות הערך, פעולות תרמית שונות, עבירות מס, הימורים באינטרנט, ועוד. לכן, במהלך השנים, גויסו דיני העונשין גם כדי לקדם את מטרות ההרתעה בתחומי פעילות אלה. במהלך השנים התברר גם שהתאגיד יכול לשמש "כסות"

יש הטוענים שהסיבה המעשית לכך שהתאגיד כפוף לאחריות פלילית בגין פעולות שמבצעים אורגניו היא שבמקרים רבים יקשה על רשויות האכיפה לזהות את האורגן אשר ביצע את העבירה. זאת שעה שהעבירה הפלילית בוצעה כחלק מפעילותו של התאגיד עצמו, ושעה שהאורגן הפועל בשמו של התאגיד ביצע את אותה הפעולה במהלך פעילותו בשמו של התאגיד.¹⁴⁶ מכאן, שתכלית ענישת תאגידיים בישראל היא תכלית אינסטרומנטלית מוכוונת מדיניות משפטית, המבקשת למנוע התנהגות אנטי-חברתית של תאגידיים בעתיד, באמצעות הרתעה ומניעה.

אבהיר שב"תכלית הענישה", אין הכוונה לשיקולי גזר הדין אלא לעצם קיומם של דיני העונשין. באשר לשיקולי הענישה בגזר הדין, העיקרון המנחה את גזירת דין בן האנוש, עיקרון מנחה גמולי של הלימה,¹⁴⁷ הוא לכאורה גם העיקרון המנחה את גזירת דין התאגיד.¹⁴⁸ לעומת זאת, העיקרון המנחה את עיקרון ענישת תאגיד הוא עיקרון תועלתני של הרתעה שלפיו "המטרה העיקרית בהטלת אחריות פלילית על תאגיד היא הרתעה ומניעת הישנות העבירות".¹⁴⁹ כלומר אין זהות בין עקרון הענישה לאדם (אשמה) לבין עקרון ענישת תאגיד (הרתעה ומניעה).

ברוח זו בדיוק פסק השופט (כתוארו אז) ברק בפרשת מודיעים. השופט ברק הסביר שהבעיה העיקרית הניצבת בפני תורת האורגנים היא זו: "האם ראוי הוא לקבוע, כי דין פלוני, המבוסס על תכונות אנושיות (כגון, מחשבה או פעולה אקטיבית) יחול גם לעניין תאגיד?" השופט ברק השיב שתורת האורגנים אינה מבוססת על תיאוריה "פורמאלית טכנית", שעוסקת בשאלה אם ניתן "לייחס" לתאגיד תכונות אנושיות, שכן לשיטתו אין לתאגיד תכונות אלה, בהיותו פיקציה. השופט ברק המשיך ותקף את "מבחן ההזדהות" שרווח במשפט האנגלי ובפסיקה הישראלית עד אותה עת ולפיו האורגן הוא ה"אני האחר" של התאגיד (Alter Ego), וקבע שתיאור האורגנים של התאגיד כ"מוח" או "מרכז העצבים" או כ"אני אחר" של התאגיד או תיאורים פלסטיים כיוצא באלה, הוא מטאפורי.

מפני אכיפה, כך שהארגון הביורוקרטי של התאגיד מכביד על האפשרות לאתר את העבירות, או לאתר את מבצעי העבירות בתוך התאגיד; חביב-סגל דיני חברות, לעיל ה"ש 76, בעמ' 137-146.

146 חביב-סגל דיני חברות, שם.

147 ס' 340 לחוק העונשין: "העיקרון המנחה בענישה הוא קיומו של יחס הולם בין חומרת מעשה העבירה בנסיבותיו ומידת אשמו של הנאשם ובין סוג ומידת העונש המוטל עליו [...]".

148 ת"פ (כלכלית ת"א) 40955-07-19 מדינת ישראל נ' סגל, בעמ' 8 לפסק הדין (נבו 5.10.2020) [...] אשר לענישה, נקבע כי העקרון המנחה הוא העקרון הגמולי, כאשר לא נעשתה הבחנה עניין זה בין נאשם בן אנוש לבין נאשם שהינו תאגיד [...]".

149 מדיניות התביעה, לעיל ה"ש 16, בעמ' 4.

זוהי פיקציה שנוצרה מטעמי מדיניות משפטית. אין לתאגיד מוח ואין לו מרכז עצבים והאורגן אינו "אני אחר". לכן העביר השופט ברק את ההכרעה בדבר אחריות התאגיד משאלה של הגיון-נורמטיבי-פנימי של המשפט הפלילי – האם התאגיד אשם ועל כן יש להטיל עליו אחריות פלילית אישית? לשאלה של מדיניות משפטית – "האם המדיניות המשפטית, אשר המשפט הפלילי נועד להגשימה, עולה בקנה אחד עם הטלת אחריות פלילית אישית על התאגיד?" כאשר התכליות המרכזיות עליהן דיבר השופט ברק הן תכליות של הרתעה ומניעה.¹⁵⁰

ואומנם, על פי הפסיקה, אחריותו הפלילית של התאגיד נגזרת מתכלית אינסטרומנטלית זו. כאמור לעיל, בעקבות עניין מודיעים הורחב באופן ניכר מעגל האנשים היכולים לשמש אורגן של התאגיד, ושאלת האחריות הפלילית של התאגיד הפכה משאלה של משפט – האם קיימת זהות בין האורגן לבין החברה? לשאלה של מדיניות משפטית – האם ראוי להטיל אחריות על התאגיד בגין מעשיו הקונקרטיים של האורגן?¹⁵¹ כזכור, כיום, בית המשפט נעזר בשלושה מבחנים: האם דבר החקיקה לא התכוון להוציא מתוכו את אחריות התאגיד? האם פעולת האורגן נעשתה במהלך מילוי תפקידו? והאם הפעולה הייתה לטובת התאגיד?¹⁵² השיח על מבחנים הללו מדגיש את העובדה שמדובר במבחנים אינסטרומנטליים. כך, למשל, המבחן הראשון בוחן על אילו אינטרסים מגינה העבירה והאם התאגיד נעדר אותם (בשונה משיח של זכויות). המבחן השני עוסק, בין היתר, באמצעי הזהירות שהשקיע התאגיד כדי למנוע את "הנזק" (העבירה), בדומה לסטנדרט של דיני הנזיקין לרשלנות המבוסס על חישוב תועלתני-כלכלי. והמבחן השלישי מתמקד בשאלה האם האורגן פעל להטיב עם האינטרס של התאגיד, אם לאו? כאבן בוחן לשאלה אם ראוי לראות בתאגיד כעבריו. כלומר, מבחני העזר מבטאים את העיקרון האינסטרומנטלי של ענישת התאגידים בישראל.

במאמר מוסגר אציין שבשל ההרחבה הניכרת של מודל האחריות הישירה, ספק אם יש הבדל משמעותי בין מודל האחריות הישירה לבין מודל האחריות השילוחית. מכל מקום, ברי ששני המודלים לאחריות פלילית לא דורשים אשמה, וכי בפועל אחריותם הפלילית של תאגידים נגזרת משיקולי מדיניות.

150 עניין מודיעים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 383.

151 עניין מודיעים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 384–383; עניין מליסרון, לעיל ה"ש 13, בפס' קי"ה לפסק הדין.

152 שם.

3. הביקורת על הדין המצוי

המצב המשפטי מעורר ביקורת. ביקורת אחת על הדין המצוי היא שהוא רחב מדי. הסקירה לעיל ממחישה כי כמעט בכל החזיתות הגישה המרחיבה הכריעה את הגישה המצמצמת. הדבר הוביל למצב שבו כמעט תמיד תאגיד ימצא אשם. הדין מכיר הן באחריות ישירה והן באחריות שילוחית. אורגן של התאגיד יכול שימצא ככזה הן לפי מבחן היררכי והן לפי המבחן הפונקציונאלי.¹⁵³ הרחבת היתר של הדין מובילה להפלת יתר שכן היא לוכדת מצבים שלא ראויים להיות פלייליים. כך, למשל, המצב המשפטי כיום מאפשר הפלת תאגיד על בסיס מעשיהם של דמויות שאינן בכירות בתאגיד;¹⁵⁴ הפלת תאגיד בנסיבות שבהן האורגן היה בנבצרות;¹⁵⁵ הפלת תאגיד בנסיבות שבהן המעשה לא נועד להועיל לו;¹⁵⁶ הפלת תאגיד בנסיבות שבהן האורגן העבריין היה "תפוח רקוב" והתאגיד עשה כל שביכולתו כדי למנוע את העבירה.¹⁵⁷ בכל הנסיבות הללו יש ספק אם הן מצדיקות הפלת תאגיד. מובן שהפללה בנסיבות אלה פוגעת בחוש הצדק ובאמון הציבור בשלטון החוק.

ביקורת נוספת על הדין המצוי היא שאין הוא בהיר. בסקירה שבפרק הקודם אפשר לראות שישנו ויכוח פרשני בסוגיות רבות, לרבות זהות האורגן שמעשיו ומחשבתו הפלילית יחשבו כמעשיו וכמחשבתו של התאגיד והנסיבות שבהן פעולה נעשית בשם התאגיד. סוגיות רבות אחרות המצויות בוויכוח כלל לא זכו להיכנס לסקירה דלעיל. כך, לדוגמה, קיומה של אחריות מצרפית ופיקוחית; אחריות תאגיד קולט בנסיבות של מיזוג; זכות השתיקה של תאגיד וזכויות דיוניות אחרות; העדת אורגן כעד תביעה כנגד התאגיד; תחולת סייגים לאחריות פלילית על תאגידיים; דרכי ענישה של תאגידיים ועוד. לפיכך, אי-הבהירות של הדין פוגעת כמובן בעקרונות החוקיות.¹⁵⁸

153 ראו, למשל, תזכיר 2014, לעיל ה"ש 12, בעמ' 2; קרמניצר וגנאים "אחריות פלילית", לעיל ה"ש 1, בעמ' 86-89, הטוענים כי אין לקבל את המבחן ההיררכי או הפונקציונאלי כמבחנים עצמאיים, שדי בהתקיים אחד מהם כדי לראות באדם אורגן של התאגיד, ויש לאמץ מבחן היררכי-פונקציונאלי; ובאותו עניין ואותה עמדה ראו גם אגמון-גונן "התאגיד במשפט הפלילי - חישוב מסלול מחדש" לעיל ה"ש 12, בעמ' 72.

154 עניין מודיעים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 382; עניין ערד, לעיל ה"ש 1, בעמ' 349.

155 ראו פירוט להלן בפרק ד' בס' 4.2.

