

שער שני

דיני חברות וניירות ערך

התאגיד במשפט הפלילי – חישוב מסלול מחדש

מאת

מיכל אגמון-גונן*

מאחורי ההגה של הפעילות הכלכלית בעולם כולו נמצאים התאגידים. לרבים מהם, בעיקר הגלובליים, יש יותר כוח כלכלי ופוליטי מהמדינות שבהן הם יושבים. מכירותיהם של חלק מתאגידים אלו עולים על התל"ג של מדינות רבות. מרבית הפעילות הכלכלית בארץ ובעולם מתבצעת באמצעות תאגידים. השפעת התאגידים על החברה והכלכלה היא עצומה. האישיות המשפטית הנפרדת היא שאפשרה את התפתחות הכלכלה. עם זאת, גודלם וכוחם של התאגידים כיום עלולים להוות כר לביצוע עבירות, ולכן יש חשיבות בהסדרת פעילותם בתחום הפלילי. המאמר פותח בסקירה של התפתחות האישיות המשפטית הנפרדת בכלל והטלת אחריות פלילית על תאגידים בפרט. הטענה המרכזית במאמר היא כי יש לחשב מסלול מחדש ולקבוע דינים הנוגעים לתאגיד במשפט הפלילי המתאימים לטיבו וטבעו של התאגיד כזוהי ולא כנספח לדינים המתאימים לבני אנוש, כפי שהיה עד כה. יש להרחיב את ההתייחסות בהתבסס על מדיניות המבוססת על כוחם של תאגידים, כוחם הכלכלי אך גם החברתי. בחלקו הראשון של המאמר נדונה תורת האורגניזם כבסיס לאחריות הפלילית של התאגיד, ההשלכות הנובעות מכך והקשיים המתעוררים בהרשעת תאגידים כתוצאה מאימוץ תאוריה זו. בחלק זה נדונה גם השאלה מיהו אורגן לצורך הטלת אחריות פלילית על תאגיד.

חלקו השני של המאמר עוסק בשינויים הנדרשים בחקיקה בנוגע לאחריות התאגיד בפליליים. בפרק זה נדונה השאלה של הטלת אחריות על התאגיד מכוח אחריות מצרפית של מספר אורגניזם; בהגנות העומדות לתאגיד במשפט הפלילי, ביניהן הגנות מסוג צידוק; הגנה לתאגיד כאשר האורגן לא פעל בביצוע העבירה במטרה להיטיב עם התאגיד והגנה לתאגיד המטמיע תוכניות בקרה ופיקוח במטרה למנוע ביצוע עבירות. כמו כן, נערך דיון בחלק זה בזכויות התאגיד כנאשם במשפט הפלילי, ובמרכזן הזכות להליך הוגן. במסגרת זו נדונה השאלה אם עומדת לתאגיד זכות השתיקה והזכות (החיסיון) מפני הפללה עצמית. החלק השלישי של המאמר מתמקד בתיקוני החקיקה הנדרשים בנוגע לענישת תאגידים. בפרק זה נבחנת המטרה העונשית העומדת בבסיס ענישת תאגידים והשאלה אם יש מקום במסגרת זו לעבור מעקרון ההלימה הגמולני לעקרון השיקום. בהמשך יש ניתוח של הבסיס הראוי לענישת תאגידים ואמצעי ענישה נוספים כמו מנגנוני פיקוח, הן לאחר הרשעה והן במסגרת הימנעות מהרשעה ועבודות לתועלת הציבור. ובסיומו, בחלק הרביעי, מרוכזים שינויי החקיקה שיש לקדם.

א. מבוא. ב. הבסיס הרעיוני להטלת אחריות פלילית על תאגיד מכוח תורת האורגניזם; 1. על תורת האורגניזם בקצרה; 2. ייחוס אחריות פלילית לתאגיד מכוח תורת האורגניזם; 3. מיהו האורגן לצורך הטלת אחריות פלילית על תאגיד. **ג. הטלת אחריות פלילית על תאגיד – התאמות נדרשות בחקיקה;** 1. הטלת אחריות מצרפית; 2. הגנות לתאגיד הנאשם בפליליים; (א) ביצוע העבירה במטרה להיטיב עם החברה;

* המחברת היא שופטת בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו ומרצה עמיתה בפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל אביב.

(ב) תאגיד העושה מאמצים למנוע ביצוע עבירות; 3. זכויות התאגיד כנאשם בפלילים; (א) הכלל – לתאגיד יש זכויות כנאשם; (ב) הזכות להליך הוגן – האם יש להעניקה לתאגיד נאשם בפלילים; (ג) זכות השתיקה והזכות (החיסיון) מפני הפללה עצמית; (1) מהות הזכויות והבסיס הרעיוני להן; (2) זכות השתיקה והזכות להימנע מהפללה עצמית בישראל; (3) תחולת זכות השתיקה והזכות מפני הפללה עצמית על תאגידים. ד. ענישת תאגידים – התאמות נדרשות בחקיקה; 1. הבניית שיקול הדעת בענישה; 2. שיקום התאגיד המורשע בפלילים; (א) אפקטיביות השיקום במקרה של תאגיד; (ב) תוכניות שיקום כפויים ווולונטריות; 3. הטלת קנס על תאגיד – יישום עקרון ההלימה וההשלכות האפשריות; (א) בקנס נושאים בפועל בעלי המניות; (ב) הקנס כעונש מקל; 4. עונשים חלופיים לענישת תאגידים; 5. נסיבות להקלה או להחמרה בענישת תאגידים. ה. במקום סיכום: ריכוז שינויי החקיקה המוצעים.

א. מבוא

מאחורי ההגה של הפעילות הכלכלית בעולם כולו נמצאים התאגידים. לרבים מהם יש יותר כוח כלכלי ופוליטי מהמדינות שבהן הם יושבים. מכירותיהם של חלק מהתאגידים הגלובליים עולים על התל"ג של מדינות רבות. מרבית הפעילות הכלכלית בארץ ובעולם מתבצעת באמצעות תאגידים. ההשפעה של תאגידים על החברה והכלכלה היא עצומה. האישיות המשפטית הנפרדת היא שאפשרה את התפתחות הכלכלה. מנגד, גודלם וכוחם של התאגידים כיום עלולים להוות כר לביצוע עבירות. לאור זאת, יש חשיבות בהסדרת פעילותם בכל התחומים. במאמר זה ברצוני לעמוד על מספר היבטים באשר לתאגיד במשפט הפלילי.

הדינים בנוגע לתאגיד במשפט הפלילי התפתחו בהתאם לתובנה השלטת בתקופה הרלוונטית בנוגע למהות האישיות המשפטית הנפרדת של התאגיד.¹ בתחילת הדרך, כשהמשפט ראה באישיות המשפטית הנפרדת של התאגיד מעין פיקציה, לא הוחלו הנורמות שיוחסו לבני אנוש על התאגיד ולא הוטלה על תאגידים אחריות פלילית ונזיקית. כאשר התאגיד נתפש כאישיות משפטית ראלית, גם אם לא גשמית, אזי ראו בתאגיד אישיות משפטית שחלות עליה החובות והזכויות החלות על בני אנוש, בשינויים המתחייבים מהיות התאגיד חסר קיום פיזי. תפישה זו הביאה עימה להטלת אחריות פלילית ונזיקית על תאגידים (בנפרד מהטלת אחריות על האורגנים בני האנוש).

הטלת אחריות פלילית על תאגידים נבעה ממעורבותם הגוברת של תאגידים במשק ופעילותם כמעט בכל תחומי החיים, החל מתקופת המהפכה התעשייתית. כבר אז, בשל פריחת התאגידים וניצול

1 Ron Harris, *The Transplantation of the Legal Discourse on Corporate Personality Theories: From Codification to British Political Pluralism and American Big Business*, 63 WASH. & LEE L. REV. 25 (2006); Lawrence E. Mitchell, *The Relevance of Corporate Theory to Corporate and Economic Development of the Legal Discourse on Corporate Personality Theories*, 63 WASH. & LEE L. REV. 1489 (2006); Phillip Petit, *Responsibility Incorporated*, in ETHICS 171 (2007); Susanna K. Ripken, *Corporations are People Too: A Multi-Dimensional Approach to the Corporate Personhood* b.3 פרק 137, 137, 117–118 (2009) *Puzzle*, 15 FORD. J. CORP. & FIN. L. 97, 117–118 (2009) (להלן: *הביבסגל חברות*).

עובדים בידיהם, הוטלה אחריות מסוימת על תאגידים.² תפישת התאגיד כיום הן כישות עסקית הן כחבר המעורב בקהילייה תורמת למגמה זו של הטלת אחריות פלילית על תאגידים.³ מרבית החקיקה וחלק מהכתיבה בנושא התאגיד במשפט הפלילי התמקדה במשפט הפלילי, שנועד לחול על בני אנוש, תוך ביצוע התאמות מתאימות לתאגיד כחשוד או כנאשם בהליך הפלילי. במאמר זה ברצוני לטעון כי יש לחשב מסלול מחדש ולקבוע דינים הנוגעים לתאגיד במשפט הפלילי המתייחסים לטיבו וטבעו של התאגיד ככזה ולא כנספח לדינים המתייחסים לבני אנוש. יש להרחיב את ההתייחסות בהתבסס על מדיניות המבוססת על כוחם של תאגידים, כוחם הכלכלי אך גם החברתי. במאמר זה כוונתי להעלות מספר נושאים בהם יש לדון בהקשר זה. השאלה הראשונה שלכאורה יש לדון בה היא האם הטלת אחריות פלילית על תאגידים מקדמת את מטרות המשפט הפלילי.⁴ בשאלה זו בחרתי שלא לעסוק, שכן מרבית שיטות המשפט כיום מטילות אחריות פלילית על תאגידים, לרבות מדינות שלא הכירו בכך קודם.⁵ כיוון שזו המגמה ככלל, והחוק

- 2 Kathleen F. Brickey, *Corporate Criminal Liability: A Brief History and an Observation*, 60 WASH. U. L. REV. 393 (1983)
- 3 Sara Sun Beale, *A Response to the Critics of Corporate Criminal Liability*, 46 AM. CRIM. L. REV. 1481, 1483 (2009)
- John B. McAdams, *The Appropriate Sanctions for Corporate Criminal Liability: An Eclectic Alternative*, 46 U. CIN. L. REV. 989, 996 (1977); Sharona Hoffman, *Criminal Sanctions in Accidental Oil Spill Cases – Punishment without a Crime*, 71 NEB. L. REV. 1033 (1992); V.S. Khanna, *Corporate Criminal Liability: What Purpose Does It Serve*, 109 HARV. L. REV. 1477, 1534 (1996)
- 4 מתוקף כך ראו עלי בוקשפן **המהפכה החברתית במשפט העסקי** 119, 197 (2007).
- התיאורטיקנים חלוקים בשאלה האם הטלת אחריות על התאגיד מקדמת מניעת עבירות, שזו המטרה הבסיסית והעיקרית של המשפט הפלילי. ראו לעניין זה אוריאל פרוקצ'יה **דיני חברות חדשים לישראל** 77–76 (1989); RICHARD S. GRUNER, *CORPORATE CRIMINAL LIABILITY AND PREVENTION* (2004); יגאל שגיא "האחריות הפלילית של התאגיד לאור דיני השותפות" **משפטים** א 86, 88 (1968); אליעזר לדרמן "מודלים להטלת אחריות פלילית על תאגידים, מהתאמה וחקיקה לצירוף ולחיפוש זהות עצמית" **מגמות בפלילים – לאחר עשור לתיקון 39 לחוק העונשין** 279, 291–292 (אלי לדרמן, קרן שפירא-אטינגר ושי לביא עורכים, 2001) (להלן: לדרמן "מודלים לאחריות").
- 5 כיום המגמה היא בכיוון של הטלת אחריות פלילית על תאגידים גם במקומות שבהם בעבר לא הוטלה אחריות כזו, כמו, למשל, הולנד, דנמרק ושוויץ, שקבעו זאת ב-2003, לסקירה ראו Sun Beale, לעיל ה"ש 3, בעמ' 1484, 1494; Ana Maria Neira Pena, *Corporate Criminal Liability: Tool or Obstacle to Prosecution*, in REGULATING CORPORATE CRIMINAL LIABILITY 197 (Dominik Brodowski et al. eds., 2014), עוד ראו דוח שערך ארגון ה-OECD: OECD, *THE LIABILITY OF LEGAL PERSONS FOR FOREIGN BRIBERY: A STOCKTAKING REPORT* (להלן: דוח ה-OECD). עם זאת קיימות מדינות שלא אימצו משטר של הטלת אחריות פלילית על תאגידים, אך מאמצות דרך זו או אחרת של פיקוח על פעילות עבריינית של תאגידים גם אם לא בהליך פלילי ממש. ראו לעניין זה אסף חמדני "עסקאות בעלי עניין ואחריות התאגיד לתרמית בניירות ערך" **מחקרי משפט** כג 769 (2007). עוד ראו A Carol R. Goforth, "Corporation Has No Soul" – *Modern Corporations, Corporate Governance, and Involvement in the Political Process*, 47 HOUS. L. REV. 617, 629–630 (2010). יש אחרים הטוענים כי יש להסתפק באחריות מנהלית לביקורת זו ראו, בין רבים, Samuel W. Buell, *Criminal Procedure within the Firm*, 59 STAN. L. REV. 1613, 1662 (2007).

הפלילי בישראל קובע במפורש אחריות פלילית על תאגידים, בחרתי לבחון במאמר זה מספר סוגיות המתעוררות כתוצאה מהטלת אחריות על תאגיד בפלילים, סוגיות שהמחוקק טרם נזקק אליהן והועלו בפסיקה ובספרות המשפטית. כוונתי במאמר זה היא להפנות למספר נושאים, שלטעמי יש בהם צורך בחשיבה מחודשת בכלל והסדרה חקיקתית בפרט.

כבר בפתח הדברים אציין כי משרד המשפטים פרסם לפני מספר שנים תזכיר לתיקון חוק העונשין בעניין אחריות פלילית של תאגידים⁶ (להלן: תזכיר החוק). בהמשך אפנה לתזכיר החוק בעניינים הנזכרים בו ואבהיר את עמדתי בנושאים אלו. אולם, אדגיש כבר כאן כי אני סבורה שיש צורך בהצעה רחבה וכוללת יותר.

בחלקו הראשון של המאמר ברצוני לעמוד על תורת האורגנים כבסיס לאחריות הפלילית של התאגיד, ההשלכות הנובעות מכך וקשיים המתעוררים בהרשעת תאגידים כתוצאה מאימוץ תיאוריה זו. בפרק זה אציג בקצרה את תורת האורגנים ואסקור את הדין הישראלי בנוגע לייחוס אחריות פלילית לתאגיד. כמו כן אדון בחלק זה בשאלה מיהו אורגן לצורך הטלת אחריות פלילית על תאגיד. בחלקים הבאים (השני והשלישי) אעמוד על השינויים הנדרשים בחקיקה בנוגע לתאגיד במשפט הפלילי. אדון בנפרד בשינויים הנדרשים בנוגע לשאלת האחריות (בחלק השני) ולעניין הענישה (בחלק השלישי).

בחלקו השני של המאמר אעמוד על שינויים נדרשים בחקיקה בנוגע לאחריות התאגיד בפלילים. בפרק זה אדון בשאלה של הטלת אחריות על התאגיד מכוח אחריות מצרפית של מספר אורגנים; עוד אדון בחלק זה בהגנות העומדות לתאגיד במשפט הפלילי, ביניהן הגנות מסוג צידוק; הגנה לתאגיד כאשר האורגן לא פעל בביצוע העבירה במטרה להיטיב עם התאגיד והגנה לתאגיד המטמיע תוכניות בקרה ופיקוח במטרה למנוע ביצוע עבירות. עוד אדון בפרק זה בזכויות התאגיד כנאשם במשפט הפלילי, ובמרכזן הזכות להליך הוגן. במסגרת זו אדון בשאלה האם עומדת לתאגיד זכות השתיקה והזכות (החיסיון) מפני הפללה עצמית. אבחן זכויות אלו ואדון בשאלה האם יש לייחס אותן לתאגיד ובאיזה היקף.

בחלק השלישי של המאמר אדון בתיקוני החקיקה הנדרשים בנוגע לענישת תאגידים. בפרק זה אבחן את המטרה העונשית העומדת בבסיס ענישת תאגידים ואבחן האם יש מקום במסגרת זו לעבור מעקרון ההלימה הגמולני לעקרון השיקום. בהמשך אדון בקשיים שמעוררת העובדה שכיום במשפט הישראלי ניתן להטיל על תאגיד שהורשע רק עונש של קנס. אדון במסגרת זו בבסיס הראוי לענישת תאגידים ובאמצעי ענישה נוספים כמו מנגנוני פיקוח הן לאחר הרשעה הן במסגרת הימנעות מהרשעה ועבודות לתועלת הציבור.

בחלק הרביעי ארכז את שינויי החקיקה שאני סבורה שיש לקדם בהקשר של ענישת תאגידים, אדון בחסרונות הקנס כענישה לתאגיד ואבחן דרכי ענישה נוספות בקיימות בשיטות משפט שונות, כדי לבחון האם יש לאמצן בחקיקה הישראלית. לבסוף אעמוד על שינויי החקיקה המוצעים.

עוד ראו Gregory M. Gilchrist, *The Expressive Cost of Corporate Immunity*, 64 HASTINGS L.J. 1, 5 (2012). גישה שונה במקצת נוקט אסף אקשטיין, במאמרו: אסף אקשטיין "הסדרים מותנים דיני תאגידים" **מחקרי משפט** לב 451 (2019).

6 תזכיר חוק העונשין (תיקון – אחריות פלילית של תאגידים), התשע"ה–2014 (להלן: תזכיר החוק).

ב. הבסיס הרעיוני להטלת אחריות פלילית על תאגיד מכוח תורת האורגנים

1. על תורת האורגנים בקצרה

כיוון שבישראל אומצה תורת האורגנים כבסיס לאחריות תאגידית (כדומה למדינות רבות אחרות), אעמוד על תורה זו בקצרה ועל השאלות העולות מאימוץ תורה זו. קיימות מספר תאוריות להטלת אחריות פלילית על תאגידים. תורת האורגנים (או האורגן הבכיר (identification theory or respondent superior) היא זו המייחסת לחברה את התנהגותם ומחשבותיהם של האורגנים.⁷ תורת האורגנים נועדה להתמודד עם הקושי המושגי בייחוס פעולות, התנהגות ומחשבות לתאגיד שהינו ישות משפטית, החסרה תכונות אנושיות ביולוגיות ופסיכולוגיות. תורת האורגנים אינה מוגבלת לדין הפלילי, וכוחה יפה לעניין אחריות התאגיד בכל ענפי המשפט.

