

## על בני אדם, תאגידיים ומה שביניהם – האם חוק- יסוד: כבוד האדם וחירותו צריך לחול על תאגידיים?

### מאת

### עופר סיטבון\*

- א. פסק הדין בפרשת בנק המזרחי המאוחד:  
א.1. הפן העובדתי  
א.2. הפן המשפטי  
א.2.א. האם החוק פגע בזכות מוגנת?  
א.2.ב. האם הפגיעה בהסדר החוקתי היא כדין?  
ב. הביקורת על פסק הדין  
ב.1. זכויותיו החוקתיות של התאגיד בישראל ובארצות הברית  
ב.1.א. המשפט הישראלי  
ב.1.ב. המשפט האמריקאי  
ב.2. הביקורת על פסק הדין של הנשיא ברק:  
ב.2.א. ביקורת ההנמקות שבפסק הדין  
ב.2.ב. מעמדה של זכות הקניין וההשלכות החלוקתיות של פסק הדין  
ב.2.ג. מוגבלותו של דיון א-היסטורי  
ב.2.ג.1. היבטיו הציבוריים של התאגיד  
ב.2.ג.2. עליית כוחם של תאגידיים בעידן הגלובליזציה  
ג. אחרית-דבר

\* דוקטורנט למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב. תודה לחבריי מורן סבוראי, יגאל מרזל וגילת גופר, שקראו והעירו מהערותיהם המועילות. המאמר הוצג בכנס שהתקיים בקריה האקדמית אונו בנושא "15 שנה לחוקי היסוד: השפעת חוקי היסוד על המשפט הלא-חוקתי". כמו כן אני מודה לנשיא אהרן ברק על הערותיו להרצאה. תודה גם לד"ר משה כהן-אליה ולד"ר עמי וטורי. כתמיד, המאמר מוקדש באהבה רבה לילדי יאיר ותהילה.

קולמוסים רבים כבר נשברו בעניין שאלת היקף תחולתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. שאלה זו נוגעת למגוון של נושאים: מהן הזכויות הכלולות בו?<sup>1</sup> אילו זכויות אינן כלולות בו?<sup>2</sup> מהי השפעתו על פרשנותה של חקיקה קודמת?<sup>3</sup> וכמובן, מהפכת **בנק המזרחי** – מהו היקפה של סמכות הביקורת השיפוטית הקבועה בחוק-היסוד?<sup>4</sup> בספטמבר 2006, ימים ספורים לאחר שפרישתו מכס השיפוט של נשיא בית המשפט העליון, אהרן ברק, צוינה ברוב רושם, התפרסם בצנעה פסק דין שכתב, השופך אור על שאלה חשובה נוספת, שטרם נידונה עד אז: מיהו ה"אדם" שחוק-היסוד חל עליו? מאמר קצר זה יבקש לטעון, כי העמדה שאימץ ברק בפסק-דין זה – בג"ץ 4593/05 **בנק המזרחי המאוחד נ' ראש הממשלה** – שלפיה גם תאגיד הוא בגדר "אדם" לעניין חוק-היסוד היא בעייתית מאוד, וכי השלכותיה הן בגדר "מהפכת בנק המזרחי" נוספת, והפעם בזעיר אנפין.<sup>5</sup>

## א. פסק הדין בפרשת בנק המזרחי המאוחד:

### א.1. הפן העובדתי

בשנת 2005, סמוך להתנתקותה של מדינת ישראל מרצועת עזה ומצפון השומרון, התקבל בכנסת חוק פינוי-פיצוי – חוק יישום תוכנית ההתנתקות, התשס"ה–2005.<sup>6</sup> החוק קבע את המסגרת הנורמטיבית שעל פיה פונו ישראלים ונכסיהם מרצועת עזה ומצפון השומרון. לאחר הדיון הסוער שהתקיים בכנסת במסגרת ההצבעות על החוק הוא הגיע לבחינה חוקתית בבג"ץ, במסגרת עתירות אשר תקפו הן את חוקתיות הפינוי הן את חוקתיות הפיצוי. בפרשת **המועצה האזורית חוף עזה**,<sup>7</sup> ברוב של שמונה שופטים נגד אחד (השופט אדמונד לוי), דחה בג"ץ את כל העתירות שנגעו לחוקתיות

<sup>1</sup> חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח התשנ"ב 150. (להלן: חוק-יסוד כבוד האדם וחירותו/ חוק היסוד); הלל סומר "הזכויות הבלתי-מנויות – על היקפה של המהפכה החוקתית" **משפטים** כח 257 (1997).