156 ראו לעיל את ההפניות ה"ש 90.

157 ראו לעיל את ההפניות בה"ש 80.

158 אשר לפגיעה הקונקרטי של חוסר הבהירות בעקרונות החוקיות ראו קרמניצר וגנאים "אחריות פלילית", לעיל ה"ש 1, בעמ' 89. באופן כללי יותר לגבי עקרונות החוקיות ראו Lon L. Fuller, *The Morality of Law* 63-65 (2000); פלר יסודות בדיני עונשין, לעיל ה"ש 2, בעמ' 3-31; אלעד רום טעות בחוק הפלילי 45-46 (2015); פרשת אסד,

אך בביקורות אלה אין חדש. למעשה, המחוקק ניסה להתגבר על הביקורות הללו באמצעות תיקון החוק. בתזכיר חוק העונשין (תיקון – אחריות פלילית של תאגידים), התשע"ה – 2014,¹⁵⁹ מנסחי התזכיר ציינו שנוכח ההתפתחויות והניסיון שהצטברו מאז חקיקת סעיף 23 לחוק העונשין, כמו גם בשל ביקורת של ארגון OECD בנושא שוחד עובדי ציבור זרים, עלה הצורך בתיקון ועדכון החקיקה המטילה אחריות פלילית על תאגידים.¹⁶⁰ בתזכיר החוק ביקש המחוקק לחדד שני נושאים הקשורים למודל האחריות הישירה של התאגיד שבהם, לשיטת המציעים, יש הרחבת יתר וחוסר בהירות בדין. נושא אחד הוא זהות האורגן שמעשיו ומחשבתו הפלילית יחשבו מעשיו ומחשבתו של התאגיד. בהקשר זה ביקש המחוקק להגדיר את המבחנים לקביעה מיהו אורגן של התאגיד ולהגדיר את היחס ביניהם.¹⁶¹ נושא שני הוא נסיבות הפעולה בשם התאגיד. בהקשר זה ביקש המחוקק לקבוע הגנה לתאגיד כאשר המעשה לא היה לפי טיבו מעשה המיטיב עם התאגיד ולמבצע העבירה לא הייתה כוונה להיטיב עם התאגיד.¹⁶² אם כן, מנסחי החוק ביקשו להגביל ולהבהיר את דוקטרינת תורת האורגנים.¹⁶³ אלא שעד כה תזכיר החוק לא היה לחוק ולפיכך אפשר להכתיר ניסיון זה ככשלון.

ביקורתו המרכזית של מאמר זה טרם נדונה בספרות המחקר. הביקורת היא, כאמור, שהרחבת האחריות הפלילית העבירה את ההכרעה השיפוטית לשיקולי מדיניות המשפטית וזו בתורה תרמה להצטברות כוח יתר אצל גורמי התביעה האמונים על העמדת תאגידים לדין. הצטברות כוח זו מעלה את החשש לטעויות, לאפליה ולשימוש לרעה בכוח.

ביקורת שכזו הופנתה לאחרונה כלפי הפרקליטות באשר להחלטתה להעמיד או שלא להעמיד תאגידים לדין בפרשות 2000 ו-4000. בפרשות אלה, החליטה הפרקליטות להעמיד לדין, כפוף לשימוע, את חברות יורקום וחלל תקשורת, אך בהיעת החליטה שלא להעמיד לדין את בעלי עיתון ידיעות אחרונות בפרשת 2000, ואת חברת בזק ואתר וואלה! בפרשת 4000.¹⁶⁴ במענה לביקורת, כך על פי

לעיל ה"ש 95, בעמ' 563-564; דנ"פ כהן, לעיל ה"ש 95, בפס' 2 לפסק הדין של השופטת פרוקצ'יה ובפס' 2 לפסק הדין של השופט גרוניס; רע"פ 5991/13 סגל נ' מדינת ישראל, 52 (נבו) 2.11.2017.

159 תזכיר 2014, לעיל ה"ש 12, בעמ' 2.

160 שם.

161 שם, בעמ' 2-5.

162 שם, בעמ' 5-7.

163 שם, בעמ' 7-10, לצד הרצון להגביל את האחריות הפלילית של התאגיד ניכר גם רצון להרחיב את האחריות באמצעות מודל של אחריות "פיקוחית".

164 תיק 2000 עוסק בחשדות בדבר קשרים פסולים בין ראש הממשלה בנימין נתניהו לבין מו"ל "ידיעות אחרונות" ובעל השליטה בעיתון נוני מוזס. תיק 4000 עוסק בחשדות בדבר

התקשורת, השיב היועץ המשפטי לממשלה אביחי מנדלבליט, שבפרשות 2000 ו-4000, עדיין נשקלת העמדתם לדין של התאגידים וואלה, בזק וידיעות אחרונות. לדבריו, "קיימים הבדלים מהותיים בין שיקולי העמדה לדין של חשודים 'בשר ודם' לבין שיקולי העמדה לדין של ישויות משפטיות".¹⁶⁵ בהמשך, החליטה הפרקליטות, כפוף לשימוע, להגיש כתב אישום נגד התאגידים הללו.¹⁶⁶ לדאבון הלב, בין אם תחליט הפרקליטות להעמיד לדין את החברות, בין אם לאו, היא תספוג ביקורת בזכות: אם תחליט שלא להעמיד לדין היא תואשם באפליה ובאכיפה בדרנית;¹⁶⁷ אם תחליט להעמיד לדין – תואשם בכניעה ללחץ ושימוש לרעה בכוח.

הנחית פרקליט המדינה בדבר מדיניות התביעה בהעמדה לדין פלילי וענישה משנת 2019 ביקשה להפיס את הביקורות ולהסדיר את הדין.¹⁶⁸ פרקליט המדינה פרט רשימה ארוכה של שיקולי מדיניות אשר לפיהם יוחלט אם להעמיד לדין את התאגיד, לרבות: חומרת העבירה ונסבותיה; מאפייניו של התאגיד החשוד; מידת הכשל בתרבות הציות לחוק בתאגיד; מידת מעורבות נושאי משרה בכירים בתאגיד בביצוע העבירה; מידת שיתוף הפעולה של התאגיד עם החקירה ומידת תרומתו לחקירה; הפגיעה שתיווצר בשל העמדתו לדין של התאגיד; אמצעי אכיפה חלופיים; חילופי שליטה בתאגיד או שינוי מהותי באופי פעילותו של התאגיד; עברו הפלילי של התאגיד; היות התאגיד בפירוק. תחת שיקולים עיקריים אלה ישנם כשלושים שיקולי-משנה שאין טעם לפרטם. אומנם תכליתה

קשרים פסולים בין ראש הממשלה בנימין נתניהו לבין שאול אלוביץ, הבעלים של "יורוקום", "בזק", "יס", "חלל תקשורת" ואתר "וואלה!". התיק כולל כמה תת-פרשות, לרבות לגבי התנהלות של בכירים בחברות האמורות. ראו, לדוגמה, אלעד מן "אחריות תאגידית – מדוע שחקנים מרכזיים בתיקי ההון-שלטון-עיתון 2000 ו-4000 לא עומדים לדין?" **העין השביעית** (26.12.2019) <https://www.the7eye.org.il/348816>. גילוי נאות, משרדי מייצג את החברות 'בזק' ו'וואלה' בהליכים הפליליים במסגרת תיק 4000 (אך לא אני באופן אישי).

165 בני אשכנזי "מנדלבליט: שוקל להעמיד לדין את התאגידים וואלה, בזק וידיעות אחרונות בפרשות 2000 ו-4000" **דה מרקר** (22.1.2020) <https://www.themarker.com/law/> 1.8436343; ליעם גולן "מנדלבליט: עדיין נשקלת אפשרות להעמיד לדין את בזק, וואלה וידיעות אחרונות בפרשות 2000 ו-4000" **0404** (22.1.2020) <https://www.0404.co.il/?p=528989>.

166 ראו, למשל, דניאל דולב "תיקי האלפים: החברות המעורבות יועמדו לדין בכפוף לשימוע בעבירות שוחד" **וואלה!** (23.12.2020) <https://news.walla.co.il/item/3406907>.

167 ראו, לדוגמה, חן מענית "אכיפה בדרנית? כך נערך היועמ"ש לטענות הנגד של הנאשם נתניהו" **גלובס** (29.1.2020) <https://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1001316508>.

168 מדיניות התביעה, לעיל ה"ש 16.

של הנחיית הפרקליט היא להבהיר את המדיניות המשפטית של העמדה לדין אך למעשה היא מובילה לתוצאה ההפוכה.

הנחית פרקליט המדינה המפרטת שיקולים כה רבים רק הרחיבה את היקף שיקול הדעת של התביעה. במקום אחר כבר טענתי שבניגוד לדעה הרווחת, יתר שיקולים לא מגביל את שיקול הדעת של מקבל ההחלטה אלא דווקא מרחיב אותו.¹⁶⁹ במילים אחרות, רשימה זו של כשלושים שיקולים, שלה חזות מהודקת, מעניקה אשליה של ודאות בהחלטה התביעה מפני שהיא "א-אישית, אובייקטיבית ורציונלית". אלא שבפועל מדיניות ההחלטה של התביעה עמומה לחלוטין ואין אפשרות להצדיקה באופן קוהרנטי ושיטתי. בנסיבות אלה, לא מן הנמנע שהעמימות תוביל להכרעות שגויות ושרירותיות. יתר על כן, יתר שיקול הדעת יכול לשמש לאפליה ולשימוש לרעה בכוח. כך, כל החלטה תסתתר מאחורי הכסות של "איזון כל השיקולים הרלוונטיים", שאין מאחוריה ולא כלום. אם כן ההכרעה "הרציונלית" להעמיד לדין או שלא להעמיד לדין יכולה לשמש מסווה וכזב, ולניצול לרעה של הכוח הנתון בידי התביעה הכללית.

לסיכום, הבעיה המרכזית בדין המצוי היא שהרחבת האחריות הפלילית של התאגיד לוותה בהעברת מרכז הכובד של אחריות התאגיד לשיקולי מדיניות משפטית. רוחב הדין כשלעצמו אינו בהכרח בעיה. למעשה, יש שיטענו שאין הדין רחב מספיק.¹⁷⁰ מכל מקום, ברור שבמרוצת השנים הדין יתרחב ויתגבש, קל וחומר בתחום שהופך מורכב עם השנים ומצריך השתכללות משפטית להסדרתו. הבעיה נובעת אפוא מהעברת שאלת הענישה של תאגידים משיקולי משפט לשיקולי מדיניות, או במילים אחרות, ההכרעה אם להעניש תאגיד אינה – אם התאגיד אשם; אלא – אם המדיניות המשפטית, אשר המשפט הפלילי נועד להגשימה, עולה בקנה אחד עם הטלת אחריות פלילית על התאגיד. העברת מרכז הכובד של אחריות התאגיד לשאלת המדיניות המשפטית מעבירה כוח יתר לתביעה, באופן שמעלה חשש לטעויות, לאפליה ולשימוש לרעה בכוח. לפיכך יש לתקן את הדין קיים, להבהירו ולהגבילו כראוי.