אימוץ דוקטרינת תורת האורגנים כדי לייחס אחריות פלילית לתאגידים נבע מהצורך למצוא פתרון ודרך להטלת אחריות פלילית על תאגידים גם בגין עבירות של מחשבה פלילית, שכן במשפט האנגלי, שממנו נשאב הבסיס להטלת אחריות על תאגיד במשפט הישראלי, הוגבלה האחריות הפלילית של תאגידים לעבירות של אחריות מוחלטת בלבד (שבמשפט המודרני הומרה לאחריות קפידה). תורת האורגנים מאפשרת לייחס את מחשבותיו וכוונותיו של האורגן, היינו, את היסוד הנפשי שלו, לתאגיד, ולראות ברכיב ההתנהגותי של האורגן כהתנהגות התאגיד. דהיינו, בעת התגבשות העבירה, בעת ביצוע העבירה, התנהגות האורגן ואשמו הינם התנהגות התאגיד ואשמו.

על פי תורת האורגנים, תאגיד יישא באחריות פלילית בגין עבירה שביצע אורגן במהלך מילוי תפקידו בתאגיד ובמטרה להיטיב עם התאגיד. תורת האורגנים מייחסת את פעולותיהם ומחשבותיהם של גורמים אנושיים מסוימים במסגרת התאגיד, האורגנים – הפועלים בתחום סמכותם, לתאגיד עצמו. בעקבות הזיהוי, ניתן להטיל על התאגיד אחריות פלילית בשל עצם ביצוע העבירה, בדומה לאחריות המוטלת על מבצע בן אנוש.⁸

בסעיף 47 לחוק החברות אימץ המחוקק את תורת האורגנים כבסיס לאחריות התאגיד. סעיף 47 לחוק החברות שכותרתו: "מעשי האורגן כמעשי החברה", קובע כי: "פעולותיו של אורגן וכוונותיו הן פעולותיה של החברה וכוונותיה".⁹ היינו, מדובר בייחוס מחשבה והתנהגות של האורגן לתאגיד. הניתוח של תורת האורגנים, הבסיס הרעיוני שלה והטלת אחריות פלילית על תאגיד מכוחה מלמדים כי מדובר באחריות ישירה. רואים את מחשבות והתנהגות האורגן כאלו של התאגיד. מדובר

7 להטלת אחריות ישירה על תאגידים מכוח התנהלותם בנוגע למניעת עבירות ראו Sun Beale, לעיל ה"ש 3, בעמ' 1498.

8 מרדכי קרמניצר וחאלד גנאים "האחריות הפלילית של תאגיד" ספר שמגר מאמרים – חלק ב 33, 59 (2003) (להלן: קרמניצר וגנאים "אחריות התאגיד"); הדרה ברמור **תאגידים** ג 53 (2009).

9 לפרשנות הסעיף ראו שם, בעמ' 56; חביביסגל **חברות**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 139; יוסף גרוס **חוק החברות** 235 (מהדורה חמישית מורחבת, 2016) (להלן: גרוס **חוק החברות**) וכן: קרמניצר וגנאים "אחריות התאגיד", לעיל ה"ש 8, בעמ' 69.

ב"אגו" ולא ב"אלתר-אגו" של התאגיד.¹⁰ סעיף 23 לחוק העונשין הקובע את האחריות הפלילית של התאגיד מפרט עניין זה (על כך להלן).

2. ייחוס אחריות פלילית לתאגיד בדין הישראלי מכוח תורת האורגנים

הסמכות להטיל אחריות פלילית על תאגידיים הוכרה בפסיקה כבר בשנת 1950 **בעניין בית השיטה**. כבר אז הנימוק להטלת אחריות פלילית התבסס על המעורבות המשמעותית של התאגידיים בחיי הכלכלה.¹¹ כעשור מאוחר יותר נדרש לשאלה זו בית המשפט העליון בהקשר לעבירת תעבורה של רכב של שותפות **בעניין שפאר**.¹² באותו עניין דובר היה בעבירה של אחריות קפידה לעבירות תעבורה. נטען כי כיוון שמטרת השותפות אינה נהיגה, לא ניתן להטיל עליה אחריות. השופט מ' לנדוי דחה טענה זו וקבע כי "שאלת אחריותה בפלילים של האישיות המשפטית בפלילים עדיין בתהליך של ליבון".¹³ עם זאת, השופט מ' לנדוי הוסיף ועמד על העיקרון הבסיסי והיסודי שבצידן של הטבות הנובעות מהתאגיד יש גם חובות ואחריות.¹⁴

סוגיית האחריות הפלילית של תאגיד בכלל ותורת האורגנים בפרט נדונו בהרחבה בפסק הדין **בעניין מודיעים**, שם נקבעה תורת האורגנים כבסיס לאחריות הפלילית של תאגידיים.¹⁵ היינו, ערב

10 ע"פ 3027/90 **חברת מודיעים בינוי ופיתוח בע"מ נ' מדינת ישראל**, פ"ד מה(4) 381, 379, 364 (1991) (להלן: **עניין מודיעים**); ש"ז פלר **יסודות בדיני עונשין** א' 705, 707 (1984) (להלן: **פלר יסודות בדיני עונשין**); גבריאל הלוי **תורת דיני העונשין** ב' 897, 898 (2009); שירה גרטנברג "ברגים במערכת?": על חשיבותה של הטלת אחריות פלילית על נושאי משרה – בעקבות בג"ץ 4395/12 "משפטים" מד 631, 654 (2014); ע"פ 7399/95 **נחושטן תעשיות מעליות בע"מ נ' מדינת ישראל**, פ"ד נב(2) 105, 124 (1998) (להלן: **עניין נחושטן**).

11 בג"ץ 125/50 **קבוצת החוגים בית השיטה, קבוצת פועלים להתיישבות שיתופית בע"מ נ' יושב הראש והחברים של בית הדין למניעת הפקעת שערים וספסרות בחיפה**, פ"ד ה' 113 (1950), נתבע תאגיד לדין פלילי לפני בית הדין לספסרות, ועתר לבית המשפט הגבוה לצדק בין השאר בטענה כי תאגיד אינו אחראי בפלילים. כב' הנשיא זמורה, שנתן את פסק הדין, התייחס בעיקרם של דברים לפקודת הפרשנות שכללה תאגיד בהגדרת אדם וקבע כי אין בה כל הוראה שממנה עולה כי יש להוציא תאגיד מהגדרה זו כשמדובר בפלילים. שם, בעמ' 131. השאלה נשאלה לאור לשון הפקודה דאז, האם הקשר הדברים מחייב החרגה, היינו אם מעצם טיבו וטבעו של התאגיד אין להטיל עליו אחריות פלילית. הנשיא זמורה סוקר את ההלכה וקובע כי לאור מעורבות התאגידיים בחיים הכלכליים אין להחריגם מתחולת החוק הפלילי. שם, בעמ' 138.

12 ע"פ 232/62 **שפאר, תוסיה-כהן ושות' שותפות רשומה נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד יז 1905 (1963).

13 שם, בעמ' 1910.

14 שם, בעמ' 1911 בלשונו: "שותפי השותפות המערערת ראו, כפי הנראה, תועלת לעצמם ברישום המכונית בשם השותפות דוקא. כנגד תועלת זו הם חייבים לשאת גם באחריות לעבירות כגון העבירות הנדונות, שנעברו תוך ניהול עסקיה של השותפות על-ידי מי שעוסקים בעסקים אלו בפועל". כמו כן ראו ע"פ 137/79 **גלנט נ' מדינת ישראל**, פ"ד לה(3) 746 (1981), שם הוטלה אחריות פלילית על תאגיד מכוח תורת האורגנים לעבירה של משיכת שיקים ללא כיסוי בידי בעל מניות ומנהל בחברה מכוח תורת האורגנים. לניתוח פסק הדין ראו פלר **יסודות בדיני עונשין**, לעיל ה"ש 10, פרק ז, סימן 3. עוד ראו דבריו של השופט מ' לנדוי בע"פ 109/72 **מדינת ישראל נ' פז**, פ"ד כח(1) 93, 99 (1973), וכן ע"פ 115/77 **לב נ' מדינת ישראל**, פ"ד לב(2) 505, 520 (1978).

15 עניין **מודיעים**, לעיל ה"ש 10, פס' 6 לפסק דינו של השופט ברק.

תיקון חוק העונשין נקבע בפסיקה כי תורת האורגנים היא הבסיס לחיוב תאגיד בפלילים על בסיס זיהוי התנהגותו ומחשבותיו של האורגן עם אלו של התאגיד.¹⁶ סעיף 23 לחוק העונשין עיגן בחקיקה את האחריות הפלילית של תאגיד על בסיס תורת האורגנים.¹⁷ נקבע כי תאגיד יישא באחריות פלילית לעבירה המצריכה הוכחת מחשבה פלילית או רשלנות: "אם, בנסיבות הענין ולאור תפקידו של האדם, סמכותו ואחריותו בניהול ענייני התאגיד, יש לראות במעשה שבו עבר את העבירה, ובמחשבתו הפלילית או ברשלנותו, את מעשהו, ומחשבתו או רשלנותו, של התאגיד". חוק העונשין, בניגוד לחוק החברות, לא עושה שימוש במונח "אורגן", והפסיקה אימצה את המבחנים להיות אדם אורגן של תאגיד, גם במישור הפלילי, מדיני התאגידים.

3. מיהו האורגן לצורך הטלת אחריות פלילית על תאגיד

הפסיקה עסקה רבות בשאלה מיהו אורגן בהקשרים שונים. לענייננו, מהגדרת האורגן נגזרים היקף האחריות הפלילית של תאגיד וגבולותיה. המגמה העולה מהפסיקה היא להרחיב את הגדרת האורגן כדי להביא להרשעה של תאגידים. הגדרת אורגן מופיעה בחוק החברות, המגדיר בסעיף 46 מיהם האורגנים של החברה: "האורגנים של החברה הם האסיפה הכללית, הדירקטוריון, המנהל הכללי וכל מי שעל פי דין, או מכוח התקנון רואים את פעולתו בענין פלוני כפעולת החברה לאותו ענין". סעיף 46 לחוק החברות, שהוחל כאמור על חוק העונשין, פורש כקובע שני מבחנים חלופיים להיות אדם אורגן: המבחן ההיררכי והמבחן הפונקציונלי. **המבחן ההיררכי**, ולפיו סיווג בעל המשרה כאורגן ייקבע בהתאם למעמדו בתאגיד, כאשר אורגן הוא האדם הנמנה על המחזיקים בתפקידים הבכירים בתאגיד כגון: בעל שליטה, יו"ר מועצת המנהלים, חבר במועצת המנהלים והמנהל הכללי. המדובר ברשימת סגורה של תפקידים הקבועים בחוק. מבחן זה אינו משאיר מתחם רחב של שיקול דעת. **המבחן הפונקציונלי**, ולפיו כל אדם הממלא פונקציה של התאגיד הינו אורגן לענין אותה פונקציה יהיה מעמדו בתאגיד אשר יהיה. "אורגן" של תאגיד הינו עובד הממלא פונקציה ניהולית בתאגיד. סיווג האורגן אינו נשען רק על בכירותו של נושא המשרה בתאגיד. מסמכי התאגיד, מקורות נורמטיביים אחרים וכן מהות פעולות נושא המשרה עצמן יכולים להביא להגדרת נושא משרה כאורגן ולייחוס פעולותיו לתאגיד. המבחן הפונקציונלי נתון לפרשנויות שונות ומותר שיקול דעת רחב בידי בתי המשפט. בספרות המשפטית חלוקות הדעות באשר ליחס הראוי בין המבחנים.

16 עוד ראו לעניין זה: יוסי כהן **דיני חברות** א 292–296, פרק 3.9 (מהדורה מורחבת ומעודכנת, 2007).
 17 לעניין עבירות הדורשות מחשבה פלילית. ס' 23 לחוק העונשין, התשל"ז–1977 חוקק במסגרת הוספת החלק הכללי לחוק העונשין בתיקון 39, בשנת 1994. מעמ' 115 להצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי) התשנ"ב–1992, ה"ח 2098 עולה כי ס' 23 מושתת על תורת האורגנים על בסיס העקרונות שהותוו בעניין **מודיעים**, לעיל ה"ש 10, בעמ' 126 (ראו דברי ההסבר לה"ח). הצעת החוק הייתה מבוססת על עבודתם של פרופ' ש"ז פלר ופרופ' מ' קרמניצר, ובה הציעו חלק מקדמי וחלק כללי לחוק העונשין: ש"ז פלר ומרדכי קרמניצר "הצעת חלק מקדמי וחלק כללי לחוק עונשין חדש ודברי הסבר" **משפטים** יד (1985). המחברים מציינים שם דברים דומים. לאחר תיקון החוק נקבע במספר פסקי דין כי מטרת התיקון הייתה לעגן בחקיקה את תורת האורגנים שנקבעה בפסיקה כבסיס לאחריות פלילית: ע"פ 2560/08 **מדינת ישראל – רשות ההגבלים העסקיים נ' וול** (פורסם בנבו, 6.7.2009); ע"פ 99/14 **מדינת ישראל נ' מליסרון בע"מ**, פס' קיד לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 25.12.2014) (להלן: עניין מליסרון).

בפסיקה, **בעניין מודיעים**, פסק הדין המנחה לעניין תורת האורגנים, נקבע מעמדם של המבחן הפונקציונלי והמבחן ההיררכי כמבחנים עצמאיים להגדרתו של אורגן, כאשר המבחן הפונקציונלי הינו תנאי מספיק לסיווג אדם כאורגן.¹⁸ בתי המשפט הרחיבו את ההגדרה הפונקציונלית כדי להביא להרשעה של תאגידים. כך, למשל, הורחבה הגדרת אורגן במבחן הפונקציונלי לעובדים שלהם סמכויות נרחבות בתחום מסוים, גם אם לא באופן כללי בתאגיד.¹⁹ מתעוררת השאלה האם הגדרת אורגן לא הורחבה מדי. יש הטוענים כי אין לקבל את המבחן ההיררכי או הפונקציונלי כמבחנים עצמאיים, שדי בהתקיים אחד מהם כדי לראות באדם אורגן של התאגיד, ויש לאמץ מבחן היררכי-פונקציונלי. קרי: הרחבה מסוימת של קבוצת בעלי המשרות הבכירות, תוך צמצום היותם אורגנים רק למעשיהם הנעשים על ידיהם כבעלי פונקציה של התאגיד. האורגנים של התאגיד הינם גם מנהלי סניפים ואף מנהלי מחלקות, אך לא עובדים זוטרים, וזאת רק כשיש בידיהם סמכות עם שיקול דעת.²⁰ בתזכיר הצעת החוק הוצע לעגן מבחן משולב זה בחקיקה.²¹ נראה כי הצעה זו ראויה, שכן היא מביאה לבהירות באשר לאורגן שמעשיו ייוחסו לחברה, בהירות החשובה ומהווה חלק מעיקרון החוקיות במשפט הפלילי.

ג. הטלת אחריות פלילית על תאגיד – התאמות נדרשות בחקיקה

אימוץ תורת האורגנים כבסיס לאחריות תאגידים בכלל ואחריותם בפלילים בפרט מעלה מספר שאלות שטרם נדונו או שלא הובהרו באופן ישיר בפסיקה. בפרק זה אעמוד על שאלות הנוגעות לשלב קביעת האחריות. בהקשר זה אדון בשלוש שאלות.

השאלה הראשונה נובעת מהגדרת האורגן, שאת מעשיו ומחשבותיו מייחסים לתאגיד כדי לבסס את אחריותו הפלילית. כפי שראינו, הפסיקה התייחסה לשאלה מיהם בעלי התפקידים שראוי לראות בהם אורגנים. כיום, כאשר יש מבנים מורכבים ושונים לתאגידים, לרבות תאגידים בעלי הנהלות מבוזרות, השאלה היא – מה קורה במקרים שבהם היסוד העובדתי והנפשי הנדרשים להוכחת העבירה

18 עניין **מודיעים**, לעיל ה"ש 10, בעמ' 382. עוד ראו ע"פ 3891/04 **ערד השקעות ופיתוח תעשייה בע"מ נ' מדינת ישראל**, פ"ד ס(1) 294 (2005) (להלן: **עניין ערד תעשיות**). מעיון בפסיקה באשר לאחריות פלילית של תאגיד עולה כי במרבית המקרים שבהם הועמדו תאגידים לדין נקבע כי מבצע העבירה הוא אורגן, גם כאשר היה מדובר במנהלים שהם אורגנים מובהקים, אך גם כאשר העבירה בוצעה בידי עובדים זוטרים יותר. מבין המקרים האמורים שבהם הוכר המבצע הישיר של העבירה כאורגן, רק בשני מקרים זוכה התאגיד מאחריות לעבירה שביצעו אורגניו, אך לא בשל העובדה שלא היה מדובר באורגנים. ע"פ 24/77 **פאן-לון, חברה להנדסה ולבנין בע"מ נ' מדינת ישראל**, פ"ד לג(1) 477, 493 (1979) (להלן: **עניין פאן-לון**) ועניין **נחושחן**, לעיל ה"ש 10. כן ראו עניין **פו**, לעיל ה"ש 14, דיון בשאלת מעמדו של רוה"ח החיצוני של התאגיד. לניתוח פסק הדין בשאלה זו ראו יוסף גרוס "התורה האורגאנית" ורואה חשבון החברה (ע"פ 109/72) "הפרקליט כט 179 (1974-1975) וכן גרוס **חוק החברות** 235.

19 עניין **מליסרון**, לעיל ה"ש 17, פס' קטו לפסק דינו של השופט רובינשטיין; אליעזר לדרמן "אחריות פלילית של אורגנים ושל נושאי-משרה בכירים אחרים בתאגיד" **פלילים** ה' 101 (2006) סבור כי לעניין הטלת אחריות פלילית על תאגיד, יש להתמקד בהתנהגותם ומחשבתם הפלילית של נושאי התפקידים הבכירים בתאגיד.

20 קרמניצר וגנאים "אחריות התאגיד", לעיל ה"ש 8, בעמ' 87-88.

21 תזכיר החוק, לעיל ה"ש 6, בעמ' 2, ס' 1. התזכיר לא קודם עד כה, אולם מדובר בשאלה שיש לדון בה.