<sup>2</sup> ראו, למשל, בג"ץ 7715/95 **עמותת "שוחרי גיל"ת נ' שר החינוך, התרבות והספורט**, פ"ד נ(3) 2 (1996) (להלן: עניין **עמותת "שוחרי גיל"ת**) (הזכות לחינוך אינה זכות חוקתית).

<sup>3</sup> בש"פ 537/95 **גנימאת נ' מדינת ישראל**, פ"ד מט(3) 355 (1995).

<sup>4</sup> ע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי**, פ"ד מט(4) 221 (1995) (להלן: **פרשת בנק המזרחי**).

<sup>5</sup> בג"ץ 4593/05 **בנק המזרחי המאוחד נ' ראש הממשלה**, דינים עליון, כרך עט 461 (2006) (להלן: **פרשת בנק המזרחי המאוחד**).

<sup>6</sup> חוק יישום תוכנית ההתנתקות, התשס"ה–2005, ס"ח 142 (להלן: חוק פינוי פיצוי/ החוק).

<sup>7</sup> בג"ץ 1661/05 **המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל**, פ"ד נט(2) 481 (2005).

הפינוי וכן את כל העתירות שנגעו לחוקתיות הפיזיו, מלבד בארבעה עניינים שבהם הוחלט על ביטול סעיפים בחוק.<sup>8</sup>

הדיון בפרשת **בנק המזרחי המאוחד** – שהתקיים, כאמור, בספטמבר 2006 – נסב על פרק ו' בחוק. פרק זה קבע הסדרים הנוגעים לנושאים מובטחים אשר הזכויות ששועבדו לטובתם הן זכויות לגבי מקרקעין בשטח המפונה ששימשו למגוריו של בעל הזכות. נקודת המוצא של החוק היתה כי כל זכות מכל סוג שהוא של תושב, תאגיד או רשות מקומית ישראלים לגבי מקרקעין בשטח המפונה – בטלה.<sup>9</sup> משום כך נולד הצורך להסדיר את דינן של הלוואות שישראלים אשר התגוררו בשטח המפונה נטלו ממלווים ישראלים – בדרך-כלל בנקים – אשר קיבלו, כבטוחה להלוואה, זכויות בדירת מגוריו של הלווה. כידוע, ביטולה של בטוחה מקים בדרך-כלל לבנק שתי תרופות – העמדת הלוואה לפירעון מידי וגביית עמלה בגין הפירעון המוקדם של הלוואה.<sup>10</sup> סעיף 102 לחוק קבע אפוא, כי פינוי דירת המגורים מכוח החוק אינו עילה להעמדת הלוואות לפירעון מידי (בס"ק (א)); וכי על אף האמור בכל דין ובכל הסכם, לא יוכל המלווה לגבות עמלה מלווים החפצים בפירעון מוקדם של הלוואה שלהבטחתה שועבדו זכויות בבית מגורים שפונה בשל החוק (בס"ק (ב)).

העותר, בנק המזרחי המאוחד, שעמו התמזג בנק טפחות למשכנתאות, העניק 158 הלוואות שונות לתושבים מהשטחים שפוננו כנגד נכסים שמהם התפנו. הבנק טען, שחלק ניכר מקרב הלווים ביקשו לבצע פירעון מוקדם של הלוואותיהם וכי בשל אי-יכולתו לגבות מהם עמלת פירעון מוקדם נגרם לו נזק המגיע לסכום של יותר ממיליון ₪. הבנק טען כי בכך נפגעה זכות הקניין שלו, בניגוד לפסקת ההגבלה – הן משום שתכלית ההסדר החוקי שנקבע אינה ראויה הן משום שהיא איננה מידתית. בתגובתה טענה המדינה, כי תוכנית ההתנתקות היתה מעשה שלטוני בעל פן מדיני-בטחוני מובהק. כן טענה המדינה, כי פגיעתו של סעיף 102(ב) לחוק בזכות הקניין של הבנק היא זניחה וכי בכל מקרה הפגיעה בזכות עמדה בתנאיה של פסקת ההגבלה.