ד. אחריות פלילית של תאגיד מבוססת אשמה

בפרק זה אנסח את דוקטרינת תורת האורגנים כזו המבוססת על תיאוריה של זכויות. להלן אדון בתנאים הכללים לאחריות תאגיד לעבירה פלילית ולהטלת עונש שתכליתם להעמיד תאגיד על אחריותו הפלילית. הדיון יתמקד רק בדין

¹⁶⁹ Kidron-2016, לעיל ה"ש 117, בעמ' 724-733.

¹⁷⁰ ראו תזכיר 2014, לעיל ה"ש 12, לראיה שאיפת גורמים מסוימים למסד אחריות פיקוחית לתאגיד.

המהותי של האחריות הפלילית וימנע מכניסה לסדרי דין ולדרכי ענישה. סדר הדיון בפרק יחל מהבסיס העיוני של הדוקטרינה, יעבור לדיון על מודל האחריות הראוי ועל תחולת הדין הפלילי על תאגידים, ימשיך בדיון על אחריות פלילית, על סוגיה השונים ועל יסודותיה ויסתיים בסייגים מאחריות פלילית. מובן שאי אפשר להקיף ברשימה זו את כל הנושאים הרלוונטיים לדיון הפלילי המהותי ולפיכך הדיון יהיה על דרך התמצית ויתמקד בכמה נושאים נבחרים.

1. הבסיס העיוני לדוקטרינה – תיאוריה של זכויות

כדי לנסח דוקטרינה המשלבת את דיני העונשין עם דיני התאגידים, ראשית יש לבסס לה תורת משפט קוהרנטית. לא הכול טורחים במשימה זו. לעיתים שופטים ומלומדים הכותבים על האחריות הפלילית של התאגידים מתחילים בפסקת התנצלות שלפיה מדובר בסוגיה סבוכה ומורכבת שעוררה קושי,¹⁷¹ ובסוף ההתנצלות הם מניחים לעניין ומבקשים להציע נדבך נוסף בדוקטרינה. עמדתי היא שאי אפשר לעצב את הדוקטרינה ללא תורת משפט קוהרנטית עליה תתבסס.

בדיון לעיל סקרתי את התיאוריות המרכזיות בדיני התאגידים ובדיני העונשין ויישומן בדוקטרינה של תורת האורגנים. נמצא שישנן שלוש תיאוריות לאישיות המשפטית הנפרדת של התאגיד, שתיים מהן, תיאורית הזיכיון והתיאוריה החוזית, מבוססות על תורת משפט אינסטרומנטלית; והשלישית, תיאוריית הישות האמיתית מבוססת על תורת משפט של זכויות. כאשר לפי הפסיקה הישראלית, הטלת אחריות ישירה על תאגיד נובעת מן התיאוריה של ישות אמיתית ואילו הטלת אחריות שילוחית נובעת מהתיאוריות האינסטרומנטליות. בה-בעת, ישנן שתי תיאוריות מרכזיות לענישה, האחת אינסטרומנטלית והשנייה מבוססת זכויות. לפי הפסיקה הישראלית ענישת תאגיד מבוססת על תיאוריה

¹⁷¹ קרמניצר וגנאים "אחריות פלילית", לעיל ה"ש 1, בעמ' 34 ("האחריות הפלילית של תאגיד הנה אחת הסוגיות הקשות במשפט הפלילי"); קרניאל "אחריות פלילית של תאגידים", לעיל ה"ש 1, בעמ' 336 ("הטלת אחריות פלילית על תאגידים, שהם גוף משפטי מלאכותי החסר ישות פסיכולוגית, עוררה תמיד קושי רב אצל משפטנים וקרימינולוגים"); פרשת סימנס 1, לעיל ה"ש 20, בעמ' 15 ("שאלת אחריותם הפלילית של תאגידים היא שאלה סבוכה המערבת שיקולים מהותיים הן בדיני החברות, הן בדיון הפלילי"); Assaf Hamdani & Alon Klement, *Corporate Crime and Deterrence*, 61 STANFORD. L. REV. 271, 272–273 (2008): ("The doctrine of corporate criminal liability is notoriously controversial"); Brent Fisse, *Reconstructing Corporate Criminal Law: Deterrence, Retribution, Fault, and Sanctions*, 56 S. CAL. L. R. 1141, 1183 (1983) (referring to corporate criminal liability jurisprudence as "the blackest hole in the theory of corporate criminal law").

תועלתנית-אינסטרומנטלית. מהדיון עולה שאין דוקטרינת תורת האורגנים עשויה מקשה תיאורטית אחת: מצד אחד, היא מגלמת תורת משפט של זכויות לעניין זיהוי התאגיד כבר אחריות פלילית ישירה; ומצד שני היא מגלמת תורת משפט אינסטרומנטלית לעניין הענישה של התאגיד, הרואה בו ככלי שבאמצעותו אפשר להגשים מדיניות של הרתעה ומניעה. אך תורות המשפט הללו לא יכולות לדור בכפיפה בדוקטרינה קוהרנטית אחת.

המתח בין שתי תורות המשפט מביא לקושי בניסוח דוקטרינה בהירה לאחריות פלילית ישירה לתאגיד. באופן היסטורי מערכת המשפט לא ניסתה להתמודד עם מכלול התופעות הקשורות לסוגיה באופן קוהרנטי. אדרבא, בנקודות זמן שונות התפתחו הסדרים שונים בכל אחד מההקשרים שבהם התעוררה הבעיה. הסדרים אלה הושפעו ישירות מן תפיסה התאורטית השלטת באותה עת באשר למהותה של האישיות המשפטית הנפרדת של התאגיד.¹⁷² המצב המשפטי הקיים היום הוא ייצור כלאיים תיאורטי שנוצר כתוצאה של התפתחות היסטורית זו.

לא הכול מסכימים שיצורי כלאיים תאורטיים בהכרח מובילים לכישלון. ישנם חוקרים המצדדים בשילוב בין התיאוריות. כך, למשל, בתיאוריה לענישה של הארט (H.L.A. Hart). הלה שילב רכיבים גמוליים ותועלתניים והציע ששיקולים גמוליים יקבעו את הרף המקסימלי של הענישה, ואילו שיקולים תועלתניים (הרתעה) יקבעו את הרף המינימלי.¹⁷³ גישה נוספת גורסת שהרף המקסימלי לענישה יקבע על ידי שיקולי גמול, אך שיקולי יעילות יכולים למתן את הענישה.¹⁷⁴ גישה דומה ניכרת בתיאוריה של נורבל מוריס (Morris). לפי גישה זו, גבולות הענישה יבוססו על גמול מקורב, בעוד רף הענישה המדויק ייקבע על ידי שיקולי תועלתנות.¹⁷⁵ דוגמה מהעת האחרונה ליישום תיאוריה זו היא בתיקון 113 לחוק העונשין העוסק בהבניה של שיקול הדעת בגזירת הדין,¹⁷⁶ שבו קיבלה התיאוריה הגמולית את הבכורה בדמות עקרון ההלימה, הקובע את גבולות מתחם

172 חביב-סגל דיני חברות, לעיל ה"ש 76, בעמ' 105–106.

173 H.L.A. HART, PUNISHMENT AND RESPONSIBILITY: ESSAYS IN THE PHILOSOPHY OF LAW 25, 79–80 (1968); Russell L. Christopher, *Time and Punishment*, 66 OHIO ST. L.J. 269, 290–291 (2005).

174 Paul H. Robinson, *Hybrid principles for the distribution of criminal sanctions*, 82 NW. U.L. REV. 19 (1987); Christopher Slobogin & Lauren Brinkley-Rubinstein, *Putting Desert in its Place*, 65 STAN. L. REV. 77, 6 (2013).

175 NORVAL MORRIS, THE FUTURE OF IMPRISONMENT (1974); Richard S. Frase, *Sentencing Principles in Theory and Practice*, 22 CRIME & JUST. 363, 363–378 (1997).

176 חוק העונשין (תיקון מס' 113), התשע"ב–2012, ס"ח 102.

העונש ההולם. תיאוריות אחרות נותרו בצל הגישה הגמולית, ברם הן קובעות את העונש המתאים בתוך גבולות המתחם (ובנסיבות מסוימות מאפשרות אף חריגה ממנו).¹⁷⁷ לא ארחיב כאן בביקורת על יצורי הכלאיים התיאורטיים, שכן עשיתי זאת כבר במקום אחר.¹⁷⁸ עם זאת אציין שלדעתי כדי שתהיה קוהרנטיות תאורטית בין האחריות של התאגיד לבין ענישתו – יש להשתמש בתורת משפט אחת בלבד.

2. מודל האחריות הפלילית – אחריות ישירה

הדין המצוי מכיר הן באחריות ישירה לפי תורת האורגנים והן באחריות שילוחית. המסקנה היא שיש להשתמש בתורת משפט אחת כדי לנסח דוקטרינה קוהרנטית המובילה לשתי אפשרויות. האפשרות האחת היא לנסח את הדוקטרינה ברוח התיאוריות האינסטרומנטליות. תיאוריה אינסטרומנטלית יכולה להכיר באחריות שילוחית, שכן מבחינתה, התאגיד הוא רק כלי ולכן אי אפשר לראות בו אחראי באופן ישיר. לעומת זאת תיאוריית הישות האמיתית בהחלט מכירה באחריות ישירה. אחריות שילוחית פלילית של תאגיד לא נמצאת בהתאמה לתורת האורגנים. לפיכך, בנסיבות אלה, יש לוותר על אחריות ישירה של תאגיד ולהסתפק באחריות שילוחית.¹⁷⁹

אפשרות שנייה היא אימוץ תורת משפט פורמליסטית של זכויות אשר מאפשרת את קיומה של אחריות ישירה. אך אין אחריות זו יכולה להיות כסות למדיניות משפטית המשתמשת שימוש אינסטרומנטלי באחריות הישירה, ומבוססת על גישה תועלתנית למשפט. אלא זו חייבת להיות אחריות המבוססת על אשמת התאגיד שלפיה יש להעניש תאגיד אם הוא אשם.