מתחלקים בין מספר אנשים בחברה. היינו, ייחוס עבירה פלילית לתאגיד באמצעות הטלת אחריות מצרפית על התאגיד, כאשר יסודות העבירה מופצלים בין מספר אורגנים. השאלה השנייה נוגעת להגנות שיש להעמיד לטובת התאגיד במשפט הפלילי. במסגרת שאלה זו אערוך דיון בשני נושאים: הראשון, האם מכוח תורת האורגנים ניתן לייחס הגנות בפלילים של אורגן לתאגיד. חוק העונשין מעניק הגנות מסוימות העומדות למי שביצע עבירה. השאלה היא מה דינו של תאגיד כאשר לאורגן שמכוחו מואשם התאגיד עומדת הגנה כזו. האם ניתן לייחס את אותן הגנות לתאגיד? הנושא השני שבו אדון בהקשר זה הוא מתן הגנות ייחודיות לתאגיד, כמו ההגנה שלפיה מטרת ביצוע העבירה לא הייתה להיטיב עם התאגיד, וכן הגנות מיוחדות לתאגיד כמו אימוץ משטר פיקוח קפדני למניעת עבירות. השאלה השלישית נוגעת לזכויות התאגיד הנאשם בפלילים, ובעיקרם זכות השתיקה והזכות מפני הפללה עצמית.

1. הטלת אחריות מצרפית

בשנים האחרונות מבני התאגידים התרחבו והשתנו. ישנן חברות רבות שאינן מאורגנות עוד כפירמידה היררכית מבחינת נושאי המשרה, אלא כוללות מספר מרכזי שליטה. לעיתים, ההשפעה, הכוח והשליטה מבוזרים ומעורפלים (לעיתים במכוון), כך שלעיתים יסודות העבירה מתקיימים אצל אורגנים שונים בתאגיד. לאור זאת, התעוררה השאלה, האם ניתן לחבר, למשל, ידיעה של אורגן אחד עם התנהגות של אורגן אחר. בארה"ב אפשרו זאת באמצעות תאוריית האחריות המצרפית (aggregation theory).²² לפי תאוריה זו, ניתן לצרף את הידע והמעשים של האורגנים השונים, ואם המעשים והמחשבות כולם עולים כדי ביצוע עבירה, ניתן להרשיע בה את התאגיד. היינו, דוקטרינה זו מאפשרת לצרף פעולות והתנהגויות של מספר אורגנים לעבירה פלילית אחת. עם זאת, פסקי דין מאוחרים יישמו זאת בצמצום וקבעו כי ידיעת החברה לא זהה תמיד לכוונה הפלילית הנדרשת כדי לגבש עבירה.²³ מתעורר קושי בעניין זה לאור עקרון הסימולטניות במשפט הפלילי, שלפיו על היסוד הנפשי המבסס את העבירה להתקיים בעת עשיית המעשה. עם זאת, ניתן לייחס לכך פרשנות מרחיבה ולראות את הסימולטניות כמתקיימת בתאגיד אם המעשים והיסוד הנפשי בוצעו בידי אורגנים שונים באותה תקופה.²⁴

באנגליה, מוצע לשנות את הבסיס להטלת אחריות פלילית על תאגידים (המבוססת כיום על תורת האורגנים) בשל החשש כי חברות, בכוונת מכוון, יבנו מבנה תאגידי כזה שיהיה קשה מאוד לאתר בו את האורגן שביצע את העבירה ולאפשר חיבור של התנהגויות ומחשבה פלילית של מספר אורגנים.

22 תורה זו פותחה בבתי המשפט בארצות הברית. ראו למשל Miller v. Holzmann, 563 F.2d 54 (D.D.C. 2008); United States v. Philip Morris USA, Inc., 449 F.2d 1 (D.D.C. 2006); United States v. President & Fellows of Harvard College, 323 F.2d 151 (D. Mass. 2004); Unites States v. Bank of New England, 821 F.2d 884 (1st Cir. 1987). לסקירת הפסיקה ראו רביב לוי ויפתח אבן-טל "דוקטרינת האחריות המצרפית – האם נקלטה בישראל בטעות?" תאגידים ח(1) 89 (2011).

23 Inland Freight Lines v. United States, 191 F.2d 313, 315–16 (10th Cir. 1951).

24 יורם רבין ויניב ואקי דיני עונשין א 525 (מהדורה שלישיית, 2014).

אפשרות אחרת היא להגביל את האחריות המצרפית ולהכיר בה לצורך הטלת אחריות פלילית על תאגיד כאשר המניע המרכזי למבנה הארגוני אינו עסקי או כלכלי, מה שמעלה חשש כי הדבר נעשה במטרה להתחמק מאחריות וכן במקרים שבהם בתאגיד יש תרבות של ביצוע עבירות. היינו, כאשר לא מדובר באורגן שהינו "תפוח רקוב" אלא בהתנהגות ארגונית המעודדת ומתגמלת ביצוע עבירות, שאז ראוי להכיר ולאפשר שילוב מעשים או ידיעות של מספר אורגנים. אני סבורה כי תאגיד המאורגן במטרה להתחמק מאחריות ותאגיד שבו נהוגה תרבות ארגונית של ביצוע עבירות הם התאגידים שיש להרשיע בפלילים.

בישראל, בעניין **מודיעים** נקבע כי אחריות התאגיד אינה מותנית באחריות האורגן.²⁵ מנגד, סעיף 23 לחוק העונשין מדבר על תפקידו של "אדם" ו"מחשבתו הפלילית" כמקימים את אחריות התאגיד. פרופ' גרוס סבור כי ניתן לייחס אחריות מצרפית לתאגיד ולראות בחברה כמי ש"פעלה וחשבה גם יחד".²⁶ פרופ' גרוס סבור כי עמדה זו נתמכת בעמדתו של הנשיא ברק בעניין **מודיעים**, ככל הנראה לאור העובדה שהנשיא ברק קבע באותו עניין כי אחריות התאגיד אינה מותנית באחריות האורגן. אחרים סבורים כי לא ניתן לעשות כן בשל לשונו של סעיף 23 לחוק העונשין, המונע פרשנות זו.²⁷ מכל מקום, לאור אי-הבהירות יש צורך להבהיר בחקיקה האם יש להכיר בתורה זו במשפטנו. לסיכום, יש חשיבות להרשעת התאגיד בעיקר במקרה של ביצוע עבירות כלכליות המיטיבות או שנועד להיטיב עם התאגיד ובעיקר במקרים שבהם המבנה הארגוני נועד לצורך התחמקות מאחריות ובמקרה שבתאגיד נהוגה תרבות ארגונית של ביצוע עבירות. במקרה כזה, העבירות נעברות עבור התאגיד, והטלת אחריות פלילית עליו מהווה הרתעה אפקטיבית כנגד ביצוען, גם, או אולי בעיקר, כשיסודות העבירה מתחלקים בין אורגנים שונים, כך שלא ניתן להרשיע מי מהם בעבירה אך ניתן וראוי להרשיע את התאגיד.²⁸ הימנעות מהטלת אחריות מצרפית על תאגידים, המנהלים, כאמור, את מרבית הפעילות הכלכלית במשק, תביא להפיכת התאגידים לערי מקלט לביצוע עבירות פליליות כלכליות ולפגיעה אנושה בשוק ההון ובחברה בכללותה. ללא הטלת אחריות מצרפית, דווקא מנהלים מתוחכמים ידאגו לבצע עבירות באופן שימנע הטלת אחריות הן עליהם עצמם הן על התאגיד. על כן, אני סבורה כי יש לחוקק סעיף ספציפי שיעסוק באחריות מצרפית והטלתה על התאגיד.

25 עניין **מודיעים**, לעיל ה"ש 10, בעמ' 384.

26 יוסף גרוס **חוק החברות החדש** 124 (מהדורה רביעית, 2007).

27 להרחבה ראו לוי ואבן-טל, לעיל ה"ש 22, בעמ' 95–97.

28 בג"ץ 4395/12 **כהן נ' פרקליטות מחוז מרכז** (פורסם בנבו, 15.11.2012) (להלן: עניין **הרכבת**) התייחסה לכך השופטת ברק-ארז וקבעה כי החשיבות להרשעה במקרים אלו גוברת, שכן כשמדובר בתאגיד עסקי הפועל בשוק תחרותי, הרשעתו תביא לפגיעה כלכלית בו. שם, פס' 2, 6 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז. גרטנברג, לעיל ה"ש 10, בעמ' 656, עומדת על כך שס' 23 מחייב הוכחת קיומם של יסודות העבירה אצל האורגן. לטענתה, בעניין **הרכבת**, נושאי המשרה נמחקו מכתב האישום ולא הודו, מהנימוק של קשיים ראיתיים, ועל כן, למעשה לא ניתן היה להרשיע את התאגיד. כלומר כדי לייחס אחריות פלילית לתאגיד יש להוכיח כי יסודות העבירה שבה מואשם תאגיד התקיימו באורגנים מטעמו, אך עדיין ניתן יהיה להרשיע במקרה שיסודות העבירה התחלקו בין מספר אורגנים. לעניין זה נקבע כי כדי להרשיע תאגיד בעבירה יש לקבוע כי באורגן התקיימו יסודות העבירה ואין צורך בהעמדה לדין או הרשעה פורמלית של אותו אורגן: עניין **מודיעים**, לעיל ה"ש 10, בעמ' 386.

2. הגנות לתאגיד הנאשם בפלילים

שאלה שנייה הינה, האם יש להחיל את ההגנות בפלילים הנתונות למבצע העבירה על התאגיד מכוח תורת האורגנים. הניתוח של תורת האורגנים, הבסיס הרעיוני שלה והטלת אחריות פלילית על תאגיד מכוחה מלמדת כי מטרתה הינה לייחס לתאגיד אחריות פלילית. לשם כך, היה צורך להתגבר על העובדה שהתאגיד, שאינו בן אנוש, אינו חושב, ועל כן ייחסו לתאגיד עבירה שביצע האורגן. מדובר באחריות ישירה. רואים את מחשבות והתנהגות האורגן כאלו של התאגיד.

מטעם זה נקבע גם כי ההגנות מפני פליליות המעשה שיחולו על תאגיד הן הגנות שנוגעות לאחריות הפלילית, הגנות מסוג צידוק.²⁹ כך, למשל, בעניין נחושטן זוכה התאגיד מאחריות לאחת מבין מספר עבירות שבהן הורשע האורגן, זאת לאור מעשים מאוחרים לעבירה שביצע מנכ"ל התאגיד ובהם הכיר בית המשפט כחרטא של התאגיד המצדיקה זיכוי מהרשעה. הכוונה היא להגנות מפני פליליות המעשים, הגנות מסוג צידוק (justification), ולא הגנות לנאשם בן האנוש, הגנות מסוג פטור (excuse).³⁰ הגנות מסוג צידוק הן חלק מהכוונת ההתנהגות בידי המחוקק. לצד האיסורים הפליליים, המכוונים את האדם להימנע מביצוע מעשים מסויימים, נמצאות הגנות מסוג צידוק, שבנסיבותיהם מכון המחוקק את האדם דווקא לבצע את המעשה האסור לכאורה. בניגוד לכך, הגנות מסוג פטור קשורות בנאשם עצמו, אינן מכוונות התנהגות, אלא מורות לבית המשפט שלא להרשיע נאשם שמתקיימות בו אותן נסיבות. צידוק עוסק בהצדקת המעשה, פטור עוסק בשאלה האם העושה אחראי למעשה, שההנחה היא שהוא בלתי-חוקי.³¹

אין בתורת האורגנים, שמטרתה ייחוס אחריות פלילית לתאגיד, כדי להחיל הגנות אישיות מסוג פטור החלות על האורגנים לטובת התאגיד. בניגוד להגנות מסוג צידוק, הנוגעות לפליליות שבמעשה העבירה, שיחולו, ככלל, על התאגיד. שכן אם מזהים בין התנהגות האורגן ומחשבותיו לאלו של התאגיד, ואין בהתנהגותו של האורגן או מחשבותיו כדי להקים אחריות פלילית בשל הגנה שקמה לו, הרי מכוח אותו ייחוס אין לייחס אחריות פלילית לתאגיד. נראה כי יש לקבוע זאת במפורש בחוק. כעת אעבור לדון בהגנות ספציפיות שיש להחיל על תאגיד.

(א) ביצוע העבירה במטרה להיטיב עם החברה

סעיף 23(א)(2) לחוק העונשין אינו קובע במפורש כי כדי להרשיע תאגיד בפלילים נדרש שהפעולה והמחשבה הפלילית של האורגן, המיוחסת לתאגיד, תהיה לטובת התאגיד. הדבר נובע מפרשנות

29 עניין מודיעים, לעיל ה"ש 10, פס' 11 לפסק דינו של השופט ברק: "נפסק לא אחת [על בסיס תורת האורגנים], כי התאגיד אחראי אישית בפלילים. בדומה, עשוי התאגיד ליהנות מכל אותן הגנות ומכל אותן הוראות שהפעלתן מעוגנת בתכונות אנושיות". השאלה מה דינו של הסכם עד מדינה, האם חל על התאגיד, נדונה בת"פ (מחוזי ת"א) 4368-05-16 מדינת ישראל נ' סימנס ישראל בע"מ, פסק דינה של השופטת אגמון-גונן (פורסם בנבו, 3.7.2017) (להלן: עניין סימנס), ובו נקבע כי אין להחיל את הפטור מכוח הסכם עד המדינה על התאגיד.

30 בועז סנג'רו "פרשנות מרחיבה בפלילים?!" עלי משפט 165, 171 (2003–2004).

31 בועז סנג'רו הגנה עצמית במשפט הפלילי 30, ה"ש 43 (2000).

הסעיף, כפי שיפורט. כך, בעניין פאן לון נקבע שכאשר נמצא שמנהל החברה ערך רישום כוזב בפנקסי החברה כדי להפיק רווח לגורם שאינו החברה, אזי אין להטיל אחריות על החברה בפלילים.³² עוד נקבע, בעניין לאומי, שתאגיד נושא באחריות פלילית בגין פעולת האורגן בתנאי שזו נעשתה במסגרת תפקיד האורגן ואינה מנוגדת לאינטרס התאגיד או פועלת לרעתו.³³ עם זאת, על פי פסק הדין בעניין לאומי, לשם הטלת אחריות פלילית על תאגיד, אין הכרח שהפעולה תיעשה במטרה להיטיב עימו. נוסף לכך, המבחן שנקבע בעניין לאומי פורש ויושם באופן לא אחיד. בעניין ערד, אחריות התאגיד בשל מעשי האורגן פורשה כפי שנקבע בעניין לאומי, לכל פעולה שלא נועדה לפגוע בתאגיד. מנגד, בפסק דין מחוזי בעניין זאבי נקבע שיש צורך להוכיח שהתאגיד נהנה בפועל ממעשה האורגן. גם בספרות המשפטית נחלקו הכותבים בנוגע לפרשנות הפסיקה. פרופ' לדרמן תומך בפרשנות רחבה, המטילה אחריות בכל מקום שבו כוונת האורגן לא הייתה להזיק לתאגיד, ולצידו פרופ' קרמניצר וד"ר גנאים סבורים כי לפי פסק הדין ניתן להטיל אחריות רק במקום שבו כוונת האורגן הייתה, לפחות בחלקה, להיטיב עם התאגיד.³⁴

בעניין מליסרון, נדרש בית המשפט לסוגיה זו. השופט רובינשטיין סוקר את הפסיקה שקדמה וחוזר וקובע כי "נקבע בפסיקה לעניין זה, כי פעולה אשר ביצע האורגן במכוון נגד האינטרס של התאגיד לא תחייב את התאגיד עצמו, כיון שבמקרה זה האורגן אינו פועל כאורגן אלא כאדם פרטי, ועל כן אין לייחס את התנהגותו לתאגיד."³⁵

הן בעניין לאומי והן בעניין מליסרון בית המשפט לא עורך הבחנה ברורה לעניין אינטרס התאגיד בין כוונת האורגן המבצע להיטיב עם התאגיד או לפגוע באינטרסים של התאגיד לבין תוצאת העבירה בפועל בהקשר זה. כך, למשל, כאשר האורגן התכוון להיטיב עם התאגיד (שילם שוחד כדי שהתאגיד יזכה בפרויקט מסוים), אך בפועל מי שזכה בפרויקט היה תאגיד אחר, או שהפרשה נחשפה והתאגיד נפגע בצורה קשה. היעדר אבחנה זו עלול ליצור חוסר ודאות בנוגע למבחן להטלת אחריות במצבי ביניים כגון זה המתואר לעיל, במקרים שבהם מבצע העבירה התכוון להיטיב עם התאגיד אולם בפועל פגע בו.

בתזכיר הצעת החוק הוצע לקבוע כי לא תוטל אחריות פלילית על תאגיד בשל מעשי אורגן כאשר האורגן לא התכוון להיטיב עם התאגיד והמעשה לא היה לפי טיבו מעשה המיטיב עם התאגיד.³⁶ בתזכיר מוצע לכלול שני מבחנים מצטברים לקיומה של ההגנה: מבחן סובייקטיבי, שיבחן האם מטרת האורגן הייתה להיטיב עם התאגיד, ומבחן אובייקטיבי, שיבחן האם מדובר במעשים שיש בהם לפי טיבם כדי להיטיב עם התאגיד. כמו כן, מוצע בתסקיר להבהיר כי המבחן אינו מבחן תוצאתי, אלא מבחן המתייחס או למטרת האורגן שביצע את העבירה או למעשה שיש בו לפי טיבו כדי להיטיב עם התאגיד. התסקיר מנסח זאת כהגנה לתאגיד, ומכאן שנטל ההוכחה מוטל על כתפי התאגיד – הנאשם. אני סבורה כי אכן ראוי שהנטל יוטל על כתפי התאגיד, עם זאת יש מקום להבהיר כי מעשים שעל

32 עניין פאן-לון, לעיל ה"ש 18, בעמ' 493-494.

33 ע"פ 5734/91 מדינת ישראל נ' לאומי ושות' בנק להשקעות בע"מ, פ"ד מט(2) 4, פס' 27-28 לפסק דינה של השופטת שטרסברג-כהן (1995).

34 להרחבה לעניין פרשנות הפסיקה והספרות בעניין ראו תזכיר החוק, לעיל ה"ש 6, בעמ' 5.

35 עניין מליסרון, לעיל ה"ש 17, פס' קכא לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

36 תזכיר החוק, לעיל ה"ש 6, בעמ' 2, 5-7.