<sup>8</sup> בג"ץ הורה על ביטולם של הסדר ייחוד העילה והוויתור עליה (לפי ס' 134 ו-135 לחוק); של ההסדר השולל את אפשרות החזרה משומה פרטנית לבתי מגורים, והארכת המועד להודעה על שומה פרטנית (לפי ס' 37(ג) ו-37(ה) לחוק); של ההסדר הקובע את גיל 21 כגיל המינימום לזכאות למענק אישי בשל ותק (לפי ס' 46 לחוק); ושל ההסדרים המגבילים עד למועד "היום הקובע" את חישוב הוותק לעניין המענק האישי בשל ותק (ס' 46 לחוק, את הפיזיו בשל בית מגורים במסלול המענק פיזיו גם בשל ותק (ס' 1 לתוספת השניה לחוק) ואת מענק ההסתגלות לעובדים (ס' 52 לחוק) (שם, בעמ' 815).

<sup>9</sup> ס' 28 לחוק.

<sup>10</sup> כפי שהנשיא ברק הסביר בפרשת **בנק המזרחי המאוחד**, לעיל ה"ש 5, בפס' 11, עמלת פירעון מוקדם עניינה אובדן התשואה למלווה על הסכום הנפרע. היא נועדה למנוע את הכדאיות של פירעון הלוואה "יקרה" באמצעות נטילת הלוואה "זולה".

## א.2. הפן המשפטי

הניתוח החוקתי בפסק-דינו של הנשיא ברק<sup>11</sup> היה – כרגיל בעת בחינתה של טענה בדבר אי-חוקתיותו של חוק – סדור ואנליטי. תחילה הוא בחן את השאלה, האם החוק אכן פגע בהסדר הקבוע בחוק-יסוד? ולאחר מכן בדק, האם הפגיעה בהסדר החוקתי נעשתה כדין?

### א.2.א (א) האם החוק פגע בזכות מוגנת?

בעת בחינת השלב הראשון בדק הנשיא ברק את שאלת היקפה של זכות הקניין. בראשית דבריו הוא ציין את הבעייתיות הגלומה בהענקת מעמד חוקתי לזכות הקניין, תוך שהוא נדרש למשפט המשווה בעניין. ברם, מכיוון שבישראל הוקנה לקניין מעמד חוקתי בסעיף 3 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, נסב עיקר הדיון של הנשיא ברק בעניין היקף פריסתה של זכות הקניין. שאלה זו מתחלקת לשתי תתי-שאלות: הראשונה – מהו 'קניין' בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו? והשנייה – מיהו נשוא הזכות החוקתית: האם כל אישיות משפטית, או שמא רק בן-אדם בשר ודם?

התשובה לשאלה הראשונה – אף שהנשיא ברק ציין כי "אינה פשוטה כלל ועיקר"<sup>12</sup> – ניתנה כבר בפרשת **בנק המזרחי**: זכות הקניין החוקתית היא זכות רחבה מאוד והיא כוללת כל זכות רכושית, בין זכות חפצא בין זכות גברא.<sup>13</sup> יחד עם זאת, הנשיא ברק הדגיש כי פגיעה בציפייה אינה פגיעה בקניין וכי לא כל פעילות שלטונית המורידה את ערכו של הרכוש אכן פוגעת בקניין.<sup>14</sup>

לדיון בשאלה השנייה, הנכבדה – האם 'אדם' בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו כולל גם אישיות משפטית שאינה בן אדם? – הקדיש הנשיא ברק פסקה אחת בלבד, והיא זו העומדת במרכזו של מאמר זה. אופן הילוכו בסוגיה זו מרתק. בראשית דבריו הוא קבע, כי אף שמדובר בשאלה פרשנית, אין לגביה תחולה לסעיף 4 לחוק הפרשנות

<sup>11</sup> הנשיא ברק ציין, בפרשת **בנק המזרחי המאוחד**, שם, כי במהלך הדיון בעתירה המליץ לבנק למשוך את עתירתו, שכן הנטל הכספי אינו כבד בנסיבות העניין.

<sup>12</sup> שם, בפס' 9.