מודל האחריות הישירה יכול להתבסס אך ורק על אחריותו הפלילית של אורגן, ולא על דרך המחדל של התאגיד או אחריות הקפידה של אדם הממלא תפקיד בתאגיד. האחריות הפלילית של התאגיד לא יכולה להיווצר על דרך המחדל, אף אם המחוקק הטיל את האחריות על התאגיד באופן ישיר, אלא אם אפשר להצביע על אורגן שחדל מלהתנהג בהתאם לחוק. לכאורה הכרה בתיאוריה של יישות אמיתית צריכה להוביל למסקנה שתאגיד, כישות אמיתית, יכול לעבור עבירות כפי שעובר בן אנוש. ברם, כזכור, לפי תורת האורגנים, אישיותו של התאגיד נחשבת לאישיות הזוהה לאישיותו של הפרט, למעט מאפיין אחד:

¹⁷⁷ ראו עמי קובו "פירוש לתיקון מס' 113 לחוק העונשין בעניין הבניית שיקול הדעת בענישה" הסניגור 183, 4, 6 (2012).

¹⁷⁸ Kidron-2016, לעיל ה"ש 117, בעמ' 722-724.

¹⁷⁹ זו למשל הגישה במשפט האמריקני, קרמניצר וגנאים "אחריות פלילית", לעיל ה"ש 1, בעמ' 37.

התאגיד, להבדיל מן הפרט הטבעי, לא פועל בכוחות עצמו אלא פועל באמצעות אורגניו. לפיכך, על התביעה להצביע על האורגן שבאחריותו היה לבצע את הוראת המחוקק (ואם התאגיד לא מינה אורגן כאמור, הרי שאפשר לפעול בהתאם לחלוקת סמכויות האורגנים בחוק החברות, ולזהות את האחראי על פיו). עיקרון זה עולה בקנה אחד עם פסיקת בית המשפט העליון, שלפיה ראוי להיזהר מהשימוש באחריות הפלילית של התאגיד "[...] כתחליף למיצוי ההליך הפלילי כנגד אנשים בשר ודם שכיוונו את התאגיד בדרך שבה הלך".¹⁸⁰ נוסף על כך, האחריות הפלילית של התאגיד לא יכולה להישען על עבירות של אחריות קפידה. אחריות קפידה, הנשענת על מעשיו של "אדם במהלך מילוי תפקידו בתאגיד", היא כמובן אחריות שילוחית שאינה תלויה באשמה, ולפיכך לא מצדיקה אחריות פלילית ישירה לתאגיד.¹⁸¹

כאן המקום גם להתייחס להצעה להטיל אחריות פלילית על תאגיד. הצעה זו מבוססת על היעדר פיקוח, כמוצע בתזכיר חוק העונשין (תיקון) – אחריות פלילית של תאגידים), התשע"ה–2014.¹⁸² לפי ההצעה, יש לקבוע עבירה חדשה הקובעת כי תאגיד חייב לפקח ולנקוט אמצעים סבירים למניעת ביצוע עבירות המצויות בתחום פעילותו וניהול עסקיו. נוסף על כך, הוצע לקבוע חזקה שלפיה אם בוצעה עבירה על ידי גורם הקשור לתאגיד, או חזקה כי התאגיד הפר את חובת הפיקוח אלא אם הוכיח כי "נקט בכל האמצעים הסבירים כדי למלא את

¹⁸⁰ ראו בג"ץ 4395/12 כהן נ' פרקליטות מחוז מרכז (נבו 15.11.2012); ולפירוט של שיקולי תועלת באי-מתן "פטור" לנושא המשרה, ראו דנ"פ 8062/12 מדינת ישראל המשרד להגנת הסביבה נ' חברת נמלי ישראל פיתוח ונכסים בע"מ (נבו, 2.4.2015). (להלן: פרשת נמלי ישראל), שם, לדברי השופט גרוניס, הטעם לאי-מתן "פטור" לנושאי המשרה הוא שהטלת אחריות על נושאי המשרה בתאגיד במקרים המתאימים תתרום למימוש תכליות ההרתעה והכוונת ההתנהגות של המשפט הפלילי. לדבריו, הטלת אחריות גם על נושאי המשרה תבהיר למקבלי ההחלטות בתאגידים כי הם עלולים לשלם מחיר אישי על עבירות שביצעו בחסות המסך התאגידי. יש בכך כדי לתרום להרתעה ולמניעת עבירות חוזרות. טעם נוסף להימנע ממתן "פטור" מאחריות לנושאי המשרה בתאגיד הוא בעיית הנציג הכרוכה בגיבוש הסדרי טיעון בעבירות תאגידים. יש לזכור כי הנושאים והנתנים מול הפרקליטות במגעים לגיבוש הסדר, בין במישרין ובין בעקיפין, הם נושאי המשרה עצמם, שמעוניינים, כמובן, למנוע כי יורשעו בפלילים. כלומר, קיים ניגוד עניינים בין התאגיד לבין נושאי המשרה. טובת התאגיד לא תעמוד בהכרח לנגד עיניהם של נושאי המשרה, משום שקיים תמריץ אישי משמעותי לגלגל עליו את מלוא האחריות).

¹⁸¹ לגישתי, עבירות של רשלנות ושל אחריות קפידה כלל לא צריכות להיות חלק מהמשפט הפלילי, אך הדיון בשני סוגי האחריות הללו, הרלוונטיים גם לבני אדם, אינו במוקד המאמר. ראו התייחסות לנושא בקידרון "קלון כאכיפה מנהלית", לעיל ה"ש 127, בעמ' 436–440, בפרט בעמ' 438 ובמראי המקום המוזכרים שם, בה"ש 88 ו-89. תזכיר 2014, לעיל ה"ש 12, ס' 23א.

חובתו". לשיטת המציעים, קביעת חובת פיקוח תטיל על התאגיד חובה לפקח ולמנוע עבירות טרם התרחשותן גם במצבים שבהם אי אפשר ולא ראוי לראות במי שביצע את העבירה אורגן. כמו כן היא תרחיב את האחריות הפלילית של התאגיד למצבים שבהם בוצעה עבירה, אולם אי אפשר להצביע על אורגן שביצע את העבירה. במילים אחרות, מדובר במודל של אחריות קפידה, שמורחב גם לפעולות של גורמים הקשורים לתאגיד, ואינו מוגבל רק למעשיו של "אדם במהלך מילוי תפקידו בתאגיד". אלא שאחריות קפידה, בין אם של אדם ובין אם של תאגיד, אינה מבוססת על אשמה.¹⁸³ לכן, מודל ישיר המבוסס אשמה לא יכול לקבל סוג אחריות זה. נוסף על כך, ההצעה מציינת שוב את הביקורות שהוזכרו לעיל בסעיף ג(3), הן בשל הרחבה נוספת של האחריות הפלילית של התאגיד ("גורמים קשורים") והן בשל הוספת נדבך נוסף של חוסר בהירות לדין (מה יהיו "אמצעים סבירים" המסייגים את האחריות). אציין על דרך של הערה כללית, שלטעמי, ראוי בנסיבות המפורטות בתזכיר החוק להשתמש בכלים אלטרנטיביים, הן מהמשפט המינהלי, כדי למנוע ביצוע עבירות, והן מהמשפט האזרחי, כדי לפצות בגין נזק.¹⁸⁴ כוחן של שתי דיסציפלינות אכיפה אלה הוא שהן לא דורשות הוכחת יסוד של אשמה סובייקטיבי לשם הפעלתן.

לסיכום, מודל אחריות פלילית ישיר של תאגיד, המבוסס על אשמתו, יכול להישען על מעשיו ועל מחשבתו הפלילית של אורגן; אך לא על דרך המחדל (אלא אם אפשר להצביע על אורגן שאחראי למחדל) ולא על עבירות של אחריות קפידה.

3. זהות בתחולת הדין הפלילי על בן אנוש ותאגיד

עיון מדוקדק בדין המצוי מעלה שיש פער בין הדין הפלילי החל על בני אנוש לבין הדין הפלילי שחל על תאגידים. סוגיה שכבר דובר בה ברשימה זו היא הפער בתחולת העבירות "האנושיות" כדוגמה אונס וביגמיה על תאגידים. סוגיות

¹⁸³ ראו קידרון "קלון כאכיפה מנהלית", לעיל ה"ש 127, בעמ' 438, ובמראי המקום המוזכרים שם בה"ש 89.

¹⁸⁴ כפוף להבנה של השימוש הראוי בכל אחד מהכלים, ובפרט בכלי האכיפה המינהלי. לדאבוני, בדין המצוי אפשר למצוא עמדות שלפיהן הטלת סנקציה מינהלית היא כלי ענישה חלופי לאכיפה הפלילית. למעשה קיימת מגמה ההולכת וגוברת בדין הישראלי להעברת הטיפול בהפרות מסוימות של הוראות חוק מן ההליך הפלילי אל אכיפה מינהלית באמצעות מנגנוני אכיפה חלופיים, כמו מנגנוני חוק העבירות המינהליות, התשמ"ו-1985, ומנגנון העיצום הכספי (המצוי כיום בחוקים רבים). ברם, לדעתי, העמדה בדין המצוי הרואה באכיפה המינהלית כלי ענישה חלופי לכלי הפלילי היא שגויה; וראו בהרחבה בעניין זה קידרון "קלון כאכיפה מנהלית", שם, בעמ' 444-445.

נוספות הן תחולת הסייגים לאחריות פלילית על תאגידים,¹⁸⁵ ותחולת דרכי ענישה על תאגידים.¹⁸⁶ בסוגיות אלה נפער פער בין הדין הפלילי החל על בן אנוש לבין הדין החל על תאגיד.