פניהם מבוצעים כנגד האינטרסים של התאגיד, כגון גניבה מהתאגיד בידי בעל התפקיד, ייראו ככאלה שמקימים חזקה כי ההגנה מתקיימת. במקרים אלו על המאשימה יהיה לסתור חזקה זו.

(ב) תאגיד העושה מאמצים למנוע ביצוע עבירות

הגנה ייחודית נוספת שיש לאפשר לתאגיד היא להטמיע תוכניות בקרה, פיקוח וציות, כחלק ממהלך העסקים הרגיל, כאשר התאגיד עושה כל שביכולתו למנוע ביצוע עבירות, ולתת לו הגנה במקרה כזה. בכך תיווצר הבחנה בין תאגיד בעל תרבות ארגונית של ביצוע עבירות לבין תאגיד שבו קיימות תוכניות בקרה פיקוח וציות, שעל אף קיומן עבר אורגן מסוים עבירה. יש לשקול קביעת סייג להרשעה במקרה של חברה המתנהלת במטרה למנוע ביצוע עבירות,³⁷ במקרים שבהם בוצעה עבירה למרות מאמץ להימנע מביצוע עבירות בתאגיד. בכך יהיה משום תמריץ לתאגידים להטמיע תרבות ארגונית של ציות לחוק.

בתזכיר הצעת החוק מוצע לקבוע עבירה נוספת שעניינה קביעת חובת פיקוח של תאגיד, ולפיה על תאגיד "לפקח ולנקוט בכל האמצעים הסבירים למניעת ביצוע עבירות המצויות בתחום פעילותו וניהול עסקיו". נוסף לכך, מוצע לקבוע חזקה ולפיה אם בוצעה עבירה על ידי גורם הקשור לתאגיד, חזקה כי התאגיד הפר את חובת הפיקוח אלא אם הוכיח כי נקט בכל האמצעים הסבירים כדי למלא את חובתו.³⁸ אני סבורה כי מתן הגנה לתאגיד תשיג את אותה מטרה – הכוונת התנהגות התאגיד ויצירת תמריץ לקביעת מנגנוני פיקוח, ציות ובקרה מבלי ליצור עבירה נוספת שהבסיס העובדתי בה קשה להגדרה. תזכיר החוק מציע כי העבירה הנוספת תחול רק לגבי עבירות חמורות. אני סבורה כי אם קובעים זאת כהגנה, ראוי להחיל הגנה זו על כל עבירה המיוחסת לתאגיד. אני סבורה כי גם אם יוחלט להשאיר את העבירה המוצעת של חובת פיקוח על כנה לגבי עבירות חמורות, יש לקבוע את ההגנה בנוגע לכלל התאגידים, כאשר נטל ההוכחה לעניין זה יוטל על התאגיד.

3. זכויות התאגיד כנאשם בפלילים

(א) הכלל – לתאגיד יש זכויות כנאשם

לתאגיד, כאישיות משפטית נפרדת עומדות, כעיקרון, זכויות, לרבות זכויות חוקתיות, שבהן זכויותיו כנאשם, ככל שזכויות אלו מתיישבות עם טיבו וטבעו של התאגיד.³⁹ האמנה לזכויות האדם מ־1950

Richard S. Gruner & Louis M. Brown, *Organizational Justice: Recognizing and Rewarding the Good Citizen Corporation*, 21 J. CORP. L. 731, 764–765 (1996); John S. Baker Jr., *Reforming Corporations through Threats of Federal Prosecution*, 89 CORNELL L. REV. 310, 321 (2003–2004); Andrew Weismann & David Newman, *Rethinking Criminal Corporate Liability*, 82 IND. L.J. 411, 414 (2007); Ellen S. Podgor, *A New Corporate World Mandates a "Good Faith" Affirmative Defense*, 44 AM. CRIM. L. REV. 1537 (2007); Albert Alschuler, *Two Ways to Think about the Punishment of Corporations*, 46 AM. CRIM. L. REV. 1359 (2009).

38 תזכיר החוק, לעיל ה"ש 6, ס' 23.

39 עניין בית השיטה, לעיל ה"ש 11, עמד על כך הנשיא מ' זמורה וקבע כי יש להפעיל את מבחן השכל הישר ובלבד שזכות התאגיד לא תקופח. ע"א 105/92 ראם מהנדסים קבלנים בע"מ נ' עיריית נצרת עילית, פ"ד מז(5) 189 (1993) קבע השופט ברק כי הזכות בדבר חופש הביטוי נתונה גם לתאגיד. לאחר חקיקת

ובה הזכות למשפט הוגן (הקבוע בסעיף 6 לאמנה) פורשה כמעניקה זכויות אדם גם לתאגידים.⁴⁰ בעניין **בנק המזרחי** קבע הנשיא ברק לעניין הזכות החוקתית לקניין: "הדיבור 'אדם' בחוק היסוד כולל גם אישיות משפטית שאינה בן אדם, ובלבד שמהותה של הזכות המוענקת בחוק היסוד וטבעה של האישיות המשפטית שאינם אדם, עולים בקנה אחד עם מסקנה זו... הפעילות באמצעות גופים משפטיים שאינם בני אדם היא אלמנטרית בחברתנו. אין להלוטם חברה מודרנית בלעדית. מניעת זכויות אדם מגופים אלה תפגע קשות במירקם החיים המודרניים".⁴¹ אולם סייג זאת כך: "אין בכך, כמובן, כדי למנוע מצב דברים שבו היקף ההגנה (במסגרת פסקת ההגבלה) הניתנת לאישיות המשפטית שאינה אדם יהיה שונה מהיקף ההגנה הניתנת לבן אדם".

היינו, אומנם התאגיד זכאי, כעיקרון, לזכויות, אך היקפן עשוי להשתנות מעצם היותו תאגיד, ולא רק בשל העובדה שאינו בן אנוש. במקור הוענקו זכויות אדם לבני אנוש כדי להבטיח להם תנאי חיים הוגנים שבהם יוכלו להתפתח, כמו גם מעורבות בתהליכי קבלת החלטות, ללא חשש מהתערבות המדינה בחייהם. לאחר מכן התפתחו הזכויות החברתיות (חינוך, בריאות, דיור וכיו"ב), הנוגעות לתנאים להתפתחות האדם, וכיום מדברים גם על זכויות רחבות יותר, כמו הזכות לאיכות סביבה נאותה. הזכויות קשורות לפגיעות וחולשתו של האדם, בן האנוש, אל מול כוחה של המדינה. הבסיס לזכויות האדם היה הגנה על הפרט מפני ניצול לרעה של כוחה של המדינה, ובהמשך הרצון לאפשר לבני האנוש להגשים את ייעודם. למרות זאת, הוחלו זכויות האדם בתחילת הדרך, לפחות בחלקם המכריע, על תאגידים מבלי לדון בשאלה האם ההצדקות להענקתם חלות על מי שאינו בן אנוש. יש הטוענים כי הדבר נובע מניטרליות זכויות האדם, והעובדה שאין לפגוע באדם שבחר לנצל את זכות ההתאגדות שלו ולהתאגד כחברה.⁴² אולם, כפי שאבהיר להלן, טיעון זה בעייתי כשמדובר בחברות גדולות ותאגידים בינלאומיים שאינם מזהים עוד כלל ועיקר עם המייסדים או בעלי המניות, או תאגידי ענק שלעיתים יש להם כוח רב אף מזה של חלק מהמדינות. אזי יש לחזור ולשאל האם ראוי להעניק להם זכויות, ואם כן, אילו זכויות ובאיזה היקף.

קיימים נימוקים לשלילת זכויות מסוימות מתאגידים. הראשון הוא כי כאשר עוסקים אנו בחברות גדולות, בחברות ענק, החזקות לעיתים מממשלות, לפחות בכל הנוגע לכוחן הכלכלי, ספק אם יש להעניק להם את הזכויות שבמקורן נבעו מחולשת הפרט אל מול הממשלה. על כן, יש הטוענים כי יש להתייחס ולו לתאגידים הגדולים כחזקים כמו הממשלה, בשונה מבני אנוש, ולא להשוותם מבחינת

חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו נקבע כי גם זכויות חוקתיות מכוח חוקי היסוד מוקנות לתאגידים – בג"ץ 4593/05 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' ראש הממשלה** (פורסם בנבו, 20.9.2006) (להלן: עניין **בנק המזרחי**). עוד ראו לעניין הענקת זכויות לתאגיד: דפנה ברק-ארז "לשים את האדם במרכז – על מקומו של האדם במשפט" **עיוני משפט** לט 5, 40 (2016) (להלן: ברק-ארז "האדם במרכז").

40 Protocols to Amend the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, No. 11 and No. 14, Rome, Nov. 4, 1950, E.T.S No. 005.

41 עניין **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 39, פס' 10 לפסק דינו של הנשיא ברק. עוד ראו לעניין זכויות תאגידים: MARIUS EMBERLAND, THE HUMAN RIGHTS OF COMPANIES: EXPLORING THE STRUCTURE OF ECHR PROTECTION (2006).

42 Vincent S.J. Buccola, *Corporate Rights and Organizational Neutrality*, 101 IOWA L. REV. 499 (2016).

זכויות לפרט החלש.⁴³ כיום, לאור היקף הפעילות שבהם מעורבים תאגידיים, נשמעת יותר ויותר הטענה כי החשש לפגיעה בזכויות אדם של בני אנוש טמון דווקא בתאגידיים שהוענקו להם זכויות חוקתיות בכלל, ובאשר להליך הפלילי בפרט.⁴⁴ החשש הוא כי מתן זכויות אלו לתאגידיים עלול לפגוע דווקא בזכויות הפרט, בעידן שבו החשש לפגיעה בזכויות חוקתיות של בני אדם נובע במידה רבה מהתאגידיים עצמם.⁴⁵ על כן, גם אם מעניקים זכויות לתאגידיים, יש לבחון את ההקשר ואת היקף הזכויות.⁴⁶

(ב) הזכות להליך הוגן – האם יש להעניקה לתאגיד נאשם בפלילים

להלן ארון בשאלה האם יש להעניק לתאגיד את הזכות להליך הוגן, ובמסגרת ההליך ההוגן במשפט הפלילי – את זכות השתיקה והזכות להימנע מהפללה עצמית.

הזכות להליך הוגן היא אחת מזכויות האדם ולפיה בטרם רשויות המדינה פוגעות מאחת מזכויות האדם, עליהם לקיים הליך הוגן שבמהלכו יתברר האם יש הצדקה לפגיעה האמורה. במשפט הפלילי הפגיעה היא הרשעתו של אדם.⁴⁷ גם הזכות להליך הוגן ניתנה תחילה לבני אנוש להגן עליהם מפני כוחה של התביעה כאשר הם עומדים לדין פלילי, ההליך שבו הם עשויים להיפגע באופן הקשה ביותר

43 יש הטוענים כי לאור יחסי כוחות אלו יש להטיל חובות נוספים על תאגידיים. מובן שמצב הדברים יהיה שונה כשמדובר בחברות יחיד, אך אז ניתן יהיה לעשות שימוש בדוקטרינה של הרמת מסך לטובת התאגיד, כדי להקנות לתאגיד המזוהה עם בעליו את הזכויות הנתונות לאחרון (כפי שנעשה, למשל בע"א 616/74 דלק – חברת הדלק הישראלית בע"מ נ' תחנת רמת אביב בע"מ, פ"ד כט(1) 799 (1975), לעניין שירות מילואים). עוד ראו לעניין זה: חביבסגל **חברות**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 290.

44 Albert Sanchez-Graells & Francisco Marcos, "Human Rights" Protection for Corporate Antitrust Defendants: Are We Not Going Overboard? (Leicester Law Sch. Working Paper No. 14-04, 2014), <https://ssrn.com/abstract=2389715> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2389715>; ANNA GREAR, REDIRECTING HUMAN RIGHTS: FACING THE CHALLENGE OF CORPORATE LEGAL HUMANITY (2010). עוד ראו להחשש זה מפני מתן זכויות לתאגידיים: עופר סיבון "על בני אדם, תאגידיים ומה שביניהם – האם חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו צריך לחול על תאגידיים" **קרית המשפט** ח 107, 120 (2009) (להלן: סיבון "זכויות תאגידיים") וכן אהרן ברק **כבוד האדם – הזכות החוקתית ובנותיה** 863 (2014) (להלן: ברק **הזכות החוקתית**).

45 CHRISTOPHER HARDING ET AL., HUMAN RIGHTS IN THE MARKET PLACE: THE EXPLOITATION OF RIGHTS PROTECTION BY ECONOMIC ACTORS (MARKETS AND THE LAW) 45, 233 (2008). המחברים מבהירים כי: "...both human and non-human or organizational actors may assert basic rights but...their respective rights may not be of the same nature, and so may be said to have different currency" (emphasis in the original) Anna Grear, *Human Rights – Human Bodies? Some Reflections on Corporate Human Rights Distortion, the Legal Subject, Embodiment and Human Rights Theory*, 17 LAW AND CRITIQUE 171 (2006).

46 ברק-ארוז "האדם במרכז", לעיל ה"ש 39, בעמ' 42 מצביעה על: "גישה שונה ומצומצמת יותר באה לידי ביטוי בחוק היסוד הגרמני ובחוקה הדרום-אפריקנית. חוק היסוד הגרמני קובע כי בכל הנודע באנשים 'מלאכותיים' (artificial persons) יחולו הזכויות החוקתיות במידה שמאפשר זאת טבען. בדומה לכך, החוקה הדרום-אפריקנית מבחינה בין 'אדם טבעי' (natural person) לאדם משפטי (juristic person) ומורה כי האחרון יהנה מן הזכויות שהחוקה מקנה רק ככל שהדבר מתיישב עם אופיה של הזכות ועם מאפייניו של האדם המשפטי". לדבריה, יש לאמץ גישה דומה גם במשפטנו.

47 במאמר זה התייחסות תהא לזכות להליך הוגן במשפט הפלילי בלבד.

הן בכבודם הן בחירותם. מטרת כללי סדר הדין הפלילי ודיני הראיות היא להגשים את דיני העונשין המהותיים, היינו, להגיע לחקר האמת ולהביא להרשעת העבריינים, אך זאת תוך שמירה על זכויות חשודים ונאשמים. הזכות להליך הוגן מהווה קנה מידה מופשט, שגובש לכללים בהקשרים שונים ובשיטות משפט שונות.⁴⁸ הבסיס הרעיוני לזכות להליך הוגן במשפט הפלילי עומדת על שני אדנים: הראשון, שפגיעה בזכויות על ידי ענישה כתוצאה מהרשעה צריכה להיעשות רק בהליך שישמור על זכויות הנאשם ויבטיח כי הרשעה תתבסס על ראיות מהימנות ונטל הוכחה גבוה.⁴⁹ השני נוגע לשמירה על ההליך הפלילי כשלעצמו כערך חברתי, למען אמון הציבור במערכת אכיפת החוק ולטובת החברה בכללותה.⁵⁰ על כן, בבואנו לשקול אילו זכויות יש לתת לתאגיד שהינו נאשם, יש לשקול ולאזן בין מטרות ההליך הפלילי לבין הבסיס הרעיוני לזכות להליך הוגן. היינו, יש לאזן בין הרצון לחשוף את האמת ולענות על האינטרס הציבורי בגילוי עבירות ומניעתן לבין הרצון להגן על כבוד האדם של החשוד או הנאשם ועל חירותם.⁵¹

מקובל לכלול בזכות להליך הוגן בפלילים את זכותו של חשוד או נאשם לדעת מדוע נעצר ובמה הוא מואשם; הזכות להיות מיוצג על ידי עו"ד; הזכות להיות נוכח במשפט ובדיונים בעניינו; הזכות להתגונן במשפט ולהציג ראיות רלוונטיות והזכות למשפט פומבי שייערך לפני ערכאה בלתי-תלויה וניטרלית. עוד כוללת הזכות להליך הוגן במשפט הפלילי את חזקת החפות, ובחלק משיטות המשפט את זכות השתיקה והזכות מפני הפללה עצמית. הזכות להליך הוגן משתרעת בהליך הפלילי החל משלב החקירה ועד לסיום ההליך העיקרי.⁵² מובן כי חלק מהזכויות, כמו ערכאה בלתי-תלויה וחזקת החפות, מוקנות לכל נאשם, לרבות תאגיד. אולם, כאשר מדובר בזכות השתיקה והחיסיון מפני הפללה עצמית, הבסיס הרעיוני לזכויות אלו מחייב צמצומן או אף שלילתן מתאגידיים.

הדין בזכויות אלו הוא מרכזי לתאגיד כנאשם, שכן, אם האורגנים עומדים לדין לצד התאגיד, הם יכולים להודות או להעיד, ובמקרה כזה נשללות זכויות אלו מהתאגיד. רבות נכתב הן על זכות השתיקה והן על הזכות מפני הפללה עצמית, ומדובר בשאלות מורכבות. מורכבות זו התעצמה עם חקיקת חוקי היסוד והתפישה כי חוקי היסוד השפיעו על המשפט הפלילי בכלל ועל זכויות נאשמים בפרט. יש לבחון מורכבות זו על רקע השאלה האם יש מקום להעניק זכויות אלו לתאגיד עצמו, להבדיל מהאורגן שביצע את העבירה. האם אין מדובר כאן בזכויות הנתונות רק לבן אנוש?⁵³

48 אסף פורת "הגנה מן הצדק בעידן החוקתי" **קריית המשפט** א' 381, 385 (2001); דן ביין "כללי החקירה המשטרית – היש מקום לקודיפיקציה של חוקי הצידי?" **עיוני משפט** יב 129 (1987).

49 בג"ץ 11339/05 **מדינת ישראל נ' בית המשפט המחוזי באר שבע**, פ"ד סא(3) 93, 154 (2006) (להלן: **עניין באר שבע**).

50 Stefan Trechsel, *Why Must Trials be Fair*, 31 Is. L. Rev. 94 (1997).

51 ע"פ 183/78 **אבו מידג'ם נ' מדינת ישראל**, פ"ד לד(4) 533, 546 (1980); בג"ץ 5100/94 **הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל**, פ"ד נג(4) 817, 835 (1999); ע"פ 4988/08 **פרחי נ' מדינת ישראל**, פ"ד סה(1) 626, פס' 9 לפסק דינו של השופט דנציגר (2011).

52 ע"פ 5121/98 **יששכרוב נ' התובע הצבאי**, פ"ד סא(1) 461, פס' 66 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (2006); דנ"פ 5852/10 **מדינת ישראל נ' שמש**, פ"ד סה(2) 377, פס' 14 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (2012).