<sup>13</sup> פרשת **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 4. לביקורת על גישה זו ראו, למשל, אייל גרוס "זכות הקניין כזכות חוקתית וחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" **עיוני משפט** כא 405 (1998). בע"א 3901/96 **הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, רעננה נ' הורוויץ**, פ"ד נו(4) 913 (2002) (להלן: **עניין הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה רעננה**) אימץ הנשיא ברק, בהערת אגב, את עמדתו של פרופ' חנוך דגן (במאמרו "קניין, אחריות חברתית וצדק חלוקתי" **צדק חלוקתי בישראל** 97 (מנחם מאוטנר עורך, 2001)) שלפיה הקניין מטיל על בעליו גם חובות של אחריות חברתית. שאר שופטי המותב לא קבעו זאת מפורשות.

<sup>14</sup> פרשת **בנק המזרחי המאוחד**, לעיל ה"ש 5, בפס' 9.

המספק לה לכאורה מענה חיובי,<sup>15</sup> וזאת בהתאם לכללי הפרשנות החוקתיים שלפיהם אין בכוחה של הוראת חוק רגיל לקבוע את פרשנותה של הוראה בחוק יסוד.<sup>16</sup> לפיכך פנה הנשיא ברק, כהרגלו, לגישת הפרשנות התכליתית, ובאמצעותה קבע כי "אדם" בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, כולל גם אישיות משפטית שאינה בן-אדם. הנשיא ברק סמך את פרשנותו זו<sup>17</sup> על שלושה טעמים: **האחד**, מאחורי כל אישיות משפטית מסתתר בסופו של דבר בן אדם. הוצאת האישיות המשפטית שאינה בן-אדם מתחום המעמד החוקתי של זכויות האדם תפגע קשות בבני האדם. **השני**, הזכות להתאגד – שאף היא זכות חוקתית – תתרוקן מכל תוכן ממשי אם התאגיד אשר יקום לא ייהנה מזכויות חוקתיות. **והשלישי**, הפעילות באמצעות גופים משפטיים שאינם בני אדם היא אלמנטרית בחברתנו ואין להלום חברה מודרנית בלעדיהם. מניעת זכויות אדם מגופים אלה תפגע קשות במרקם החיים המודרניים.<sup>18</sup>

עם זאת, הנשיא ברק סייג את מסקנתו הפרשנית וציין שהיא חלה רק במקרה שמהותה של הזכות המוענקת בחוק היסוד וטבעה של האישיות המשפטית שאינה אדם עולים בקנה אחד עם מסקנה זו. כדוגמא לכך הוא ציין, כי ההוראה שלפיה "אין נוטלים ואין מגבילים את חירותו של אדם במאסר, במעצר, בהסגרה" (סעיף 5 לחוק-היסוד) אינה חלה, מעצם מהותה, על מי שאינו בן אדם. סייג נוסף שהוסיף הנשיא ברק היה, כי ייתכנו מצבים שבהם היקף ההגנה (במסגרת פסקת ההגבלה) הניתנת לאישיות המשפטית שאינה אדם יהיה שונה מהיקף ההגנה הניתנת לבן אדם. מכל מקום, לגבי זכות הקניין לא היו לנשיא ברק ספקות:

"מתבקשת המסקנה כי זכות הקניין היא זכותו של כל אדם, בין אדם בשר-ודם (בן-אדם) ובין אישיות משפטית שאינה בן-אדם, כגון תאגיד מסחרי."<sup>19</sup>

לאחר הניתוח המשפטי הכללי קבע הנשיא ברק, כי הוראת סעיף 102(ב) לחוק פוגעת

<sup>15</sup> ס' 4 לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981, ס"ח 302 קובע, כי "מקום שמדובר באדם – אף חבר-בני-אדם במשמע, בין שהוא תאגיד ובין שאינו תאגיד".

<sup>16</sup> הנשיא ברק הפנה בהקשר זה לבג"ץ 1384/98 **אבני נ' ראש הממשלה**, פ"ד נב(5) 206, 210 (1998); ולבג"ץ 5261/04 **פוקס נ'ראש ממשלת ישראל**, פ"ד נט(2) 446, 457 (2004).

<sup>17</sup> שהוא מבססה על שני מקורות בספרות המשפטית: דיונו שלו בכך בספרו אהרון ברק **פרשנות במשפט – פרשנות חוקתית** כרך ג 438 (1994); וכן ספר עכשווי של מאריוס אמברלנד MARIUS EMBERLAND, *THE HUMAN RIGHTS OF COMPANIES: EXPLORING THE STRUCTURE OF ECHR PROTECTION* (2006).