לפי תורת האורגנים ראוי שתהיה זהות בתחולת הדין הפלילי על תאגידים ועל בני אנוש. הגישה האינסטרומנטלית מוצאת הבדל עקרוני בתחולת הדין הפלילי, לשיטתה תאגיד הוא ישות פיקטיבית נעדרת רצון משלה, וישנן עבירות אשר מגינות על אינטרסים אשר התאגיד נעדר אותם כגון בעבירה של ביגמיה. לפי תפיסה זו אפשר היה להעלות את הטענה שאין התאגיד, בתור אישיות נעדרת אוטונומיה של רצון והשקפת עולם משלו, כשיר כלל לבצע עבירה, ממש כשם שאינו מסוגל לאקט של ביגמיה.¹⁸⁷ לעומת זאת, תיאוריית הישות האמיתית, מתמקדת בזכויות ולא באינטרסים, ולכן כעניין של עיקרון דורשת זהות בתחולת הדין הפלילי על בן אנוש ועל תאגיד: כל עבירה שבן אנוש יכול לעבור – גם תאגיד יכול.¹⁸⁸

לצד הזהות העקרונית ייתכנו הבדלים בתחולת הדין הפלילי על נמענים שונים. אין הדין הפלילי חל באופן זהה על כל נמעניו שכן מערך הזכויות והחובות של כל הנמענים לא זהה. כך, למשל, ישנן עבירות שחלות רק על בעלי תפקידים מסוימים, כגון עובדי ציבור¹⁸⁹ או הורים.¹⁹⁰ עובדי ציבור והורים הם נושאי זכויות ייחודיים – יש להם מערך זכויות וחובות רחב ששונה מזה החל על בני אנוש אחרים. לכן, ישנן עבירות אשר רלוונטיות רק אליהם. לפי הניתוח הדוקטרינרי של דיני העונשין, מי שחסר בו הפרט הנסיבתי הרלוונטי של העבירה – עובד ציבור או הורה – לא יכול לעבור אותן. כלומר, היעדר תחולת עבירות מסוימות על כלל בני האנוש לא סותרת, כשלעצמה, את דיני העונשין. לפי גישת הישות האמיתית, גם התאגיד הוא נושא זכויות ייחודי. גם לו מערך זכויות וחובות שונה מבני אנוש אחרים. לכן, לא מן הנמנע שמערך זכויות וחובות זה יסייג אותן מעבירות מסוימות ופליל ל אותו באחרות. לפיכך, תחולה חלקית של חוק העונשין על תאגיד, ככל שהתחולה החלקית היא עניינית, עולה בקנה אחד עם גישה של ענישת ישות אמיתית.

185 ראו, למשל, דיון בפרשת סימנס 1, לעיל ה"ש 20, בעמ' 59–72.

186 פרשת נמלי ישראל, לעיל ה"ש 180.

187 פרוקציה, לעיל ה"ש 140, בעמ' 77.

188 בג"ץ בית השיטה, לעיל ה"ש 2, בעמ' 139; עניין מליסרון, לעיל ה"ש 13, בפס' קי"ט; פרשת תורג'מן, לעיל ה"ש 72, בעמ' 809.

189 לדוגמה, סעיפים 117, 117א, 267(ב), 277–281, 284, 285, 290, 390 ו-421 לחוק העונשין.

190 לדוגמה, סעיפים 323, 337, 351, 362–365 ו-368 לחוק העונשין; ולעיתים היות אדם "הורה" מחריג אותו מעבירות מסוימות לדוגמה, ס' 95, 193א ו-260 לחוק העונשין.

כאשר תאגיד חסר פרט נסיבתי רלוונטי, אפשר להחיל את הדין על התאגיד בהתאם לדיני השותפות בעבירות. אפשר להחיל את חוק העונשין על מי שמשותף בביצוע עבירה גם אם חסר לו פרט מפרטי העבירה. כך, למשל, סעיף 334 לחוק העונשין, שכותרתו "נתונים ענייניים ואישיים",¹⁹¹ מסדיר מצבים שבהם לחלק מקבוצה עבריינית אין את הפרט הנסיבתי הרלוונטי לעבירה. כך, גם מי שאינו עובד ציבור או אינו הורה, יכול להימצא מבצע בצוותא עבירה הדורשת את הפרט הנסיבתי הרלוונטי.¹⁹² מבצעים בצוותא משאילים אלה לאלה נתונים הקשורים לפרט הנסיבתי ואלה הופכים את האירוע לעברייני. לכן, לפי דיני השותפות, תאגיד יכול לבצע עבירות "אנושיות".¹⁹³ כפי שציינתי קודם לכן, לפי הגישה המצמצמת ישנן עבירות שהמחוקק התכוון שלא להחיל על תאגידיים. פעמים רבות בתי המשפט מזכירים את הדוגמה של ביגמיה (ריבוי נישואין) ואונס לעבירות בעלות אופי "אנושי" שהמחוקק התכוון שלא להחיל על תאגידיים.¹⁹⁴ ובכן, קשה לדמיין תאגיד שנישא לבן זוג אחד; קל וחומר לשניים. אך, בעבר, מלומדים כבר הביעו את דעתם שתאגיד יכול לקיים את עבירת הביגמיה כאשר הוא פועל בשידוך נישואין ומנפיק תעודות רווקות כוזבות.¹⁹⁵ יתר על כן, בהחלט אפשר לדמיין מצב (מזעזע) שבו תאגיד מנחה את עובדיו

191 לשון ס' 334 לחוק העונשין: "נתון שהוא תנאי להתהוות עבירה, תהיה לו נפקות לגבי כל צד לאותה עבירה, אף אם אינו מתקיים בו; ואולם נתון אישי שנפקותו מכוח חיקוק להחמיר בעונש, להקל בו, לשנותו בדרך אחרת, או למנעו, תהיה הנפקות לגבי אותו צד בלבד שבו הוא מתקיים".

192 אדגים את תחולת ס' 334 לחוק העונשין; ס' 290(א) לחוק העונשין קובע עבירה של עובד ציבור העובר עבירה. את הנתון הענייני של "עובד ציבור" ניתן להחיל מכוח ס' 334 לחוק העונשין גם על מי שאינו עובד ציבור ולהרשיעו כמבצע בצוותא של עבירה זו. דוגמה נוספת, ס' 303(א) לחוק העונשין עניינו בהגנת המתת תינוק. אישה, אם לתינוק בן פחות משנה, עשויה לזכות בנסיבות מסוימות להגנה מפני אחריות פלילית של רצח או הריגת תינוקה ולקבל עונש מופחת. מדובר בנתון אישי של עושה העבירה ולכן, אם יצטרף אבי התינוק להמתת התינוק, הוא לא יזכה בהגנה או בהקלה העונשית מכוח ס' 334 לחוק העונשין – ראו גבריאל הלוי תורת דיני העונשין כרך ב 854–860 (2009).

193 ראו גם ע"פ 2910/94 יפת נ' מדינת ישראל פ"ד נ(2) 353 (1996), שבו נקבע שרואה חשבון יכול להיות מסייע לתאגיד אם, כמובן, יענה על היסודות הדרושים לצורך הרשעה על פי דיני השותפות; וכן בעניין מודיעים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 383–384 שבו נקבע שתאגיד יכול להימצא אחראי בפלילים כמסייע לביצוע עבירת הביגמיה.

194 עניין מודיעים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 386; עניין מליסרון, לעיל ה"ש 13, פס' קי"ט; קרמניצר וגנאים "אחריות פלילית", לעיל ה"ש 1, בעמ' 93–95; לדרמן "אחריות פלילית של אורגנים ושל נושאי-משרה", לעיל ה"ש 70, בעמ' 103.

195 פלר יסודות דיני עונשין, לעיל ה"ש 2, בעמ' 702–703; קרמניצר וגנאים "אחריות פלילית", שם, בעמ' 93–95.

לבצע אונס. בנסיבות אלה, ראוי שהתאגיד ימצא אחראי על דרך של ביצוע בצוותא.

לסיכום, לפי תורת האורגנים ראוי שתהיה זהות בתחולת הדין הפלילי על תאגידים ועל בני אנוש. לצד הזהות העקרונית ייתכנו הבדלים בתחולת הדין הפלילי על נמענים שונים. הדין הפלילי לא חל באופן זהה על כל נמעניו שכן מערך הזכויות והחובות של כל הנמענים לא זהה. כאשר תאגיד חסר פרט נסיבתי רלוונטי, אפשר להחיל את הדין על התאגיד באמצעות דיני השותפות לדבר עבירה.

4. יסודות העבירה של התאגיד – יסוד עובדתי יסוד נפשי ומטרה מיוחדת
הוכחת אחריות ישירה של תאגיד דורשת התקיימות היסוד העובדתי והיסוד הנפשי, לרבות מטרה מיוחדת. כדי לאשש את התקיימות יסודות העבירה יש לזהות אם עובר העבירה הוא אחד האנשים הטבעיים, האורגנים, שיש לראותם כתאגיד עצמו לצורך מעשים הנעשים במהלך עסקיה; כן יש לזהות אם מדובר בפעולה שיש בה משום הפעלת הכוח של התאגיד ולמען התאגיד. להלן אדון ביסודות העבירה של התאגיד.

4.1 יסוד עובדתי

המבחן להתקיימות היסוד העובדתי של התאגיד הוא המבחן הפונקציונלי. תכליתו של המבחן הפונקציונלי היא לזהות אם מדובר בפעולה שנעשתה לשם השגת מטרות התאגיד, כלומר פעולת הפעלת כוחו. בלשון דיני העונשין זה הפרט ההתנהגותי של היסוד העובדתי.

אין חריגת האורגן מתפקידו רלוונטית לאשמת התאגיד. תיאוריית הישות האמיתית, בדומה לתיאוריה החזונית, לא מייחסת חשיבות לחריגת האורגן מסמכותו. כזכור, קבלת התיאוריה של ישות אמיתית הביאה לביטול דוקטרינת *ultra vires* כמעט לחלוטין. לפיכך, מרגע הקמת התאגיד, אורגניו נחשבים לזרועה הארוכה של הישות המשפטית. מעשיהם של האורגנים נחשבים כמעשי של התאגיד, ללא קשר או תלות בהסכמתם של בעלי המניות. אי-לכך, גם כאשר חורגים מעשי האורגנים מהסכמתם של בעלי המניות, הרי שעדיין ימצא התאגיד אחראי למעשי אותם אורגנים. לכן, כאמור, תורת האורגנים לא מייחסת חשיבות לחריגת האורגן מסמכותו.¹⁹⁶

אין לדרוש הוכחה שהתאגיד הוטב בפועל ממעשי האורגנים. כאמור, קיימת עמדה שלפיה יש לפרש את מבחן העזר השלישי – פעולת האורגן הייתה לטובת

¹⁹⁶ Hager, לעיל ה"ש 135, בעמ' 585-611; חביב-סגל דיני חברות, לעיל ה"ש 76, בעמ' 113-137.

התאגיד – כתוצאתי, ושעל המאשימה להראות שמעשי האורגנים היטיבו עם החברה והביאו לה תועלת.¹⁹⁷ תיאוריה אינסטרומנטלית לדיני העונשין שמה דגש על הנזק שנגרם בשל עבירה. לכן, לפי גישה כזו, יש חשיבות לפרט התוצאתי של העבירה. אך לפי תורת האורגנים, לפחות לגבי עצם האחריות הפלילית, אין חשיבות בהכרח לתוצאת העבירה. העיקר הוא רצונו המפורש של העבריין לפגוע בזכות הציבור. לכן לפי תורת האורגנים, אין הכרח להוכיח שהתאגיד אכן הוטב בשל העבירה כדי להעמיד את התאגיד על אחריותו הפלילית (אלא אם המחוקק דרש זאת במפורש בנוסח העבירה הספציפית). לשון אחר, אין הכרח בתוצאה של הטבת התאגיד כדי לבסס את היסוד העובדתי של העבירה.