53 בארצות הברית בפסק דין בעניין *Citizens United v. Federal Election Commission*, 558 U.S. 310 (2010) (להלן: **עניין Citizens United**), נקבע שלתאגיד יש זכות חוקתית, מכוח חופש הביטוי, לתרום לקמפיין מפלגתי-פוליטי, והתעוררה שאלת התאמת הזכות לתאגיד. לניתוח פסק הדין ותפקיד בית

(ג) זכות השתיקה והזכות (החיסיון) מפני הפללה עצמית

(1) מהות הזכויות והבסיס הרעיוני להן⁵⁴

שיטות משפט שונות מבססות על בסיס רעיוני שונה הן את עצם הטלת האחריות הפלילית על תאגידים, הן את זכויות התאגידים בכלל הן את זכות השתיקה ואת הזכות מפני הפללה עצמית. ישנן שיטות משפט שבהן הזכות להליך הוגן והזכות מפני הפללה עצמית הן שני פנים של אותה זכות, ובמרבית המקרים מדובר בחלק מהזכות להליך הוגן.⁵⁵

הזכות או החיסיון מפני הפללה עצמית פירושה שלא יאלצו אדם להעיד כי ביצע עבירות פליליות או למסור ראיות ומסמכים שיפלילו אותו.⁵⁶ נקודת המוצא של ההליכים המשפטיים בכלל והפלילים בפרט היא חתירה לאמת. ההליך הפלילי, ככלל, סובב סביב שחזור האירוע העובדתי. שחזור ההתרחשויות, הגעה לחקר האמת, מהווה תנאי למימוש של הזכויות המהותיות של הנאשם. תכלית

המשפט בשאלת התאמת זכויות לתאגידים, ראו Darrell A.H. Miller, *Guns, Inc.: Citizen United, McDonald, and the future of Corporate Constitutional Rights*, 86 N.Y.U. L. REV. 887, 918 (2011); Joe C. Campbell, *The Courts and Corporate Personality* (Sydney Law Sch. Working Paper No. 15/61 (2015) https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2629968

54 ההתייחסות תהא לשתי הזכויות במאוחד, שכן בשיטות משפט רבות הן מופיעות כזכות אחת, או כזכות השתיקה, שהבסיס הרעיוני לה הוא הזכות לאי-הפללה עצמית. עם זאת, יש הסבורים כי יש להבחין בין הזכויות הללו כך, למשל John Jackson, *Re-Conceptualizing the Right of Silence as an Effective Fair Trial Standard*, 58 INT'L & COMP. L.Q. 835 (2009)

55 לסיכום הגישות השונות ראו Stijn Lamberigts, *a corporate right to silence and privilege against self-incrimination* (2016), available at <http://www.oecdinsights.org/2016/11/25/a-corporate-right-to-silence-and-privilege-against-self-incrimination>. לגישת המשפט הבינלאומי ראו אמנה בינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, כ"א 31, ס' (g) 14(3) (נחתמה ב-1966). בארצות הברית זכויות אלו קבועות בתיקון החמישי ובתיקון הארבעה עשר לחוקה, ועל כן הדין שם נערך במסגרת השאלה הרחבה יותר של מתן זכויות חוקתיות לתאגידים. ראו לעניין זה Robert E. Wagner, *Miranda, Inc.: Corporations and the Right to Remain Silent*, 11 VA. L. & BUS. REV. 499, 508 (2017); Carl J. Mayer, *Personalizing the Impersonal: Corporations and the Bill of Rights*, 41 HASTINGS L.J. 577, 625 (1990). מחלוקת זו החלה בתחילת המאה העשרים בעקבות פסק הדין, Hale v. Henkel, 201 U.S. 43 (1906) (להלן: עניין Hale). לניתוח פסק הדין Henry T. Terry, *Constitutional Provisions Against Forcing Self-Incrimination*, 15 YALE L.J. 127, 129 (1906). תאגידים נהנים מהזכות להליך הוגן הקבועה בתיקון החמישי לחוקה, אך לא מהזכות להימנע מהפללה עצמית הקבועה באותו תיקון עצמו. Christopher Slobogin, *Citizens United and Corporate and Human Crime*, 41 STETSON L. REV. 127, 128 (2011).

56 הלכה זו מבוססת על מקורותינו, בדברי חז"ל ולפיהם "אין אדם משים עצמו רשע" בבלי, סנהדרין ט, ב. רש"י פירש זאת כאיסור על קבלת הודאה של אדם. הרמב"ם עמד על הבסיס הרעיוני לכלל זה (משנה תורה, סנהדרין, פרק יח, הלכה ו): "הסנהדרין אין ממיתין ולא מלקיין המודה בעבירה, שמא נטרפה דעתו בדבר זה. שמא מן העמלין מרי נפש הוא המחכים למות שתוקעין החרבות בבטנם ומשליכין עצמם מעל הגגות, שמא כך זה יבא ויאמר דבר שלא עשה כדי שיהרג". על חשיבות הכלל, התפתחותו והפרשנויות השונות לו, לרבות בהשוואה לדיני הראיות המודרניים עמד בהרחבה השופט הנדל בע"פ 4179/09 מדינת ישראל נ' וולקוב, פס' 3 לפסק דינו של השופט הנדל (פורסם בנבו, 18.10.2010). לפרשנות וניתוח ההלכה: שמשון אטינגר **ראיות במשפט העברי** 222–223 (2011).

דיני הראיות, הנובעת מכך, היא חשיפת האמת או שחזור המסכת העובדתית.⁵⁷ דיני הראיות קובעים את הכלל שלפיו יש להביא לפני בית המשפט את כל הראיות. כך קובעת פקודת הראיות כי הכול כשרים לעדות, וכן את האפשרות להזמין כל אדם לעדות (בכפוף לחריגים).⁵⁸ גם במקורותינו נאמר: "ונפש כי תחטא ושמעה קול אלה והוא עד או ראה או ידע, אם לוא יגיד ונשא וזנוו".⁵⁹ לכלל זה חריגים המונעים הגשת ראיות לבית המשפט, כמו הכלל המונע קבלת עדות שמועה.⁶⁰ זכות השתיקה והזכות מפני הפללה עצמית הם מקרים שבהם מונעים מבית המשפט ראייה למען אינטרסים אחרים, כמו הזכות להליך הוגן ומניעת הפעלת לחץ על עדים להודות. על כן, ככלל, כשדנים בפרשנות זכויות אלו יש לזכור כי מדובר בחריג, כאשר הכלל הוא כי בית המשפט יגיע לחקר האמת על סמך כל הראיות שניתן להביא לפניו.

סקירת ההיסטוריה של התפתחות זכויות אלו מלמדת כי אלו נקבעו כאשר הוטל על התביעה הנטל להוכיח את אשמו של אדם וזכויות אלו מאפשרות לנאשם שלא לסייע לתביעה להפליל אותו עצמו. זכות זו נגזרה גם מהשיטה האדברסרית, שלפיה על התביעה להוכיח את טיעוניה והרתיעה משיטות משפט אינקוויזיטוריות כמו בימים האפלים של האינקוויזיציה, שבה "הודאות" התבססו על עינויים קשים. היינו, מקור הזכויות הוא הגנה על נאשמים בשר ודם.⁶¹ כאשר הוכרה הזכות לאי-הפללה עצמית, ובמסגרתה זכות השתיקה, הרצון העיקרי היה למנוע מהתביעה להפעיל לחץ על נאשמים להודות. זהו הבסיס הרעיוני המודרני לזכויות אלו.⁶² מתן אפשרות לחשוד לשתוק שוללת מהמשטרה אפשרות להוציא מחשודים מידע בכוח, והיא אחד החסמים מפני הודאות שווא. נוסף לכך, הענקת

- 57 על תכלית זו של דיני הראיות לעומת הגישה הכלכלית לדיני הראיות בראייה ביקורתית ראו טליה פישר "דיני הראיות בראי התיאוריה" **עיוני משפט** לט 107 (2016).
- 58 ס' 1–2 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א–1971. כיוון שהעדויות במשפט הם כלי מרכזי להגיע לחקר האמת, נקבע כי יש לנהוג במשנה זהירות כאשר מפרשים את החריגים שקבע המחוקק לכלל: בג"ץ 6319/95 **חכמי נ' שופטת בית-משפט השלום בתל-אביב-יפו**, פ"ד נא(3) 750, פס' 11 לפסק דינה של השופטת שטרסברג-כהן (1997).
- 59 ויקרא ה' 1; לפרשנות הסעיף ראו אביעד הכהן "על זכות השתיקה ותוצאותיה" **דעת** 315 (התשס"ח) www.daat.ac.il/mishpat-ivri/skirot/315-2.htm.
- 60 כשיש המתנגדים לכללי פסלות ותומכים למעבר לכללי משקל. בנת'אם נחשב כאחד הפילוסופים הידועים שהתנגדו לכללי הפסלות: JEREMY BENTHAM, RATIONALE OF JUDICIAL EVIDENCE: SPECIALLY APPLIED: TO ENGLISH PRACTICE 15 (1827). לניתוח הדברים ראו פישר, לעיל ה"ש 57, בעמ' 109.
- 61 על ההיסטוריה של זכויות אלו ראו John H. Langbein, *The Historical Origins of the Privilege Against Self-Incrimination at Common Law*, 92 MICH. L. REV. 1047 (1994); Albert W. Alschuler, *A Peculiar Privilege in Historical Perspective: The Right to Remain Silent*, 94 MICH. L. REV. 2625 (1996); Wagner, לעיל ה"ש 55, בעמ' 515.
- 62 Rogers v. Richmond, 365 U.S. 534, 544 (1961); Couch v. United States, 409 U.S. 322, 328 (1973); Fisher v. United States, 425 U.S. 391, 408 (1976); United States v. Washington, 431 U.S. 181, 188 (1977); Doe v. United States, 487 U.S. 201, 211 (1988); Donald P. Judges & Stephen J. Cribari, *Speaking of Silence: A Reply to Making Defendants Speak*, 94 MINN. L. REV. HEADNOTES 11 (2009–2010).

זכויות אלו מחייבות את רשויות האכיפה למצוא ראיות חיצוניות כנגד נאשם, ובכך למנוע לחץ בלתי-הוגן לחילוץ הודאות.⁶³

נימוקים אלו אינם יפים במקרה של תאגיד, שכן, במקרה של תאגיד אין טעמים פסיכולוגיים העלולים לעמוד ביסוד ההודאה. כמו כן, לתאגיד אין גוף ונשמה, לכן ככל שמדובר בממון, רשאי התאגיד לבחור ולהודות, תוך נטילת סיכון מחושב ללא החששות הנלווים ככלל להודאות שווא, המסתיימות בעונשי מאסר.

בארצות הברית נפסק כי לתאגיד לא עומדת הזכות מפני הפללה עצמית (הכוללת בחובה את זכות השתיקה).⁶⁴ ההנמקה הייתה כפולה: ראשית, נפסק כי כיוון שחברה יונקת את עצם קיומה מהחוק, המדינה רשאית לבחון ולחקור את פעולותיהם של גופים מאוגדים כדי לוודא שהם פועלים על פי חוק. נימוק שני היה כי הגנה חוקתית זו ניתנה לבני אנוש כדי להגן על חירויות הפרט ולהימנע מלחץ בלתי-סביר על חשודים ונאשמים, נימוק שאינו עומד כשמדובר בתאגיד. נימוק נוסף של בית המשפט נגע להבחנה בין עדים לנאשם. הזכות מפני הפללה עצמית, בניגוד לזכות השתיקה, מוקנית לכל עד בכל הליך. בית המשפט עומד על כך כי מתן הזכות מפני הפללה עצמית לתאגיד תביא לכך שבכל הליך נגד נושאי משרה יטען התאגיד לחיסיון, ולהפך (החיסיון שם נשלל גם מנושאי משרה בתאגיד בהעידם על מה שעשו כאורגנים), כך שלעולם לא ניתן יהיה להרשיע לא את התאגיד ולא את נושאי המשרה.⁶⁵

באוסטרליה קיימת לחשודים ונאשמים זכות השתיקה. הנימוק לזכות השתיקה הוא למנוע הפללה עצמית, והיא קיימת גם בהליכים אזרחיים. זכות השתיקה אינה מוקנות לגופים מאוגדים, שכן הבסיס הרעיוני המרכזי להן הוא מניעת לחץ למען השגת ראיות והודאות.⁶⁶

באירופה נקודת המוצא שונה. שם בתחילה לא הוטלה אחריות פלילית על תאגידים. עם זאת, במקרים שבהם תאגיד עומד לדין, כולל בהליכים אזרחיים, עומדות לו כל ההגנות הפרוצדורליות, לרבות זכות השתיקה והזכות מפני הפללה עצמית. הנימוק המרכזי לכך הוא שבקונטיננט, תפישת הזכות להליך הוגן, ובכללה זכויות אלו, מבוססות על מניעת ניצול כוחה של המדינה לרעה, ופחות על

63 בעניין *Schmerber v. Cal.*, 384 U.S. 757, 762 (1966), נאמר שהזכות נדרשת כדי: "...the respect a government... must accord to the dignity and integrity of its citizens. To maintain a fair state-individual balance, to require the government to shoulder the entire load... to respect the inviolability of the human personality"

64 הלכה זו נקבעה בעניין *Hale*, לעיל ה"ש 55, בשנת 1906.

65 על הנימוקים לשלילת הזכות מפני הפללה עצמית מתאגידים בארצות הברית ראו Katherine K. Andritsakis, *Corporate Record-Keepers and the Right Against Self-Incrimination: An Equitable Approach to Fifth Amendment Analysis*, 27 SANTA CLARA L. REV. 411, 422 (1987). לביקורת ראו Gordon Van Kessel, *Quieting the Guilty and Acquitting the Innocent: A Close Look at the New Twist on the Right to Silence*, 35 IND. L. REV. 925, 932 (2002).

66 *Environmental Protection Authority v. Caltex Refining Co. Pty. Ltd.*, (1993) 178 C.L.R. 477, 508, 118 ALR 409, 411. שם נקבעה ההלכה ונפסק כי לא ניתן יהיה לאתר פשיעה תאגידית-כלכלית, מבלי לבחון מסמכים הקיימים בידי התאגידים. יש מדינות באוסטרליה שקבעו זאת בחקיקה. למצב באוסטרליה ראו Barbara Ann Hocking & Laura Leigh Manville, *What of the Right to Silence: Still Supporting the Presumption of Innocence, or a Growing Legal Fiction*, 1 MACQUARIE L.J. 63 (2001). עוד ראו COSMAS MOISIDIS, *CRIMINAL DISCOVERY, FROM TRUTH TO PROOF AND BACK AGAIN* 141 (2008), וכן, Campbell, לעיל ה"ש 53, בעמ' 6.

זכויות אדם של הנאשם או החשוד.⁶⁷ עם זאת, דירקטיבה של האיחוד האירופי בנושא זה משנת 2016 קובעת כי הגנות אלו לא יחולו על תאגידים.⁶⁸

(2) זכות השתיקה והזכות להימנע מהפללה עצמית בישראל

במשפט הישראלי מתעוררת השאלה האם הזכות להליך הוגן, ועימה זכות השתיקה והזכות להימנע מהפללה עצמית, הן זכויות חוקתיות, בעיקר בעקבות חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. האם ראוי להחיל על תאגיד את הזכות להליך הוגן כחלק מהזכויות מכוח חוק היסוד, שכן החוק מיועד להגן על שלילת החירות, שאינה חלה על תאגיד, ועל פגיעה בכבוד האדם, שגם היא אינה חלה מטבעה וטיבה על תאגיד.⁶⁹ ישנה מחלוקת לעניין זה גם לגבי זכויות נאשם בן אנוש. האם זכות השתיקה של נאשם וזכותו של אדם שלא להפליל עצמו הן מזכויות היסוד של האדם הנכללות בחוק היסוד, המעוגנות בזכותו של אדם לכבוד, לחירות ולפרטיות,⁷⁰ או שמא זכויות אלה, על אף חשיבותן, אינן נכללות בין זכויות היסוד הקבועות בחוק היסוד. המחלוקת גוברת במקום שמדובר בתאגיד. זאת כיוון שהזכות להליך הוגן שאינה נמנית על הזכויות המפורשות בחוק נגזרת מזכות חוקתית, לדעת אלו הרואים בה זכות כזו, מהרצון החופשי ומכבוד האדם, זכויות שיש מחלוקת האם הן עולות בקנה אחד עם התאגיד כגוף משפטי.⁷¹ ככל הנראה, הזכות החוקתית להליך הוגן, הנגזרת מהזכות לחירות או מהזכות לכבוד, לא יחולו על תאגיד. עם זאת, לאור החשיבות המיוחדת של הזכות להליך הוגן, גם אם היא אינה עולה למדרגת זכות חוקתית, אין מקום לשלול היבטים שונים של הזכות להליך הוגן מתאגיד ככל שטיבה וטבעה של הגנה מסוימת או הסדר מסוים מתאימים לכך ובמידה הנגזרת מהעובדה שמדובר בתאגיד.⁷²

כעת אעבור לבחון את הזכות מפני הפללה עצמית וזכות השתיקה, שבמסגרתן עלולה להתעורר התנגשות חזיתית בין בחירת האורגן, שהינו גם כן נאשם, להעיד ולהודות, לבין רצון התאגיד לשמור על זכות השתיקה ולהימנע מהפללה עצמית כאשר מעשיו ומחשבותיו של אותו אורגן עצמו עומדים בבסיס ייחוס העבירה לתאגיד.