<sup>18</sup> כאן הפנה הנשיא ברק לפסק דין של בית המשפט הדרום-אפריקאי – First National Bank of S.A. Ltd t/a Westbank v. Commissioner South African Service, 2002 (4) SA 708 (CC).

<sup>19</sup> פרשת **בנק המזרחי המאוחד**, לעיל ה"ש 5, בפס' 10.

בזכותו החוזית של הבנק המלווה. פגיעה שכזו עולה, כאמור לעיל, כדי פגיעה בקניינו של הבנק ואף שאין מדובר בפגיעה ניכרת ומהותית, הנשיא ברק ציין כי אין זו פגיעה של "מה בכך", שרק היא יכולה לשלול את הפגיעה החוקתית. לפיכך הוא פנה לעסוק בשלב השני של הבדיקה החוקתית.

#### א.2. (ב) האם הפגיעה בהסדר החוקתי היא כדין?

בשלב השני של הבדיקה החוקתית בדק הנשיא ברק, האם הפגיעה בזכות החוקתית נעשתה כדין. תחילה ציין, כי ככל זכות, גם הזכות לקניין היא זכות יחסית ולא מוחלטת ואפשר לאזנה כלפי זכויות ואינטרסים חברתיים אחרים. הנשיא ברק הזכיר גם כי בשל אופיו, הקניין מטיל חובות של אחריות חברתית על בעליו. על כן

"היחס הראוי בין זכות הקניין לבין אפשרות הפגיעה בה מבטא את תפיסתה של החברה באשר למידת החירות שיש ליתן לבעל הקניין לעומת הערכים החברתיים אשר הגשמתם מחייבת הגבלתה של הזכות."<sup>20</sup>

בהמשך בחן הנשיא ברק, האם הפגיעה בזכות עומדת בתנאיה של פסקת ההגבלה החוקתית. לעניין התכלית הראויה קבע, כי "התכליות המדיניות, הלאומיות והביטחוניות" של החוק הן תכליות ראויות הן לעניין הפגיעה בזכות הקניין של הישראלים המפונים הן לעניין הפגיעה בזכות הקניין של מי שנקשר עמהם בקשר חוזי.<sup>21</sup> בהתאם לכך, הוא דחה את עמדת הבנק שלפיה תכלית החוק היתה להטיל את המעמסה הכספית של הפגיעה בזכות הקניין על הבנק ולא על המדינה. לדברי הנשיא ברק, זוהי **תוצאת החוק ולא תכליתו**.<sup>22</sup>

לאחר מכן בחן הנשיא ברק את עמידת החוק גם בתנאיה של דרישת המידתיות וקבע, כי טענות הבנק בעניין זה "אינן מבוססות כלל ועיקר". לדידו, החוק עמד בשלושת מבחני המשנה של עילת המידתיות:

המבחן הראשון הוא **מבחן הקשר הרציונלי**. לדעת הנשיא ברק, קיים קשר רציונלי בין ביטול עמלת הפירעון ובין התכלית של הבטחת פיצוי כספי נאות למפונים, שכן ביטול העמלה מקל עליהם מבחינה כלכלית, חוסך מהם התנהלות מול הבנקים המלווים ומאפשר להם לבחור באופן מלא את הדרך הנוחה והמתאימה להם בנסיבות העניין.

<sup>20</sup> שם, בפס' 15.

<sup>21</sup> שם, בפס' 17.

<sup>22</sup> שם, בפס' 18.

המבחן השני הוא **מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה**. לדברי הנשיא ברק, יש להעמיד את הפגיעה הנגרמת לבנק המלווה בשל ביטול עמלת הפירעון המוקדם ובשל ביטול הבטוחה הקרקעית עצמה, אל מול היתרונות הנובעים מההסדר שקבע החוק ואשר העמיד לרשות הבנק בטוחה כספית והטבות שונות.<sup>23</sup> זאת נוסף על חולשתן היחסית של הזכויות הקנייניות שהיו בידי המפונים, שהיו כפופות כל העת הן לקיומו של הממשל הצבאי מכוח דיני התפיסה הלוחמתית הן לסמכותו של הממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש לסיים את חוזה החכירה שנכרתו עם רבים מהמפונים. בהתחשב בכך, כמו גם בחוסר הבהירות באשר לשאלת שוויון של הזכויות – הן בשל הכפיפות האמורה לממשל הצבאי הן בשל השלכותיו של העימות המזוין שהביא לירידה ניכרת בערכם – קבע הנשיא ברק, כי אין צידוק להטיל על קופת המדינה את ההפסד הנגרם בשל ביטול עמלת הפירעון המוקדם.