4.2 יסוד נפשי

לפי תורת האורגנים, ראוי לנקוט מבחן מצטבר – היררכי ופונקציונלי. כאמור, זירה מרכזית של המאבק הפרשני בין הגישה המצמצמת ובין המרחיבה היא באשר לזהותו של האדם המכונה "אורגן". כפי שכבר ציינתי, הגישה המצמצמת לעניין זהות האורגן גורסת שדרוש מבחן מצטבר לזיהוי אורגן של התאגיד: מבחן היררכי ומבחן פונקציונלי. תכליתו של המבחן ההיררכי היא לזהות אם מדובר באדם המכוון את עסקי התאגיד וקובע את מדיניותו. תכליתו של המבחן הפונקציונלי היא לזהות אם מדובר בפעולה שנעשתה לשם השגת מטרותיו על פי התזכיר והתקנות. כלומר, פעולת הפעלת כוח של התאגיד. הגישה המרחיבה לעניין זהות האורגן גורסת שדרוש מבחן חלופי לזיהוי אורגן של התאגיד: מבחן היררכי או מבחן פונקציונלי: "אורגן" הוא אדם המכוון את עסקי התאגיד וקובע את מדיניותו (המבחן ההיררכי) או אדם המפעיל כוחה של החברה (המבחן הפונקציונלי). לכאורה נדמה שהבחנה בין שתי הפרשנויות מתמצה בשאלה אם מדובר במבחנים מצטברים או חלופיים, אך זו הבחנה חלקית בלבד. למעשה, התורות המשפטיות השונות רואות באופן שונה את תכליתו של המבחן ההיררכי ואת מהותו.

מבחינת התיאוריה האינסטרומנטלית המבחן ההיררכי הוא מבחן אובייקטיבי. הטעם הוא שלשית גישה עיונית זו – לתאגיד כלל לא יכול להיות יסוד נפשי מפני שהוא חסר תודעה. לכן, מבחינתה, השאלה הנשאלת היא אך ורק אם אותו אדם הוא בכיר בתאגיד. שאלה זו מצטרפת למבחן האובייקטיבי השני – המבחן הפונקציונלי, המברר אם מדובר בהפעלת כוחו של התאגיד. לכן פשיטא שמבחינת גישה זו מדובר במבחנים חלופיים, שכן שניהם מבחנים אובייקטיביים. אלא שהרצייה הפלילית איננה הפעולה הקוגניטיבית היחידה שהדין מייחס לתאגידים, ומן הבחינה המושגית הטהורה אין כל הבדל בינה ובין פעולות

¹⁹⁷ עניין זאבי, לעיל ה"ש 83, בעמ' 20–19.

אחרות. גם גמירת הדעת להתקשר בחוזה או ה"ידיעה" הרלבנטית לקביעת היקפן של נורמות משפטיות שונות הן פעולות קוגניטיביות של התאגיד.¹⁹⁸ לכן ברור שאין עמדה זו קוהרנטית עם עולם המושגים של אחריות תאגיד במשפט.

לפי תורת האורגנים המבחן ההיררכי הוא מבחן סובייקטיבי. השאלה הנשאלת היא שאלה במישור של היסוד הנפשי של התאגיד: האם אפשר לזהות את המודעות של אדם עם המודעות של התאגיד? כדי לנסות להשיב על שאלת המבחן ההיררכי יש לבחון אם מדובר באדם שנמצא בעמדה כה בכירה בתאגיד, שחזקה עליו שהוא מכוון את ניהול עסקיו וקובע את מדיניותו – כלומר הוא המוח של התאגיד ומודעותו היא מודעות התאגיד.¹⁹⁹ שאלה זו מצטרפת לשאלה האובייקטיבית שבוחן המבחן הפונקציונלי לגבי הפעלת כוחו של התאגיד. לכן מדובר במבחנים מצטברים – האחד סובייקטיבי והשני אובייקטיבי. תורת האורגנים לא יכולה לקבל את עמדתו של השופט ברק בעניין מודיעים שלפיה אחריות התאגיד אינה מותנית באחריות האורגן, שכן ללא אחריות אורגן לתאגיד – אין יסוד נפשי.²⁰⁰ אם כן, לפי תורת האורגנים המבחן הראוי הוא המבחן המצטבר מפני שהוא משקף את עקרונות דיני העונשין הדורשים יסוד נפשי לצד יסוד עובדתי הן מבן אנוש והן מתאגיד.

לא ראוי לזהות דמויות זוטרות בתאגיד כאורגנים. גישה אינסטרומנטלית מטילה ספק בהצדקה להתניית אחריות התאגיד בבכירות הגורמים המעורבים בביצוע העבירה.²⁰¹ ברם, לפי המבחן ההיררכי של תורת האורגנים יש לזהות את מחשבתו ואת מודעותו של התאגיד רק עם הדמויות הבכירות בתאגיד שמכוונות את מדיניותו. אם העובד הוא במעמד של קביעת מדיניות של התאגיד – חזקה שיש לתאגיד מודעות שכן מדובר במי שקובע את המדיניות בתאגיד. ברם, אם מדובר בעובד זוטר, אזי אין מודעות של התאגיד, שכן לא מדובר במי שמכוון את מדיניות התאגיד.

198 פרוקצ'יה, לעיל ה"ש 140, בעמ' 77.

199 גישה זו באה לידי ביטוי בדברי ההסבר להצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ד-1992, ה"ח 115, לגבי ס' 23: "לפי סעיף קטן (א)(2) ישא תאגיד באחריות פלילית של עבירה רגילה – כלומר, המצריכה מחשבה פלילית או רשלנות – כאשר האדם שעשה את המעשה הוא, לפי סדרי המינהל של התאגיד, בעל תפקיד כה חשוב בניהול התאגיד עד שעקב כך ניתן לראות את מעשהו כמעשה התאגיד ואת מחשבתו הפלילית או את רשלנותו כמחשבה הפלילית או כרשלנות של התאגיד עצמו".

200 אגמון-גונן "התאגיד במשפט הפלילי – חישוב מסלול מחדש", לעיל ה"ש 12, בעמ' 73-74.

201 חמדני "עסקאות בעלי עניין ואחריות התאגיד לתרמית בניירות ערך", לעיל ה"ש 143, בעמ' 771.

נבצרות נושא משרה מסייגת את אחריות התאגיד למעשיו. אתחיל במילות הקדמה לגבי המושג "נבצרות". עסקינן במצב שבו האורגן שלו הסמכות לפעול – לא מסוגל להפעילה או אינו רוצה בכך – ולפיכך הסמכות ניטלת ממנו. נהוג לדבר על שני סוגי "נבצרות": "נבצרות פיזית" ו"נבצרות נורמטיבית". המושג "נבצרות פיזית" מתייחס למצבים שבהם האורגן לא מסוגל או לא רוצה להפעיל את סמכותו מטעמים פיזיים (כגון מוות, אובדן כושר פיזי או נפשי או מחלה ממושכת). לעומת זאת, המושג "נבצרות נורמטיבית" מתייחס למצבים שבהם האורגן לא מסוגל או לא רוצה להפעיל את סמכותו מטעמים נורמטיביים (כגון ניגוד עניינים, לרבות אינטרס נוסף או עניין אישי, סותר, אשר עלולים להשפיע על החלטותיו ולהוות שיקול זר). במקרים של נבצרות, בין פיזית ובין נורמטיבית, יש להחליט מיהו האורגן האחר שבידו תהיה הסמכות להפעיל אותה פונקציה, כאשר לאסיפה הכללית יש את "הסמכות השיורית שבשירות"²⁰².

בנסיבות של עסקאות בעלי עניין, לא ראוי להטיל אחריות פלילית על תאגיד בגין מעשיו של האורגן הנבצר. כידוע, כלל יסודי של דיני התאגידים הוא שאין הדין מתיר לבעל עניין להיות אורגן של התאגיד בעסקה מולו. מבחינה משפטית, לא ייתכן שכחלק מעסקת בעל עניין – בעל העניין יהיה בעת ובעונה אחת גם התאגיד וגם הצד השני. דיני התאגידים רואים באורגן בעל שליטה המתקשר עם התאגיד בעסקה, כצד זר: בכל הקשור בעסקה, הוא מפסיק להיות אורגן של התאגיד והופך לצד זר לו, בעל אינטרסים שונים ואף מנוגדים. אם חפץ אורגן או בעל שליטה לבצע עסקה עם התאגיד, הרי שהוא מפסיק להיות אורגן של התאגיד בכל דבר ועניין הקשור באותה עסקה, ונשללות ממנו סמכויותיו כאורגן.²⁰³

לפיכך, שלילת סמכות האורגן בשל נבצרות מסייגת את האחריות הפלילית של התאגיד למעשיו. אומנם על פי המבחן ההיררכי חזקה שהאסיפה הכללית, הדירקטוריון והמנכ"ל הם אורגן של התאגיד, שכן הם מכוונים את ניהול התאגיד וקובעים את מדיניותו. אך זו חזקה משפטית יחסית, ובנסיבות של נבצרות של נושא משרה, בין אם נבצרות פיזית או נבצרות נורמטיבית, אי אפשר לראות בנושא המשרה כאורגן של התאגיד, על אף בכירותו, שכן מי שנמצא בנבצרות אינו מכוון את עסקי התאגיד או קובע את מדיניותו – אין הוא המוח של התאגיד

²⁰² ראו הצעת חוק החברות, התשנ"ו-1995, ה"ח 2432, 30-31; הדרה בר מור דיני תאגידים כרך ג (יעל אונגר עורכת 2009); גרוס חוק החברות, לעיל ה"ש 99, בעמ' 229-231.

²⁰³ ראו, למשל, סעיפים 270(4) ו-275 לחוק החברות, לעניין עסקה עם בעל שליטה. סעיפים 270(1) ו-272(א) לחוק החברות, לעניין עסקה עם נושא משרה. וכן, ס' 278 לחוק החברות, לעניין הימנעות בעלי עניין אישי.

ומודעותו אינה מודעות התאגיד. לכן בנסיבות של נבצרות האורגן – אין יסוד נפשי לתאגיד.