67 ראו, דוח ה-OECD, לעיל ה"ש 5; וכן Pena, לעיל ה"ש 5, בעמ' 205.
 68 Directive (EU) 2016/343 of the European Parliament and of the Council of 9 March 2016 on the strengthening of certain aspects of the presumption of innocence and of the right to be present at the trial in criminal proceedings, available at http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2016.065.01.0001.01.ENG&toc=OJ:L:2016:065:TOC. מטרת הדירקטיבה היא לקדם את הזכות להליך הוגן (fair trial) על ידי קביעת תנאים מינימליים בנוגע לחוקת החפות והזכות להיות נוכח במשפט. בס' 2 נקבע במפורש כי הדירקטיבה תחול רק על בני אנוש. בפס' 13 למבוא הובהר כי תחולת זכויות על תאגיד בפלילים לא הוכרעה במדינות החברות, ולכן מוקדם מדי להסדיר זאת באמנה, אך מובהר כי המדינות יכולות לפעול בעניין זה כהבנתן.
 69 ברק **הזכות החוקתית**, לעיל ה"ש 44, בעמ' 863–869.
 70 חיה זנדברג **זכויות נאשמים: הזכות למשפט נפרד** 36 (2001).
 71 אהרן ברק **פרשנות במשפט כרך שלישי – פרשנות חוקתית** 431–432 (1004); עמנואל גרוס "הזכויות הדיוניות של החשוד או הנאשם על פי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו" **מחקרי משפט** יג 155, 169–170 (התשנ"ו); בועז אוקון ועודד שחם "הליך ראוי ועיכוב הליכים שיפוטי" **המשפט** ג 265, 269 (1995) וכן, סיטבון "זכויות תאגידים", לעיל ה"ש 44, בעמ' 114.
 72 עניין **חכמי**, לעיל ה"ש 58, בעמ' 755; עניין **באר שבע**, לעיל ה"ש 49, בעמ' 156.

בית המשפט העליון, בדונו בהגנות אלו, עמד על הבסיס הרעיוני והעקרונות בבסיס זכויות אלו שעליהם עמדתי לעיל. כך למשל, השופט ט' שטרסברג כהן הדגישה את הדילמה, או לדבריה ה"טרילמה", בין החובה לומר את האמת, לבין רצונו של החשוד או הנאשם לשקר כדי למלט עצמו מאימת הדין לבין הסתבכות בבזיון בית המשפט עקב סירובו להעיד.⁷³ יש המבקרים טיעון זה באומרם כי מי שחף מפשע ואינו משקר אינו עומד לפני הטרילמה, על כן ההגנה ניתנת בפועל רק למי שחייב בדונו ובכוננתו להסתיר את האמת, ולהגנה כזו אין מקום.⁷⁴ בעניין **גלעד שרון** נדרש בית המשפט בהרכב מורחב לשאלת הבסיס הרעיוני בבסיס זכויות אלו וקבע כי הבסיס הרעיוני לזכות השתיקה מבוסס על כמה טעמים עיקריים, ביניהם דאגה לחשוד: "במהלך חקירה פלילית ניצב החשוד לבדו אל מול חוקריו... בנסיבות אלה קיים החשש כי חוקרי המשטרה ישתמשו לרעה בכוח המצוי בידיהם על מנת לגבות הודאות מחשודים.... יש להבטיח את זכותו של חשוד לשותק, שעה שהוא ניצב בסיטואציה המאיימת והעוינת של חקירה במשטרה, כדי להגן עליו מפני התנהגות לא ראויה של חוקריו". טעם נוסף הוא הרצון להימנע, בשל אותה סיטואציה, מפני הודאות שווא של חשודים וכן הרצון להימנע מלדרוש מאדם לייצר ראיות המפלילות אותו.⁷⁵ טעמים אלו אינם עומדים כאשר מדובר בתאגיד.

הדין בישראל מכיר בזכות הנאשם שלא להפליל את עצמו, ובמסגרת זו גם את זכותו לשותק, הן בחקירה הן במשפט. קיימות מספר הוראות החוק המעגנות זכויות אלו, חלקן לגבי החקירה, חלקן לגבי המשפט.⁷⁶ הוראות אלו והבסיס הרעיוני שלהן נדונו בפסיקה לגבי נאשמים שאינם תאגידים, אך לא ארחיב בעניין זה.⁷⁷

(3) תחולת זכות השתיקה והזכות מפני הפללה עצמית על תאגידים

מרבית הפסיקה והספרות בעולם מתייחסים לכל סוגי החברות והתאגידים כאחד בהתייחסם לזכויות תאגידים בכלל ולזכויות בהליך הפלילי בפרט. אני סבורה כי ראוי לערוך שתי הבחנות מרכזיות לעניין זה: ראשית, יש להבחין בין חברות יחיד מצד אחד, הדומות יותר לבן האנוש, לבין חברות נסחרות, שמניותיהן נסחרות בידי הציבור, או חברות ענק מצד שני. ברור שהאינטרסים והשיקולים משתנים

73 עניין **חכמי**, לעיל ה"ש 58, פס' 14 לפסק דינה של השופטת שטרסברג-כהן.
 74 Reed Amar & Renee B. Lettow, *Fifth Amendment First Principles: The Self-Incrimination Clause*, 93 MICH. L. REV. 857, 890 (1995); Daniel J. Seidmann & Alex Stein, *The Right to Silence Helps the Innocent: A Game-Theoretic Analysis of the Fifth Amendment Privilege*, 114 HARV. L. REV. 430, 452 (2000); JEREMY BENTHAM, A TREATISE ON JUDICIAL EVIDENCE 241 (1825).
 75 דברי המשנה לנשיא אור ברע"פ 8600/03 **מדינת ישראל נ' שרון**, פ"ד נה(1) 748 (2003).
 76 ס' 2(2) לפקודת הפרוצדורה הפלילית (עדות); ס' 28(א) לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו-1996; ס' 47 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971; ס' 161-162 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982.
 77 ראו לעניין זה רע"פ 4142/04 **מילשטיין נ' התובע הצבאי הראשי**, פ"ד סב(1) 378 (2006); דורון מנשה "שתיקת החפים – עיון מחדש בהלכת מילשטיין" **הארץ דין** ה' 66, 71 (התשס"ט); עניין **שרון**, לעיל ה"ש 75.

בהתאמה.⁷⁸ כשמדובר בחברת יחיד הנטייה תהיה להכיר בזכויות לחברה כאלו הנתונות לבעליה, וכאשר מדובר בחברות נסחרות השיקולים ישתנו לחלוטין. מצד אחד עלולים בעלי מניות להיפגע אם זכויות התאגיד לא יישמרו, מצד שני היקף פעילותם והשפעתם של חברות נסחרות בכלל, ותאגידי הענק בפרט, על החברה (society) בכללותה מחייבת הטלת אחריות על תאגידי אלו, שלא ניתן יהיה להתחמק ממנה בקלות רבה מדי. אבחנה שנייה יש לערוך בין חברות מסחריות לחברות שאינן למטרות רווח, שכן נראה כי יש להעניק פחות הגנות לחברה עסקית המבצעת עבירות כדי להגדיל את רווחיה. ודאי וודאי כשמדובר בתאגיד מסחרי נסחר.⁷⁹ מעבר לשאלה העקרונית שעליה עמדתי לעיל, הרי אם יוכרו זכויות אלו באשר לתאגידי, הדבר יעורר שאלות רבות כמו מי בחברה יחליט על כך? האורגנים המכהנים באותה עת? ואם הם אלו שבתקופתם בוצעו העבירות, האם גם אז ניתן להם את זכות ההחלטה? אולי להשאיר החלטה זו בידי יועציה המשפטיים של החברה? מה קורה כאשר המנהלים, האורגנים שמעשים ומחשבותיהם מיוחסים לחברה, עומדים גם הם לדין ובוחרים דווקא להעיד? אני סבורה כי במקרה האחרון יש להעדיף את זכויות המנהלים בני האנוש, שאחרת אם אלו יבחרו להעיד, ולתאגיד תינתן זכות השתיקה והוא יוכל לטעון כי הדבר פוגע בזכותו להליך הוגן, לעולם לא ניתן יהיה להרשיע תאגידיים.

לסיכום, הצבת דוגמה זו ממחישה את הבעייתיות בהענקת זכויות בהליך הפלילי לתאגידיים שאינם עומדים לפני שלילת חירותם ופגיעה בכבוד האדם שלהם, ונראה כי ראוי להסדיר עניין זה בחקיקה במפורש, ולטעמי על דרך הצמצום.

ד. ענישת תאגידיים – התאמות נדרשות בחקיקה

היותו של נאשם שהורשע תאגיד משפיעה על כל השלבים והמרכיבים של גזירת הדין. אעמוד כאן בקצרה על ענישת התאגיד, הבעיות המתעוררות מכך והאפשרויות לפתרון. הבעייתיות נובעת מכך שכיוון שאין מדובר בבני אנוש, הרי שהעונש החמור יותר, עונש המאסר, אינו עומד כנגדם, ועל כן יש לשקול בעניינם את מטרות הענישה ודרכי הענישה.

1. הבניית שיקול הדעת בענישה

אופן גזירת הדין נקבע בסימן א' 1 לפרק ו' בחוק העונשין, במסגרת פרק על הבניית שיקול הדעת בענישה שהוסף לחוק במסגרת תיקון 113 לחוק העונשין.⁸⁰ התיקון התבסס על מסקנות ועדה לעניין

78 Elizabeth Pollman, *Line Drawing in Corporate Rights Determinations*, 65 DEPAUL L. REV. 597 (2016), available at <http://via.library.depaul.edu/law-review/vol65/iss2/12>.

79 ראו לעניין זה דבריו של השופט הנדל ברע"פ 1840/12 **עוזר נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 30.4.2013): "הדבר נובע ולו מהשוני בין בשר ודם לבין חברה. בעוד הראשון בעל זכות בסיסית לחיים, חירות וכבוד, החברה בע"מ, עם כל חשיבותה בכלכלה המודרנית, אינה אלא יצור משפטי שקיים מכוח טבע הדין ולא מכוח דין הטבע". עוד ראו את ההחלטה בעניין **סימנס**, לעיל ה"ש 29, בעמ' 70.

80 חוק העונשין (תיקון מס' 113), התשע"ב–2012 (להלן: תיקון 113).

הבניית שיקול הדעת השיפוטי בגזירת הדין.⁸¹ התיקון אינו מבחין בין תאגידים לבני אנוש לעניין זה. אפתח בסקירה קצרה של הוראות פרק זה ולאחר מכן אפרט כיצד היותו של המורשע תאגיד משפיע על תהליך גזירת הדין.

על פי הוראות חוק העונשין, לאחר ההרשעה, על בית המשפט לקבוע תחילה את מתחם הענישה הראוי בגין העבירה בנסיבותיה, ורק אז, ולאחר שהובאו בחשבון נסיבותיו האישיות של הנאשם, על בית המשפט לגזור את דינו בתוך מתחם הענישה.⁸² בשלב הראשון, על בית המשפט לקבוע מהו מתחם הענישה ההולם, בהתחשב בחומרת העבירה ובנסיבות ביצועה. מבחן נורמטיבי-אובייקטיבי. בשלב השני על בית המשפט לבחון אם מתקיימים שיקולים חריגים הנוגעים לנאשם ומצדיקים לסטות מהמתחם שנקבע בשלב הראשון – פוטנציאל שיקום מיוחד (שאו ניתן לחרוג מהמתחם לקולא) או הגנה על הציבור (שאו ניתן לחרוג מהמתחם לחומרא). בשלב השלישי על בית המשפט לבחון את נסיבותיו של הנאשם שלפניו (לקולא ולחומרא), ולאורן לגזור את עונשו.⁸³ חשיבות התיקון היא בהבחנה שיש לעשות בין האשם והגמול הראוי לעבירה כשלעצמה (שיקולים אובייקטיביים) לבין שיקולים אינדיבידואליים הנוגעים לנאשם.

כאשר גוזרים את דינו של מי שהורשע, השלב הראשון, כאמור, הוא לקבוע את מתחם הענישה.⁸⁴ מתחם העונש ההולם ייקבע בהתאם לערך החברתי שפגע ועל פי העיקרון המנחה בענישה, הוא עקרון ההלימה, ולפיו יש לקיים יחס הולם בין חומרת מעשה העבירה בנסיבותיו, מידת אשמו של הנאשם והסוג והמידה של העונש שהוטל עליו.⁸⁵ אשר לערך החברתי המוגן – הוא נקבע על בסיס הערך המוגן שביסוד העבירה, וחשיבותו נלמדת מלשון העבירה, ממיקומה בחקיקה הפלילית ומהעונש שנקבע לצידה. קביעת הערך המוגן אומנם אינה מושפעת ישירות מהיות הנאשם תאגיד, אולם, בשלב זה יש לקבוע גם את החומרה של העבירה באמצעות בחינת הנסיבות הקשורות לביצועה. סעיף 40ט לחוק העונשין מונה רשימה לא סגורה של נסיבות הנוגעות לביצוע העבירה, שבהן על בית המשפט

81 משרד המשפטים דין וחשבון הועדה לענייני דרכי ההבניה של שיקול הדעת השיפוטי בגזירת הדין (1997) בראשות השופט (בדימוס) גולדברג (להלן: **דוח ועדת גולדברג**). למטרות החוק ראו הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 92) (הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה), התשס"ו–2006, ה"ח הממשלה 241. למעט אם יש מספר עבירות, אז יש כשלב מקדים לקבוע האם מדובר באירוע אחד לצורך הענישה.

82 על חשיבות ההבחנה בין השלבים ומהותם עמד השופט פוגלמן בע"פ 2918/13 **דבס נ' מדינת ישראל**, פס' 6 לפסק דינו של השופט פוגלמן (פורסם בנבו, 18.7.2013).

84 סימן א' 1 לפרק ו' לחוק העונשין עוסק בהבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה. ס' 40ג(א) לחוק העונשין קובע כי תחילה על בית המשפט לקבוע את מתחם הענישה.

85 עיקרון מנחה זה כולל שני עקרונות דומים וקשורים שאינם זהים: עקרון המידתיות (proportionality) ועקרון הגמול (retribution). ראו לעניין זה רות קנאי "הבניית שיקול הדעת של השופט בקביעת העונש בעקבות דוח ועדת גולדברג" **מחקרי משפט** טו 147 (1999); יניב ואקי ויורם רבין "הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה: תמונת מצב והרהורים על העתיד לבוא" **הפרקליט** נב 413 (התשע"ד); סיגל קוגוט, אפרת חקאק ואיתמר גלבפיש "מי מפחד מהבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה? על ערכאת הערעור ותיקון 113" **משפט צדק? ההליך הפלילי בישראל – כשלים ואתגרים** 267 (משפט, חברה ותרבות, אלון הראל עורך, 2018). עוד ראו ע"פ 8641/12 **סעד נ' מדינת ישראל**, פס' 19 לפסק דינו של השופט סולברג (פורסם בנבו, 5.8.2013), שבו מביא השופט סולברג מדברי הרמב"ם (מורה הנבוכים, חלק ג, פרק מא), שם עומד הרמב"ם על עקרון ההלימה.

להתחשב בעת קביעת מתחם הענישה. היינו, בשלב זה יש לבחון את חומרת העבירה הקונקרטיה שבוצעה לאור נסיבות שאינן נמנות עם יסודות העבירה, אך התקיימו במקרה הקונקרטי. במסגרת זו, היותו של הנאשם המורשע תאגיד מהווה את אחת הנסיבות החשובות. נסיבה זו אינה מופיעה במסגרת נסיבות ביצוע העבירה, המפורטות בסעיף, אך יש מקום להתחשב גם בה כנסיבה הרלוונטית לקביעת מתחם הענישה.⁸⁶

אני סבורה כי ביצוע עבירות במקרה של תאגיד מהווה נסיבה מחמירה בנסיבות ביצוע העבירה, בעיקר כאשר מדובר בעבירות המבוצעות למען השאת רווחיו של התאגיד. אם נביא לדוגמה את עבירת השוחד, תאגידים ככלל ותאגידי ענק בפרט הם אלו המשתתפים במכרזים המשמעותיים במשק. להם גם המשאבים הנדרשים כדי להעביר כספים למי שבידם הכוח לקבל את ההחלטות. כלומר, הפיתוי גדול, שכן זכייה במכרזים משמעותיים מביאה לרווח עתק, ולצידה היכולת, מבחינת המשאבים, להעביר סכומי כסף למקבלי ההחלטות. סכומים אלו מהווים, ככלל, חלק מזערי שבמזערי ממשאבי החברה המתחרה, מהווים סכום בטל בשישים לגבי המכרזים, ומנגד, מהווים סכומים משמעותיים לאדם פרטי.⁸⁷ כך גם בעבירות סביבתיות הנובעות מרצון התאגיד לחסוך בהוצאות הנוגעות להגנה על הסביבה.

המקרה היחיד שבו אני סבורה כי יש להקל בעונשו של תאגיד שהורשע, הוא במקרה שבתאגיד היו תוכניות ציות, עובר לביצוע העבירה, כאמור לעיל. גם אם לא תבוסס הגנה מלאה במקרה כזה, יש להתחשב בכך כנסיבה מקלה. מעבר לכך, לטעמי, אין מקום כי עצם העובדה שהנאשם הינו תאגיד יהווה נסיבה מקלה לעניין גזירת הדין.

השיקול השלישי שעליו יש לתת את הדעת במסגרת קביעת מתחם הענישה האובייקטיבי (השלב הראשון) הוא רצף בענישה או התייחסות לענישה בנסיבות דומות.⁸⁸ אולם, מדיניות הענישה בעבירות שביצע תאגיד אינה יכולה להיגזר ממדיניות הענישה הכוללת עבירות שביצעו בני אנוש, כיוון שהעונש

86 ס' 40יב לחוק העונשין קובע שהרשימה בס' 40ט לחוק העונשין הינה רשימה פתוחה וכי בית המשפט מוסמך לשקול נסיבות נוספות הקשורות בביצוע העבירה לשם קביעת מתחם העונש ההולם.

87 ראו לעניין זה את הנתונים בהחלטה בעניין חברת סימנס ישראל בת"פ (מחוזי ת"א) 4368-05-16 מדינת ישראל נ' סימנס ישראל בע"מ (פורסם בנבו, 20.11.2017) (להלן: גזר דין סימנס). כפי שעלה מהעובדות, זכתה חברת סימנס העולמית במכרזים של חברת החשמל בסכום כולל של כ-770 מיליוני יורו (2.5 מיליארד שקל), כששילמה שוחד בהיקף של כתשעה מיליוני אירו לעובדי חברת החשמל, שהיו בעמדת קבלת החלטות במכרזים.

88 בהצעת חוק העונשין (תיקון מס' 128) (הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה), התשע"ו-2016, ה"ח הממשלה 1052 (להלן: הצעת תיקון 128), מוצע לתקן את סימן א' לחוק העונשין, בין השאר לעניין מדיניות הענישה המקובלת. על פי דברי ההסבר, מאז תיקון החוק בעניין זה נצבר ניסיון שהציף כמה בעיות וקשיים, שאחת מהן היא אי-השוויון בענישה, גם לאחר תיקון 113. על כן מוצע להקים ועדה מייעצת לענייני ענישה, שתפקידה יהיה לאסוף מידע ולערוך מחקרים על מדיניות הענישה, וממצאיה ישמשו את בית המשפט בבואו לקבוע את מדיניות הענישה הנהוגה, לצורך קביעת העונש ההולם. שם, בעמ' 1078.