מעניין שגם הגישה האינסטרומנטלית מגיעה למסקנה דומה. חמדני טוען שבנסיבות של עסקאות בעלי עניין, לא יעיל להטיל אחריות פלילית על תאגיד מקום שהפרת חובות גילוי נעשו על ידי בעל שליטה. בנסיבות אלה, אין ספק שבעל השליטה הפיק תועלת מהפרת חובות הגילוי באופן הפוגע בתאגיד, בבעלי מניות המיעוט ובבעלי מניות פוטנציאליים.²⁰⁴ כידוע, חוק החברות מתמודד עם החשש מפגיעה בתאגיד על ידי הכפפת עסקאות להליכי אישור מיוחדים, אשר נועדו להגביר את הסיכוי שהעסקה שתאושר רק אם היא לטובת התאגיד. הליכי האישור המיוחדים של עסקאות בעלי עניין מוציאים את בעלי העניין לנבצרות נורמטיבית בשל ניגוד העניינים שבהם הם מצויים. מכאן, שגם הגישה האינסטרומנטלית מכירה בכך שבנסיבות בהן נושא משרה נמצא בנבצרות – אין לראות בו "אורגן" התאגיד לשם הטלת אחריות פלילית על התאגיד מכוח תורת האורגנים.

נבצרות אורגן יכולה גם לסייג את היסוד העובדתי של התאגיד. אם האורגן עצמו התנהג התנהגות שיש בה משום עבירה, והפעולה בוצעה בהיותו נבצר, הרי שפעולתו אינה פעולת התאגיד. עולה השאלה: מה הדין כאשר חרף נבצרות האורגן – הלכה למעשה הוא התערב והשפיע על האורגן שהחליף אותו או על אדם אחר בתאגיד – ושהללו ביצעו את הפעולה? נחלק את הדיון לשניים: באשר לאורגן אחר או חליפי ובאשר לאדם בתאגיד שאינו אורגן. כאשר אורגן אחר או אורגן המחליף את האורגן המקורי פועל כ"זרוע הארוכה" של האורגן המקורי, ומודע למעשיו, הרי שהתאגיד חב בפלילים, שכן למעשה יש כאן ביצוע בצוותא של האורגן המחליף והאורגן המקורי. המעשה והמודעות של האורגן החליפי מוחזקים כמעשה וכמודעות של התאגיד ומפלילים אותו. לעומת זאת, כאשר האורגן המחליף פועל באופן עצמאי, ללא מודעות למעשיו של האורגן המקורי, הרי שהתאגיד לא חב בפלילים. בנסיבות אלה, לא מתקיימים שני היסודות, העובדתי והנפשי גם יחד. כאשר אדם בתאגיד שאינו אורגן פועל כ"זרוע הארוכה" של האורגן המקורי, בין אם הוא מודע למעשיו ובין אם לאו, הרי שיש יסוד עובדתי לתאגיד, שכן המבחן הפונקציונלי מתממש. אך עם זאת, לפי המבחן ההיררכי, בשל נבצרות האורגן, היסוד נפשי שלו לא יוחזק כיסוד הנפשי של התאגיד. לסיכום סוגיה זו, אם האורגן המקורי פועל בעצמו, אין יסוד עובדתי ואין יסוד נפשי לתאגיד; אם הוא פועל באמצעות אורגן חליפי מודע, יש יסוד עובדתי ויש יסוד נפשי לתאגיד; אם הוא פועל באמצעות אורגן חליפי לא מודע,

²⁰⁴ חמדני "עסקאות בעלי עניין ואחריות התאגיד לתרמית בניירות ערך", לעיל ה"ש 143, בעמ' 781-784.

אין יסוד עובדתי ואין יסוד נפשי לתאגיד; ואם הוא פועל באמצעות אדם בתאגיד, בין אם מודע ובין אם לאו, יש יסוד עובדתי ואין יסוד נפשי. לפי תורת האורגנים פעולת התאגיד למניעת העבירה יכולה לשלול את קיומו של היסוד הנפשי. אומנם על פי התיאוריה האינסטרומנטלית, אין חשיבות לפעולות התאגיד למניעת העבירה ביחס לאחריות הפלילית של התאגיד, שכן לפי גישה זו אין משמעות לרצייה של התאגיד וליסוד הנפשי שלו. מבחינת הגישה האינסטרומנטלית די אפוא שיש גורם אחד בתאגיד שפעל בניגוד לחוק כדי להפליל את התאגיד, אפילו עשה התאגיד מאמצים גדולים למנוע את העבירה, שתרבות הציות לחוק בתאגיד היא מצוינת ושביצוע העבירה היה בלתי נמנע מבחינתו. זאת היות שהאבסורד בכך ניכר גם לגישה האינסטרומנטלית, היא מוכנה להכיר במידת הכשל בתרבות הציות לחוק בתאגיד כעילה לסגירת התיק מחוסר עניין לציבור.²⁰⁵ כלומר, פעולת התאגיד למניעת העבירה היא שיקול אחד מני שיקולים רבים של מדיניות משפטית שהתיאוריה האינסטרומנטלית מוכנה לשיקול. אך לפי תורת האורגנים פעולות תאגיד למניעת העבירה בהחלט יכולה לשלול קיומו של היסוד הנפשי. כאמור, המבחן ההיררכי מבקש להתחקות אחרי אורגן שיש בינו ובין התאגיד זהות היסוד הנפשי. המבחן מחפש אורגן בתאגיד מפני שחזקה על אורגן שהוא מוביל את מדיניות התאגיד. אך זו חזקה יחסית בלבד. ייתכן שהאורגן הוא "תפוח רקוב" הפועל בניגוד למדיניות של התאגיד. כך, אם ישנן ראיות שמעשיו של האורגן לא עולים בקנה אחד עם המדיניות של התאגיד אזי אין לתאגיד יסוד נפשי. מובן שתיתכן קשת של מצבים ובבוא שופט לבחון סוגיה זו הוא בוודאי יבחן ראיות באשר למספר העובדים ונושאי המשרה המעורבים בביצוע העבירה; אם העבירות שבוצעו היו חלק מפרקטיקה עסקית נוהגת בתאגיד; להיות המעשים כשל מקומי או רוחבי; ועל קיומה וטיבה של קיומה של תוכנית אכיפה המיושמת באופן אפקטיבי בתאגיד. מובן כי ההתחבטות בשאלות יקשו על בית המשפט בהכרעת דינו. ברם, במבט רחב יותר, שאלת קיומו של יסוד נפשי היא שאלה קשה גם בהקשר לבני אנוש. לכן במשפט הפלילי נהוג רף הוכחה גבוה של "למעלה מספק סביר". רף ההוכחה הגבוה הנהוג במשפט הפלילי נובע מהצורך לחשוף את האמת הסובייקטיבית של הרצונות בהכחשת זכות הציבור.²⁰⁶ כך ראוי אצל בני אנוש וכך ראוי גם אצל תאגידים.

4.3 מטרה מיוחדת

לצד מודעות התאגיד לעבירה, דרושה גם מטרה מיוחדת של האורגן להיטיב עם

²⁰⁵ מדיניות התביעה, לעיל ה"ש 16, בעמ' 5.

²⁰⁶ Kidron-2018, לעיל ה"ש 133, בעמ' 335-336; קידרון "קלון כאכיפה מנהלית", לעיל

ה"ש 127, בעמ' 439-440.

התאגיד. התיאוריה האינסטרומנטלית מכירה באחריות התאגיד גם אם האורגן לא פעל למען התאגיד, ומטילה אחריות פלילית מקום שבו כוונת האורגן לא הייתה להזיק לתאגיד.²⁰⁷ הסיבה לכך היא שתיאוריה זו לא מייחסת חשיבות לאישיות הנפרדת של התאגיד. אף על פי כן, אף תיאוריה זו לא יכולה לקבל את האבסורד של מצבים שבהם האורגן פעל נגד התאגיד. לעומת זאת, לפי תורת האורגנים, הדרישה להיטיב עם התאגיד היא דרישה פוזיטיבית. אפשר להטיל אחריות רק מקום שבו כוונת האורגן הייתה, לפחות בחלקה, להיטיב עם התאגיד.²⁰⁸ במושגים של דיני העונשין מדובר בחובה להוכיח יסוד של "מטרה מיוחדת" להיטיב עם התאגיד. כידוע, קיימות עבירות של מחשבה פלילית הדורשות להוכיח מטרה, נוסף על המחשבה הפלילית הנדרשת לפי סעיף 20 לחוק. עבירות אלה מכונות "עבירות של כוונה מיוחדת" או "עבירות מטרה". בעבירות מטרה הרכיב הנפשי מתאר רצון להשגת יעד שאינו חלק מרכיביה העובדתיים של העבירה.²⁰⁹ אומנם לא צריך להוכיח פרט תוצאתי של הטבה בפועל, אך יש להוכיח מטרה מיוחדת של להיטיב עם התאגיד.²¹⁰

את המטרה המיוחדת אפשר להוכיח באמצעות הלכת הצפיות. תיקון 39 לחוק העונשין עיגן במפורש את כלל הצפיות במשפט באשר לעבירות תוצאתיות בעלות יסוד נפשי של כוונה. הוא לא עשה כן באשר לעבירות התנהגותיות בעלות יסוד נפשי של מטרה. המצב המשפטי הוא, אפוא, תחולה כללית חקוקה של כלל הציפיות בעבירות כוונה תוצאתיות ובצידו החלה פרשנית של כלל הציפיות בעבירות מטרה מסוימות באמצעות המשפט המקובל.²¹¹ לשיטתי, ראוי להחיל את כלל הציפיות על המטרה המיוחדת להיטיב עם התאגיד. כלומר, אפשר להרשיע תאגיד אם האורגן ראה את אפשרות ההטבה עם התאגיד

207 אגמון-גונן "התאגיד במשפט הפלילי – חישוב מסלול מחדש", לעיל ה"ש 12, בעמ' 76.

208 קרמניצר וגנאים "אחריות פלילית", לעיל ה"ש 1, בעמ' 98-99; אגמון-גונן "התאגיד במשפט הפלילי – חישוב מסלול מחדש, שם.

209 לעניין מטרה מיוחדת ראו, למשל, פלר יסודות דיני עונשין, לעיל ה"ש 2, בעמ' 507-513; וכן ע"פ 217/04 אלקורעאן נ' מדינת ישראל, 8-5 (נבו 29.6.2005); ע"פ 2333/07 תענך נ' מדינת ישראל, 125-128 (נבו 12.7.2010).

210 תזכיר 2014, לעיל ה"ש 12. בתזכיר זה הוצע לקבוע שלא תוטל אחריות פלילית על תאגיד בשל מעשי אורגן כאשר האורגן לא התכוון להיטיב עם התאגיד והמעשה לא היה לפי טיבו מעשה המיטיב עם התאגיד. כמו כן, הוצע בתזכיר להבהיר שהמבחן אינו מבחן תוצאתי, אלא מבחן המתייחס או למטרת האורגן שביצע את העבירה או למעשה שיש בו לפי טיבו כדי להיטיב עם התאגיד.

211 פרשת אלקורעאן, לעיל ה"ש 209; עניין תענך, לעיל ה"ש 209, בעמ' 125-128.

כאפשרות קרובה לוודאי, אף אם לא התכוון להיטיב עימו בהכרח, כאשר נטל ההוכחה הוא על התביעה.²¹² לסיכום, הוכחת אחריות ישירה של תאגיד דורשת התקיימות היסוד העובדתי והיסוד הנפשי לרבות מטרה מיוחדת. על פי תורת האורגנים, ראוי לנקוט מבחן מצטבר – היררכי ופונקציונלי. באשר ליסוד העובדתי, המבחן להתקיימותו הוא המבחן הפונקציונלי. חריגת האורגן מתפקידו אינה רלוונטית לאשמת התאגיד, ואין הכרח להוכיח תוצאה שהיטיבה עם התאגיד בפועל. באשר ליסוד הנפשי, המבחן להתקיימותו הוא המבחן ההיררכי. השאלה הנשאלת היא, האם אפשר לזהות את המודעות של אדם עם המודעות של התאגיד? לפיכך, לא ראוי לזהות דמויות זוטרות בתאגיד כאורגנים. כמו כן, נבצרות נושא משרה היא סייג להיותו אורגן, שכן מי שנמצא בנבצרות לא מכוון את עסקי התאגיד ולא קובע את מדיניותו – אין הוא המוח של התאגיד ומודעותו אינה מודעות התאגיד. פעולת התאגיד למניעת העבירה יכולה לשלול את קיומו של היסוד הנפשי, שכן ייתכן שהאורגן הוא "תפוח רקוב" הפועל בניגוד למדיניות של התאגיד. לצד מודעות התאגיד לעבירה, דרושה גם מטרה מיוחדת של האורגן להיטיב עם התאגיד. את המטרה המיוחדת אפשר להוכיח באמצעות הלכת הציפיות. כלומר, אפשר להרשיע תאגיד אם האורגן ראה את אפשרות ההטבה עם התאגיד כאפשרות קרובה לוודאי, אף אם לא התכוון להיטיב עימו בהכרח, כאשר נטל ההוכחה הוא על התביעה.

5. סייגים והגנות לתאגיד

ראוי להחיל על בני אנוש ועל תאגידיים את הסייגים ואת ההגנות שהדין הפלילי מקנה. התיאוריה האינסטרומנטלית מבקשת לצמצם את תחולת הסייגים על תאגידיים. כך, למשל, המלומדת אגמון-גונן גורסת שראוי שהסייגים מפני פליליות המעשה שיחולו על תאגיד הם סייגים מסוג צידוק.²¹³ לשיטתה, הסייגים מסוג צידוק הם חלק מהכוונת ההתנהגות בידי המחוקק. לעומת זאת, סייגים מסוג פטור קשורים בנאשם עצמו, אינם מכוונים התנהגות, אלא מורים לבית המשפט שלא להרשיע נאשם שמתקיימות בו אותן נסיבות. לשיטתה, אין בתורת האורגנים, שמטרתה ייחוס אחריות פלילית לתאגיד, כדי להחיל הגנות

²¹² ראוי שנטל ההוכחה על רכיב מטרה מיוחדת יהיה על כתפי התביעה. תזכיר 2014, לעיל ה"ש 12, ניסח את הטענה כהגנה לתאגיד, ומכאן שיש המפרשים שנטל ההוכחה מוטל על כתפי התאגיד – הנאשם (ראו, למשל, אגמון-גונן "התאגיד במשפט הפלילי – חישוב מסלול מחדש", לעיל ה"ש 12, בעמ' 76–77). לשיטתי, היות שמטרה מיוחדת היא אחת מיסודות העבירה, ולא סייג לאחריות פלילית, נטל ההוכחה הוא על התביעה.

²¹³ אגמון-גונן "התאגיד במשפט הפלילי – חישוב מסלול מחדש", שם, בעמ' 75.

אישיות מסוג פטור החלות על האורגנים לטובת התאגיד. זאת בניגוד להגנות מסוג צידוק, הנוגעות לפליליות שבמעשה העבירה, שיחולו, ככלל, על התאגיד. אין זה המקום לדון בסוגי הסייגים ובתכליתם, ברם לכאורה, יש לגישה זו קושי. כך, למשל, ישנו ויכוח נוקב בספרות באשר לסוג סייג הצורך – אם צידוק או פטור.²¹⁴ לדוגמה, אם תאגיד קידוח ימי נאלץ להזרים לים דלק מאסדה, כאשר ההזרמה מתרחשת במצב דברים של סייג הצורך, כגון שריפה על סיפון האסדה, לפי פרשנותה של אגמון-גונן, היות שמדובר על סייג הצורך (פטור), אזי אחריות התאגיד אינה מסויגת. מובן שתוצאה זו אינה הגיונית, שכן ראוי לסייג את אחריות התאגיד בנסיבות אלה. התוצאה גם אינה הוגנת, שכן האורגנים שאחראים להזרמה יסויגו ואילו התאגיד לאו. לכן ההבחנה בין צידוק ופטור אינה מועילה להבחנה בין בני אנוש לתאגידיים, ומכאן שראוי לבחון קיומה של זהות באשר למערך הזכויות והחובות של המעורבים.

אכן, מעשי האורגן ומחשבתו אינם מקימים לתאגיד אחריות פלילית בלבד אלא גם סייגים מאחריות פלילית. תורת האורגנים מניחה סימטריה ודו-כיוונית. לצד החובות ניתנות לתאגיד זכויות. לצד ייחוס האחריות מונח גם ייחוס הסייגים מאחריות. ואומנם בדין המצוי, נפסק לא אחת שכשם שהתאגיד חשוף לאחריות בפלילים, זכאי הוא ליהנות מכלל ההגנות וההוראות שהפעלתן מעוגנת בתכונות אנושיות.²¹⁵ ברם, בדיוק כמו בהקשר של תחולת הדין, לצד הזהות העקרונית, גם לעניין הסייגים ייתכנו הבדלים ביחס לנמענים שונים של הדין הפלילי. כך, למשל, הסייג מאחריות פלילית של קטינות,²¹⁶ לא רלוונטי לתאגיד. גם תאגיד בן שנה אחת אחראי בפלילים. הסיבה להבדל ברורה: קטין שטרם מלאו לו 12 שנים מוחזק כמי שלא יכול לגבש מחשבה פלילית; ואילו תאגיד מוחזק כמי שיכול לגבש מחשבה פלילית מרגע "לידתו". לכן גם באשר לסייגים – הדין הפלילי לא

214 איתן יחיאל קידרון "סייג לאחריות פלילית לסחר באברים" מחקרי משפט ל 247, 261–265 (2015).

215 עניין מודיעים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 384; פרשת נמלי ישראל, לעיל ה"ש 180, בעמ' 47; ברם, קיימת גם עמדה המרחיבה את האחריות הפלילית של התאגיד ומצמצמת את תחולת הסייגים על תאגידיים. כך, למשל, בפרשת סימנס 1, לעיל ה"ש 20, בעמ' 42–47, סייג בית המשפט הכלכלי זכאות זו. לשיטת השופטת אגמון-גונן, תורת האורגנים, שמטרתה ייחוס אחריות פלילית לתאגיד, לא מחילה הגנות אישיות החלות על האורגנים לטובת התאגיד. לדידה, "מטרת תורת האורגנים היא לזהות בין האורגן שביצע את העבירה לבין התאגיד בכדי לייחס אחריות לתאגיד, אין מדובר בהזדהות מוחלטת ואף לא זהות הדדית".

216 ס' 134 לחוק העונשין: "לא יישא אדם באחריות פלילית בשל מעשה שעשה בטרם מלאו לו שנים עשרה שנים".

חל באופן זהה על תאגידיים ועל בני אנוש בשל כך שמערך הזכויות והחובות שלהם שונה.

לסיכום, ראוי שהשוויון בתחולת דיני העונשין על בני אנוש ועל תאגידיים יחול גם בהקשר של סייגים והגנות שהדין הפלילי מקנה. אכן, מעשי האורגן ומחשבתו אינם מקימים לתאגיד רק אחריות פלילית אלא גם סייגים מאחריות פלילית. ברם, גם ביחס לסייגים תחולת הדין הפלילי אינה זהה מפני שמערך הזכויות והחובות שלהם שונה.

ה. סוף דבר – להעניש תאגיד אם הוא אשם

בדין הישראלי שאלת האחריות הפלילית של התאגיד הפכה משאלה של אשמת התאגיד לשאלה של מדיניות משפטית. כפועל יוצא, הצטבר כוח יתר אצל רשויות התביעה. כוח יתר זה מעלה חשש לטעויות, לאפליה ולשימוש לרעה בכוח. לפיכך אני קורא לתקן את הדוקטרינה הקיימת, להבהירה ולהגבילה כראוי. במאמר מוצעת דוקטרינה קוהרנטית המבוססת על תיאוריה של זכויות. דוקטרינת תורת האורגנים מזהה את התאגיד כישות משפטית אמיתית, שאחריותו הפלילית נפרדת מאחריות אורגניו. לכן תורת המשפט המתאימה לה לעניין הענישה של התאגיד היא תורת משפט גמולית של זכויות המאפשרת הטלת אחריות ישירה. אחריות זו חייבת להתבסס על אשמת התאגיד, ולפיה יש להעניש תאגיד אם הוא אשם. על פי הדוקטרינה, הוכחת אשמה של תאגיד דורשת את התקיימות היסוד העובדתי והיסוד הנפשי לרבות מטרה מיוחדת. לפי תורת האורגנים, ראוי לנקוט מבחן מצטבר – היררכי, הבוחן את התקיימות היסוד הנפשי ופונקציונלי – הבוחן את התקיימות היסוד העובדתי. אין הכרח להוכיח תוצאה של הטבה של התאגיד בפועל, ברם דרושה מטרה מיוחדת של האורגן להטיב עם התאגיד, אותה אפשר להוכיח באמצעות הלכת הציפיות. לבסוף, ראוי שתהיה זהות בתחולת הדין הפלילי על תאגידיים ועל בני אנוש, לרבות תחולת הסייגים וההגנות. אך, לצד הזהות העקרונית, ייתכנו הבדלים בתחולת הדין הפלילי על נמענים שונים, מפני שמערך הזכויות והחובות שלהם שונה.