היחיד הקבוע היום בחוק העונשין שניתן להטיל על תאגיד הינו קנס.⁸⁹ על כן יש לקבוע מתחם ענישה נפרד לתאגידים.

2. שיקום התאגיד המורשע בפלילים

השאלה הראשונה המתעוררת בהקשר של ענישת תאגידים הינה, מהי מטרת הענישה. לגבי בני אנוש נקבע, כאמור, כי המודל הגמולני הוא המודל הראוי. כאשר מדובר בענישת תאגידים, ובהיעדר מאסר כאפשרות ענישה, אני סבורה כי המטרה העיקרית בענישת תאגידים הינה שיקום. לגבי תאגידים, כפי שאפרט להלן, הדבר ישים ומדיד.

השיקום הוא ערך מרכזי וחשוב בחוק העונשין, כפי שעולה מתיקון 113. אומנם התיקון קובע כי המודל הוא גמולני, היינו, מתחם הענישה צריך לשקף עונש הולם בהתחשב בחומרת העבירה ובנסיבותיה. עם זאת, כאמור, החוק מאפשר לבית המשפט לסטות ממתחם זה בשני מקרים: לחומרא, בשל צורך מיוחד בהגנה על שלום הציבור; ולקולא, משיקולי שיקום (סעיף 40(ד) לחוק העונשין). מודל ענישה שיקומי נועד להביא לשילובו מחדש של העבריין בחברה כאזרח שומר חוק שאינו מסכן עוד את החברה ואת ערכיה. סעיף 40(א) לחוק מאפשר להחליף את עקרון ההלימה, המחייב טווח ענישה מסוים, בעקרון השיקום, המביא לענישה מופחתת. זוהי אחת הנסיבות המרכזיות שיש להתחשב בהן בעת גזירת הדין.⁹⁰ ניתן להפחית בעונש גם במקרים שהנאשם כבר השתקם, עובר לגזירת הדין, וגם במקרים שבהם יש סיכויים ממשיים לשיקום בעתיד. כך לגבי בני אנוש.

גם בהקשר של ענישה ושיקום מציבים דיני התאגידים לצד דיני העונשין שיקולים שונים מאלו המתעוררים כשמדובר בבני אנוש, המביאים למסקנה כי במקרה של תאגידים שהורשעו יש להעדיף את עקרון השיקום. וזאת ממספר טעמים, עליהם אעמוד להלן.

89 אם כי יש חשיבות להרשעה הפלילית עצמה, והגינוי החברתי הנובע ממנה גם במקרה של תאגיד: Samuel W. Buell, *The Blaming Function of Entity Criminal Liability*, 81 IND. L.J. 473, 522–523 (2006) אשר לצעדים אחרים הפוגעים בפועל בנאשמים, אלו אינם מהווים ענישה באופן פורמלי (אם כי ניתן להתחשב בהם במסגרת גזירת דינו של הנאשם בתוך מתחם הענישה). כך למשל לעניין חילוט, שניתן לנקוט בו לגבי תאגיד בנסיבות מסוימות, אינו מהווה ענישה, ראו **דוח ועדת גולדברג**, לעיל ה"ש 81, בעמ' 25, ס' 8(א) להצעת הרוב, וכן ע"פ 7480/95 **מדינת ישראל נ' בן שטרית**, פ"ד נב(2) 385, 410 (1998); ע"פ 2333/07 **תענך נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו 12.7.2010); בש"פ 6817/07 **מדינת ישראל נ' סיטבון**, פס' 34 לפסק דינה של השופטת ארבל (פורסם בנבו, 31.10.2010). עם זאת, במקרים אחרים התייחסו לכך כסנקציה מעין עונשית שמטרתה הרתעת הנאשם: ע"פ 7646/07 **כהן נ' מדינת ישראל**, פס' ח לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 20.12.2007); ע"פ 4980/07 **כהן נ' מדינת ישראל**, פס' 45 לפסק דינו של השופט מלצר (פורסם בנבו, 4.11.2010). לדיון בשאלה האם מדובר בענישה נוספת ראויי לבני "עבריינות הצווארון הלבן בישראל: האם נעשה די? **משפט צדק? ההליך הפלילי בישראל – כשלים ואתגרים** 15, 23 (2018). שאלה דומה נוגעת למרשם הפלילי לגבי תאגידים, והאם מדובר בענישה: רות קמיני "הסיווג הראוי של המרשם הפלילי: על הקושי שבהעברת נטל הענישה לידיים פרטיות ומשמעותו" **עלי משפט** ט 327, 340 (2010).

90 אורן גזל-אייל "התפתחויות במשפט הפלילי הדיוני והמהותי 2012–2014" **דין ודברים** ט 517, 548 (2016). גזל-אייל עומד על כך כי יש חשיבות שהשינוי בתיקון 113 יוטמע במובן המהותי, כך, שלמשל, יועדפו סיכויי השיקום.

אחד ההבדלים המהותיים בין תאגיד לבין בן אנוש הוא שתאגיד אינו יכול לשאת בעונש החמור יותר הקיים בספר החוקים – עונש המאסר. מכאן, כפי שאפרט, קשה לעמוד בעקרון ההלימה כאשר העונש היחיד, במצב המשפטי כיום, הינו עונש של קנס. לאור הקשיים בהטלת קנס משמעותי על תאגיד שהורשע, שיפורטו להלן, ברי כי יש להעדיף את עקרון השיקום.⁹¹ יש הסבורים כי לגבי תאגידים אין לעמוד כלל על עקרון ההרתעה והגמול, אלא על עקרון השיקום כעקרון ראשון במעלה אף ללא הטלת קנסות.⁹² תאגידים ששוקמו, הטמיעו הליכי בקרה, ציות ואכיפה פנימיים, שמטרתם להרתיע את העובדים והמנהלים מביצוע עבירות – הם תאגידים אחרים, גם מבחינה פרסונלית, מאלו שהיו בעת ביצוע העבירות. שיקום אמיתי המביא לשינוי ארגוני ותרבות של ציות לחוק, לצד מנגנוני פיקוח ובקרה שימנעו ככל הניתן עבירות, יתרום למלחמה בעבריינות יותר מכל קנס או ענישה אחרת. אני סבורה כי יש להעניש תאגידים, אך המטרה המרכזית הינה שיקומם. יש לציין כי **חוק סדר הדין הפלילי** קובע בסימן א' 1 (סעיפים 67א–67ב) אפשרות לסגור תיק בהסדר גם כזה שבמסגרתו ניתן להטיל הסדרי פיקוח למען שיקום החשוד מבלי לנהל הליך פלילי. מדברי ההסבר לחוק סדר הדין הפלילי בפרק זה, שנוסף בשנת 2012, עולה כוונה ראויה, לתת בידי רשויות האכיפה אפשרות ביניים, שבין סגירת התיק לבין הגשת כתב אישום, במקרים שבהם אין הצדקה לנהל הליך פלילי מלא, אך מעוניינים לחייב את הנאשם לתוכנית שיקום.⁹³ שלב ביניים זה יפה גם, ואולי יותר מכול, לתאגידים. זאת בעיקר במקרים שבהם תאגיד מורשע מכוח מעשיו של אחד האורגנים, כאשר התאגיד הנהיג תוכניות ציות ובקרה למניעת ביצוע עבירות או שמתמנה הנהלה חדשה המעוניינת למנוע ביצוע עבירות עתידיות. אולם, כיוון שגם החדשנות תוכנית שיקום בפיקוח קצין מבחן ואינו מפרט מי יהיה הגורם המפקח במקרה של תאגידים ולאור פסק הדין בעניין **נמלי ישראל**,⁹⁴ גם הסדר כזה לא ניתן לעשות עם תאגיד, על פי החקיקה הקיימת, לפחות בכל הנוגע לתוכנית ציות, אלא אם התאגיד מקבל תוכנית כזו על עצמו באופן וולונטרי, ועל כן יש להסדיר אפשרות זו לגבי תאגידים במפורש.

(א) אפקטיביות השיקום במקרה של תאגיד

אפקטיביות השיקום במקרה של תאגיד רבה יותר וניתנת למדידה ולפיקוח. התאגיד הינו אישיות משפטית ונותר ככזה, אך בניגוד לבן אנוש, יכול לשנות לחלוטין את "אישיותו" במובן זה שניתן להחליף את כלל המנהלים שסרחו, כפי שנעשה במקרים מעין אלו, ולהטמיע הליכי ציות, בקרה ואכיפה שימנעו ביצוע עבירות נוספות.

Peter J. Henning, *Should the Perception of Corporate Punishment Matter*, 19 J.L. & POL'Y 83, 87 (2010). 91

Mihailis E. Diamantis, *Clockwork Corporations: A Character Theory of Corporate Punishment*, 103 IOWA L. REV. 507, 570 (2018), available at <http://ssrn.com/abstract=3057313>. 92

Albert W. Alschuler, *Two Ways to Think*, לעיל ה"ש 37. 93
דברי הסבר להצעת חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 61) (הסדר לסגירת תיק מותנית), התשס"ט–2008, ה"ח הממשלה 416, 210.

דנ"פ 8062/12 מדינת ישראל המשרד להגנת הסביבה נ' חברת נמלי ישראל פיתוח ונכסים בע"מ (פורסם בנבו, 2.4.2015) (להלן: עניין נמלי ישראל). 94

במקרים שבהם הורשעו בני אנוש בעבירות, תמיד עולה ספק האם דברים שאומרים לאחר שנתפסו באשר לרצונם להשתקם הם אמיתיים, האם נאמרו מהשפה ולחוץ והאם אישיותם ונסיבות חייהם מאפשרים להם להתנתק מהמאפיינים העברייניים. חששות אלו אינם קיימים במקרה של תאגיד, ששם ניתן להחליף את נושאי המשרה ולהטמיע הליכי בקרה וציות לחוק. היינו, הביטחון בהליך שיקום גדול יותר.⁹⁵ מעבר לכך, הראיות לעניין שיקומו של תאגיד ברורות יותר ומדידות יותר.⁹⁶ אומנם אין בנמצא תוכנית ציות שתמנע באופן מוחלט ביצוע עבירות, בעיקר בתאגידי הענק, שבהם מועסקים רבבות עובדים. אולם בחברות אלו יש חשיבות לאקלים הניהולי ולאימוץ תוכניות ציות מראש, אם לא כהגנה לאחריות עצמה (כפי שהצעת קודם), אז לכל הפחות כדיעבד.⁹⁷

(ב) תוכניות שיקום כפויות ווולונטריות

במסגרת החוק הקיים היום לא ניתן להורות במסגרת גזר הדין על הטמעת תוכניות ציות בקרה ואכיפה בתאגידיים, וגם לא העמדה במבחן ופיקוח קצין מבחן על דרך של מינוי בקר או מפקח. כך נקבע בעניין **נמלי ישראל**. הסיבה לכך לא הייתה ששיקום תאגיד באופן זה אינו מהווה תכלית ראויה, אלא שנדרשת לשם כך חקיקה ראשית, כיוון שהתאמת תוכניות כאלו לתאגיד מחייבת אנשי מקצוע, שכשירותיהם של אנשי שירות המבחן כיום אינם נמנים עליהם.⁹⁸ הסדרת החקיקה בנוגע לתאגיד כנאשם בהליך הפלילי מחייבת הסדרה מפורשת בחקיקה. במסגרת זו יש לקבוע מי יפקח (רואי חשבון, עורכי דין, מהנדסים סביבתיים?), איך ייבחרו לתפקיד, מי ישלם את שכרן וכיו"ב שאלות.

3. הטלת קנס על תאגיד – יישום עקרון ההלימה וההשלכות האפשריות

כפי שהבהרתי בתחילת הפרק, אחד הקשיים בענישת תאגידיים נובע מהעובדה שעל פי החקיקה הקיימת, העונש היחיד שניתן להטיל על תאגיד הינו קנס כספי. חוק העונשין אינו מבחין לעניין קביעת מתחם הענישה בין תאגיד לבין בן אנוש. סעיף 340 לחוק העונשין קובע כי במסגרת קביעת המתחם, על בית המשפט לבחון גם את סוג העונש. במצב הדברים כיום אמרה זו נכונה, כאמור, רק לבן אנוש, שלגביו קיימים סוגי עונשים שונים (ובליכס הבחירה בין מאסר לקנס), ואילו כאשר מדובר בתאגיד,

95 Diamantis, לעיל ה"ש 92, בעמ' 50.

96 אורן גזל-אייל "חריגה ממתחם העונש ההולם" **ספר ביניש** 539, 546 (קרן אזולאי, איתי בריסמן-טוב, אהרן ברק ושחר ליפשיץ עורכים, 2018).

97 לניתוח תוכניות ציות והצלחתן במניעת עבירות בארצות הברית ראו Vikramaditya Khanna & Timothy L. Dickinson, *The Corporate Monitor: The New Corporate Czar?*, 105 MICH. L. REV. 1713 (2007); Miriam Hechler Baer, *Governing Corporate Compliance*, 50 B.C.L. REV. 949 (2009); Cristie Ford & David Hess, *Can Corporate Monitorship Improve Corporate Compliance?*, 34 JR. CORP. L. 679 (2009).

98 עניין **נמלי ישראל**, לעיל ה"ש 94, פס' 31 לפסק דינו של הנשיא גרוניס.

העונש היחיד שניתן להטיל עליו הוא קנס.⁹⁹ על כן, כיום יש לבחון את עקרון ההלימה רק באמצעות הקנס שיוטל על התאגיד שהורשע.

לכאורה, אין בכך קושי, ככל שהעבירה חמורה יותר ניתן לקבוע מתחם קנס גבוה יותר, ולהטיל בפועל קנס גבוה יותר, בדומה לקביעת מתחם הענישה לגבי בני אנוש. עם זאת, לקנס שמוטל על תאגיד יש שני מאפיינים, שמקשים לקבוע מתחם ענישה גבוה המתחייב מעקרון ההלימה, גם אם המעשים שבוצעו הם חמורים: הראשון, שבקנס נושאים בפועל בעלי המניות או אחרים המושפעים מכך (נושים, צרכנים); והשני, שקנס נתפש כענישה מקלה יחסית, "קניית" ביצוע העבירה תמורת "מחיר" הקנס. אעמוד על מרכיבים אלו.

(א) בקנס נושאים בפועל בעלי המניות

המאפיין הראשון הוא שאת הקנס אומנם משלם התאגיד שהורשע, אך מי שנפגע מכך בפועל הם בעלי המניות. אומנם, גם במקרה של כליאת נאשם, נפגעים מכך בני משפחתו, אולם במקרים אלו הנאשם, המרצה את עונשו מאחורי סורג ובריח, הוא הנפגע העיקרי. בניגוד לכך, במקרה של תאגיד, כיוון שהתאגיד הוא בבעלות בעלי המניות, הם הנפגעים העיקריים מתשלום הקנס. אומנם, יהיו מקרים שבהם יפיק התאגיד טובת הנאה מעצם ביצוע העבירה (כגון זכייה במכרז בעקבות תשלומי שוחד), אולם יהיו מקרים שבהם תאגיד ביצע עבירה ולא קיבל טובת הנאה, כגון אם שולם שוחד והדבר התגלה והחברה לא זכתה במכרז, כך שבעלי המניות יישאו רק בקנס. אומנם אין בטיעון זה כדי למנוע הטלת אחריות פלילית על התאגיד, אולם בהחלט יש להתחשב בכך לעניין קביעת מתחם העונש. ככל שהמנהלים לא ירצו לפגוע בבעלי המניות, אפשרות אחרת הפתוחה לפניהם, ככל שמדובר בחברה המוכרת מוצרים או שירותים, היא העלאת מחירים, כך שהנטל ייפול על הצרכנים (אלא אם מדובר בשוק תחרותי משוכלל).

שנית, ובעיקר, קנסות משיעור מסוים ומעלה עלולים להביא את החברה לחדלות פירעון או לקשיים כלכליים ניכרים, ואז הנזק ייגרם לא רק לבעלי המניות אלא גם לנושים של החברה, לעובדיה, ובמקרים של תאגיד גדול גם לחברה בכללותה.¹⁰⁰ אם מדובר בתאגיד המשקיע במשק ומעסיק עובדים רבים, לרשויות אין אינטרס להביא לקריסתו. כך במשבר הפיננסי האחרון בארצות הברית הועמדה לדין והורשעה פירמת רואי חשבון בשם Arthur Andersen, מהגדולות בארצות הברית, ובסופו של דבר פשטה רגל, וכל 75,000 עובדיה נותרו ללא פרנסה (אף שבסופו של דבר זוכתה בבית המשפט העליון). הדבר נובע בין היתר מכך שחברה מורשעת בארצות הברית אינה יכולה לחתום חוזים עם הממשל ושלוחותיו. בהצעת החוק לתיקון הבניית שיקול הדעת בענישה, אחד התיקונים המוצעים הוא לחרוג

99 יש להדגיש כי כאשר מורשעים בביצוע עבירה בני אנוש לצד תאגיד, רואים בכך בתי המשפט לא אחת אירוע אחד שבגיניו מוטל מאסר על מבצע העבירה וקנס על התאגיד באופן שהעונשים בכללותם עונים על עקרון ההלימה.

100 ראו לעניין זה Assaf Hamdani & Alon Klement, *Corporate Crime and Deterrence*, 61 STAN. L. REV. 271, 278 (2008).

ממתחם הענישה גם כאשר מדובר בנסיבות אישיות חריגות המהוות "נטל עונשי נוסף" על הנאשם.¹⁰¹ ייתכן כי ניתן לשקול את הסיכון להמשך קיום התאגיד במסגרת זו, אם כי לטעמי, ניתן לנצל הזדמנות זו של הצעה לתיקון הבניית שיקול הדעת כדי לקבוע במסגרתו הוראות ספציפיות בנוגע לתאגידים.

(ב) הקנס כעונש מקל

יש הטוענים כי הטלת קנס כעונש יחיד משדרת מסר המפחית מן החומרה המיוחסת למעשים, שכן מדובר ב"מחיר" לעבירות, שבשל המגבלות שעליהם עמדתי לעיל, לעיתים אינו נתפש כמשמעותי במיוחד. עוד נטען כי החברה מביאה בחשבון שייתכן ולא תיתפש בכף ולא תשלם כל מחיר, ואם כן, "תשלם" עבור ביצוע העבירה.¹⁰² כך, בארצות הברית שופט סירב לקבל הסדר טיעון שכלל רק מרכיב של קנס, אף שמדובר היה בקנס של 33 מיליון דולר. מדובר היה בעבירות שנגעו למשבר הכלכלי האחרון בארצות הברית. נקבע כי הקנס אינו תואם את חומרת העבירות, שהשפיעו על מיזוג במיליארדי דולרים, ונוסף לכך, מי שנושא בו אינם נושאי המשרה שביצעו את העבירות אלא קורבנות העבירה, בעלי המניות.¹⁰³

לאור האמור לעיל, בקביעת מתחם ענישה לתאגידים יש להביא בחשבון כי לא ניתן באמת לשקול את הגמול המגיע, את עקרון ההלימה. מנגד, אין להלום כי בשל החשש לחדלות פירעון של חברה היא לא תיענש כראוי. גודל החברה "too big to jail" אינו יכול להוות עיר מקלט לעבריינים.¹⁰⁴

4. עונשים חלופיים לענישת תאגידים

כעיקרון, קיימים עונשים נוספים שניתן להטיל על תאגיד שעבר עבירה, וחלקם אכן קבועים בחקיקה במדינות אחרות.¹⁰⁵ כך, יש המצביעים על פירוק החברה כעונש "מוות" מבחינתה, על צמצום אפשרות

101 דברי הסבר להצעת חוק העונשין (תיקון מס' 128) (הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה), התשע"ו–2016, ה"ח הממשלה 1052, 1079.

102 ראו לעניין זה John C. Coffee, *No Sole to Damn, No Body to Kick: An Unscandalized Inquiry into the Problems of Corporate Punishment*, 79 MICH L. REV 386 (1981).

103 SEC v. Bank of Am. Corp., 653 F. Supp. 2d 507, 508 (S.D.N.Y. 2009). לאחר מספר חודשים הגיעו התביעה והתאגיד הנאשם באותו עניין להסדר חדש שבו התחייב התאגיד לנקוט צעדים שימנעו מעשים דומים בעתיד. ההסכם אושר למרות שבית המשפט עדיין קבע כי מדובר בהסכם שהוא: "better than nothing" but still "half-baked justice at best" United States v. Guidant LLC, 708 F. Supp. 2d 903 (2010), שם דובר בתאגיד שעבר את העבירות (דיווח מטעה לרשות התרופות האמריקנית על קוצבי לב) ונרכש בידי קונגלומרט תרופות אחר. בעת שהסתיים המשפט הפלילי, הקנס הוטל על הקונגלומרט (253 מיליון דולר) שבמסגרתו לא נעברו עבירות, ולכן כחלק מהסדר הטיעון לא הוכנסו מנגנוני ציות לקונגלומרט הרוכש. בית המשפט לא קיבל את הסדר הטיעון וקבע כי יש להכניס צעדי שיקום גם במצב התאגידי החדש כדי להבטיח מניעת ביצוע עבירות. בית המשפט ציין כי קנס נוגע רק לעבר ואין בו כל השלכה על העתיד, וקבע כי הטלת קנס בלבד ללא צעדים שמטרתם הטמעת שינוי בתאגיד אינה משרתת את מטרת ההליך הפלילי.

104 BRANDON L. GARRETT, *TOO BIG TO JAIL: HOW PROSECUTORS COMPROMISE WITH THE CORPORATIONS* (2014).

105 כך, למשל, בארצות הברית קובעים ה- UNITED STATES SENTENCING COMM'N, *GUIDELINES MANUAL* (2014) <https://www.ussc.gov/guidelines/guidelines-archive/2014-federal-sentencing-guidelines->

פעילות התאגיד, כגון בשל מניעות להשתתף במכרזים בשל הרשעה בעבירות (הקבועה בארצות הברית בחוק המקביל לחוק חובת מכרזים).¹⁰⁶ ענישה אחרת הקיימת בארצות הברית היא בדמות הקמת גוף מפקח או מבקר בתאגיד או מחוצה לו, הקרוי monitor. מדובר במי שבא לעמוד על תהליכי הציות שהטמיעה החברה ולבחון האם הם משרתים את המטרה, שהיא מניעת עבירות עתידיות.¹⁰⁷ תפקידו דומה לקצין מבחן. עונש זה של פיקוח קיים בארצות הברית בעקבות הרשעה וגם בנסיבות מסוימות של היעדר הרשעה – No Prosecution Agreement – NPA או הרשעה נדחית – Deferred Prosecution Agreement – DPA. ככלל, התביעה מגיעה להסדרים אלו עם תאגידים החשודים בפלילים כדי למנוע את העמדתם לדין ואת הנזקים הנלווים לכך. כדי להימנע מהעמדה לדין מסכימים התאגידים החשודים להטמיע תוכנית ציות בקרה ואכיפה שעליהן עומדת התביעה. בחלק מהמקרים מתמנה לחברה monitor, בקר, שתפקידו להבטיח שלחברה יש מדיניות אפקטיבית להבטחת מניעת ביצוע עבירות. היום קובעות ההנחיות לענישה הפדרליות כי בית המשפט יורה על העמדת חברה במבחן אם עונש כזה נדרש להבטיח שנערכים השינויים הנדרשים בארגון למנוע את ביצוען של עבירות עתידיות.¹⁰⁸ החשיבות של הסכמים אלו היא בעיקר בענייני שוחד שבהם מעורבות חברות בינלאומיות, ותוכניות אלו מביאות לשינוי התרבות הארגונית והפחתת ביצוע העבירות, במקרים שבהם רק שיתוף פעולה של החברה יכול להביא להעמדת לדין של האורגנים שביצעו את העבירה.¹⁰⁹ סוג ענישה נוסף של תאגידים הקיים בארצות הברית, למשל, הוא חיוב בעשיית מעשים לטובת הציבור, המקביל לשירות לתועלת הציבור הקיים לגבי בני אנוש בחוק העונשין.¹¹⁰

הבאתי על קצה המזלג אפשרויות המקובלות לענישת תאגידים כדי להראות כי ניתן לקבוע מגוון עונשים גם ביחס לתאגידים.¹¹¹ אולם, יש לקבוע זאת בחקיקה במפורש, שכן במשפט הישראלי

106 manual (להלן: Sentencing Guideline) הנחיות לגבי ענישת תאגידים בפרק נפרד (פרק 8), המסדיר את התנאים שבהם ניתן להטיל על תאגיד צו מבחן או פעולות לתועלת הציבור. לניתוח פרק זה ולאפשרויות הנתונות שם לענישת תאגידים ראו William Robert Thomas, *How and Why Should the Criminal Law Punish Corporations?* (2015) (Unpublished Ph.D. dissertation, University of Michigan)

107 בחוק הישראלי לא קבועה מגבלה כזו, אך ס' 2 לחוק עסקאות גופים ציבוריים, התשל"ו-1976, קובע כי גוף ציבורי לא יתקשר עם מי שהורשע בעבירות לפי חוק העסקת עובדים זרים או חוקים אחרים הקשורים בדיני העבודה.

108 גזר דין סימנס, לעיל ה"ש 87, בעמ' 25.

109 Sentencing Guideline, לעיל ה"ש 105, §8 D1.1(a)(6). לניתוח ההנחיות בהקשר של עבירות שחיתות, ראו Lauren Giudice, *Regulating Corruption: Analyzing Uncertainty in Current Foreign Corrupt Practices Act Enforcement*, 91 BOSTON U. L. REV. 347, 361 (2011) אם כי ההנחיות אינן מופעלות רק בהקשרים אלו. יש לציין שהתעוררו מחלוקות באשר לאופן מינוי הבקרים וסמכויותיהם, ויש לתת על כך את הדעת ככל שהעניין יוסדר בישראל בחקיקה או אף בהנחיות היועץ המשפטי לממשלה.

110 Lisa Kern Griffin, *Compelled Cooperation and the New Corporate Criminal Procedure*, 82 N.Y.U. L. REV. 311, 331 (2007).

111 Jennifer Arlen, *Removing Prosecutors from the Boardroom: Limiting Prosecutorial Discretion to Impose Structural Reforms*, in PROSECUTORS IN THE BOARDROOM: USING CRIMINAL LAW TO REGULATE CORPORATE CONDUCT 62 (Anthony Barkow & Rachel Barkow, eds., 2011)

112 רבות נכתב על העונשים היעילים בענישת תאגידים: Sylvia Rich, *Corporate Criminals and Punishment; Theory*, 29 CAN. J. L. & JUR. 97 (2016); גבריאל הלוי *תורת דיני העונשין* ב' 935 (2009);

פתרונות אלו אינם אפשריים בשלב זה, עד לתיקון החוק. בית המשפט העליון, בהרכב מורחב, בעניין **נמלי ישראל**,¹¹² נדרש לשאלה האם ניתן להחיל ענישה של העמדה במבחן ופיקוח קצין מבחן וכן עבודות לתועלת הציבור על תאגידים מכוח הוראות החוק הקיימות, וקבע כי לא ניתן להוסיף סוגי ענישה על תאגידים על דרך הפרשנות, ועל המחוקק לעסוק בעניין ככל שימצא מקום לכך. בעניין **נמלי ישראל**, נדונה השאלה איזה עונש ניתן להטיל על תאגיד שהוחלט שלא להרשיעו, האם ניתן להטיל עליו התחייבות להימנע מעבירה והאם לצורך כך נדרש צו מבחן. באותו עניין נקבע בדעת רוב כי ניתן אומנם שלא להרשיע תאגיד בפלילים אף שהודה בכיצוע העבירה (באותו עניין זיהום הים), וניתן להטיל עליו התחייבות להימנע מעבירה, אך לא ניתן להטיל עליו צו מבחן או שירות לתועלת הציבור.¹¹³ בית המשפט הוסיף וקבע כי יש להותיר למחוקק את משימת עיצוב מנגנוני הענישה המתאימים לתאגידים במסגרת הדין הפלילי, שכן מדובר בהכרעות ערכיות בנוגע לגישה הראויה לענישת תאגידים, והדבר כרוך בהיבטים אופרטיביים ותקציביים משמעותיים.

5. נסיבות להקלה או להחמרה בענישת תאגידים

בתחילת הפרק עסקתי בשאלה האם היות הנאשם תאגיד היא נסיבה מחמירה או מקלה. כעת אעבור לדון בנסיבות שונות שיש להביא בחשבון בענישת תאגיד. ה־"Sentencing Guidelines בארה"ב קובעים מהן הנסיבות להחמיר ולהקל בענישה תאגידית, וכולן קשורות בתרבות הארגונית ובשאלה האם הייתה תוכנית ציות, פיקוח ובקרה בתאגיד קודם שהורשע בכיצוע העבירות. הנסיבות הנשקלות לחומרא הן, בין היתר, המעורבות או התרבות הארגונית כמשלימה או מעודדת ביצוע עבירות וההיסטוריה של התאגיד מבחינת הציות לחוק, ולקולא: קיומה של תוכנית ציות אפקטיבית קודם לחשדות לעבירה ושיתוף פעולה עם הרשויות, כולל הסגרה מרצון של נושאי משרה שעברו עבירות וקבלת אחריות למעשים.¹¹⁴ היינו, התביעה בענישת תאגיד, הן לאחר הרשעה הן במסגרת הסדרים ללא הרשעה, מביאה בחשבון את השאלה האם האורגן מבצע העבירה, שמכוח מעשיו הורשע התאגיד, הינו "תפוח רקוב" בתאגיד המתנהל כאזרח טוב, ובו תוכנית ציות בקרה ואכיפה, או שמא מדובר בעבירה שנעברה במסגרת תאגיד שהתרבות הארגונית בו היא של ביצוע עבירות.¹¹⁵

גבריאל הלוי **תורת דיני העונשין** ג' 852, 857–855 (2010). במסגרת הדיון יש התייחסות לענישה הכוללת תוכניות בקרה, פיקוח וציית בפיקוח בקרים הממונים מטעם המדינה, מעין "קציני מבחן" לתאגידים. ראו, למשל Richard S. Gruner, *Beyond Fines: Innovative Corporate Sentences under Federal Sentencing Guidelines*, 71 WASH. U. L. Q. 261, 305–306 (1993); Christopher A. Wray, *Corporate Probation Guidelines*, 101 YALE L.J. 2017, 2039 (1992) לעיל ה"ש 5.

112 עניין **נמלי ישראל**, לעיל ה"ש 94.

113 הנשיא גרוניס, והשופטים ג'ובראן, עמית, חיות ומלצר, כנגד דעתם החולקת של השופטים רובינשטיין ודנציגר.

114 Lauren Giudice, *Regulating Corruption: Analyzing Uncertainty in Current Foreign Corrupt Practices Act Enforcement*, 91 BOSTON U. L. REV. 347, 359 (2011)

115 Miriam H. Baer, *Organizational Liability and the Tension between Corporate and Criminal Law*, 19 J. L. & POL'Y (2010), available at <http://brooklynworks.brooklaw.edu/jlp/vol19/iss1/1>

ה. במקום סיכום: ריכוז שינויי החקיקה המוצעים

אחריות תאגידיים הולכת ומתפתחת, בשל מעורבותם הגוברת של תאגידיים בחיי המשק והכלכלה, כמו גם שינוי ביחסי הכוחות בין התאגידיים, בעיקר תאגידי הענק הבינלאומיים לבין הפרט. מצב דברים חדש זה והעובדה כי חדשים לבקרים מבצעים תאגידיים עבירות פליליות ומובאים לדין מחייבים, לטעמי, חישוב מסלול מחדש וקביעת הוראות מפורשות בחקיקה שיעסקו בתאגיד במשפט הפלילי, הן בשאלות האחריות והן בשאלות הענישה. הפרק העיקרי יהיה חלק מחוק העונשין, אך ייתכן שיהיה צורך לתקן חוקים נוספים כמו פקודת הראיות. בין ההוראות שיחוקקו יש לכלול את כל הנושאים הרלוונטיים, החל מהשאלה מיהו אורגן שבגין מעשיו יש לייחס לתאגיד אחריות, דרך שאלת ההגנות, לרבות קביעת הגנות ספציפיות לתאגידיים, עובר לזכויות התאגיד בפלילים וכלה בענישת תאגידיים. במאמר זה עמדתי על חלק מהנושאים המתעוררים בהקשר של אחריות תאגיד בפלילים. עמדתי על שאלות הנובעות מכך שהאחריות הפלילית של תאגידיים בישראל מבוססת על תורת האורגנים, והצעתי להסדיר הן את נושא האחריות הפלילית במקום שיסודות העבירה אינם מתקיימים בבן אנוש אחד, באורגן אחד, אלא מתחלקים בין כמה אורגנים, כמו גם את נושא ההגנות הנתונות לתאגיד בפלילים. עוד עמדתי על זכויות התאגיד בפלילים, לרבות הזכות למשפט הוגן, ובכלל זה הזכות מפני הפללה עצמית וזכות השתיקה. אני סבורה כי לעניין זה יש לקבוע את זכויות התאגיד בחקיקה על דרך הצמצום. בנוסף, יש להסדיר שאלות רבות הנוגעות ליחס בין זכות הנאשמים בני האנוש העומדים לדין לצד התאגיד.

לבסוף עמדתי על שאלות הקשורות לענישת תאגידיים, ובהם הוספת פרק על ענישת תאגידיים, שיקבע את עקרון השיקום כעיקרון הראשון בהקשר התאגידי ויקבע צורות ענישה נוספות. כעת, על דרך הריכוז, אעמוד על שינויי החקיקה הנדרשים. אני סבורה כי יש לקבוע בחלק הכללי בחוק העונשין פרק נפרד שיתייחס לנאשם במשפט הפלילי, הן בשאלת האחריות הן בשאלת הענישה. להלן שינויי החקיקה המרכזיים שעליהם עמדתי במאמר זה, אם כי כאמור ייתכן כי יתחייבו תיקונים גם בדברי חקיקה אחרים:

1. אחריות התאגיד

- א. הגדרת מבחן לבחינת השאלה מיהו אורגן;
- ב. אחריות מצרפית – קביעת אחריות מצרפית כך שניתן יהיה להרשיע תאגיד כשיסודות ביצוע העבירה התחלקו בין אורגנים שונים באותה תקופת זמן.

2. הגנות לתאגיד כנאשם

- א. קביעה כי הגנות מסוג צידוק יחולו על תאגיד כנאשם;
- ב. התאגיד לא יורשע אם יוכיח כי ביצוע העבירה לא נועד להיטיב עמו;
- ג. הגנה לתאגיד שהטמיע עובר לביצוע העבירה מנגנוני בקרה ופיקוח נאותים למנוע ביצוע עבירות.

3. זכויות התאגיד כנאשם

יש לקבוע במפורש כי זכות השתיקה והחיסיון מפני הפללה עצמית לא יחולו ככלל על תאגידיים למעט חברות יחיד או חברות ללא כוונת רווח. לעניין זה יש לשקול תיקון חוקים נוספים העוסקים בהגנות אלו.

4. ענישת התאגיד

- א. קביעת השיקום כמטרה המרכזית של ענישה תאגידיית;
- ב. סכום הקנס שייגזר על תאגיד שיורשע בפלילים יביא בחשבון את מצב החברה והפגיעה הצפויה בקהיליות שונות בתאגיד, כגון בעלי המניות והנושים, ומחוצה לו, כגון ציבור הצרכנים;
- ג. קביעת האפשרות לגזור עונשים נוספים, כמו שלילת האפשרות להשתתף במכרזים וכן עבודות לתועלת הציבור. לעניין זה יש לתת את הדעת שעבודות כאלו לא יביאו לפרסום של התאגיד כך שיצא נשכר מהן;
- ד. קביעת האפשרות להורות על תוכניות שיקום וציות לתאגיד שהורשע, כאשר הפיקוח ייעשה בידי בעלי מקצוע המתאימים לכך (עורכי דין, רואי חשבון, קציני ציות לעניין איכות סביבה וכיו"ב), תוך פירוט המנגנונים לבחירת קציני הציות, תשלום שכרם וכיו"ב;
- ה. קביעת השיקולים להחמרה והקלה בעונשם של תאגידיים.

כמו כן, יש להשאיר על כנם שינויים אחרים המוצעים בתסקיר הצעת החוק, כגון המשך ההליכים הפליליים במקרה של תאגיד שמוזג.

אני תקווה כי מאמר זה יקדם את החקיקה בתחום, כך שתהיה קוהרנטית, מבוססת רעיונית ותתרום למניעת עבריינות תאגידיים, או ענישתם במקרה המתאים, באופן שיתרום לחברה בכללותה.