המבחן השלישי הוא **מבחן המידתיות במובן הצר**. הנשיא ברק קבע, כי הפגיעה הלא-ממשית בזכות הקניין של הבנק המלווה היא מידתית ביחס לתועלת הצומחת ללווים המשתחררים מעמלת הפירעון המוקדם.<sup>24</sup> בסיוע דבריו, ולנוכח ניתוחו זה, דחה הנשיא ברק את העתירה. הנשיאה הנכנסת דורית ביניש והשופט סאלם ג'ובראן הצטרפו לעמדתו.

## ב. הביקורת על פסק הדין

ייאמר מיד: אין בלבי על תוצאתו של פסק הדין. השורה התחתונה של פסק הדין נכונה וראויה. חוק פינני-פיצוי עצמו הוא חוק נדיב – ישנם שיאמרו: נדיב מדי – ושורת ההטבות והפיצויים הכלולים בו מקיימים בעיני את מחויבותה, המוסרית והחוקית

<sup>23</sup> הנשיא ברק ציין (שם, בפס' 22, שהוראת ס' 91(א) קובעת כי במקום שקיים בו נושה אשר מובטחת לו זכות לגבי בית המגורים של הזכאי בשטח המפונה, יעברו לחשבון הזכאי כספי הפיצויים, למעט הסכום שהמתיישב זכאי לו בגין בית המגורים בשטח המפונה, על פי מסלול א של החוק או יתרת החוב המובטח שטרם נפרעה – הכול לפי הסכום הנמוך. לגבי הסכום האמור קיימות על פי הוראת ס' 91(ב) לחוק שלוש אפשרויות: **האחת**, הנושה הסיר את השעבוד, ואז הכספים כולם מועברים לחשבון הזכאי; **השנייה**, הנושה והזכאי הגיעו ביניהם להסכמה מה ייעשה עם הכספים ואז המנהלה לסיוע למתיישבי חבל עזה וצפון השומרון וליישום תוכנית ההתנתקות תפעל בהתאם להסכמה. **השלישית**, הנושה והזכאי לא הגיעו ביניהם להסכמה. במקרה זה קובע ס' 91(ב)(3) לחוק, כי ייפתח חשבון בנק מיוחד למטרה זו בלבד שבו יופקד הסכום המובטח. עוד נקבע, כי החשבון המיוחד ישועבד לטובת הנושה המובטח בהתאם לדרגת שעבודו להבטחת החוב המובטח וכי לא יהיה אפשר למשוך כספים בחשבון אלא בהסכמת הנושה. הסדר זה משפר את מעמדו של הנושה המובטח.

<sup>24</sup> שם, בפס' 23.

כאחד, של המדינה כלפי המפונים.<sup>25</sup> סעיף 102(ב) לחוק שעליו נסובה העתירה הוא אפוא סעיף חוקתי, העומד במכלול המבחנים המוכרים בפסיקה. מאמר זה נסב אך ורק על אודות הסוגיה שבה דן הנשיא ברק באגביות בדבר הענקתן של זכויות יסוד חוקתיות לתאגידים.

הדיון בסוגיה זו ייעשה באופן הבא: תחילה אתאר בקצרה את הדיון המשפטי בשאלת הענקתן של זכויות חוקתיות לתאגידים בישראל ובארצות הברית. לאחר מכן אבחן באופן ביקורתי את הטעמים העומדים בבסיס הפרשנות התכליתית שאימץ הנשיא ברק והמצדיקים, לדעתו, את פריסתה של מטריית ההגנה החוקתית גם על תאגידים. כמו כן אציג ביקורות נוספות הנוגעות הן לייחודה של זכות הקניין ולבעיות הכרוכות בה הן להשלכות החלוקתיות הכרוכות בפסק הדין. לבסוף אפרוש בהרחבה את מגבלותיה של העמדה שמציע ברק נוכח עליית כוחם של תאגידים בעידן הגלובליזציה והשינויים החלים בתפקידם החברתי.

### ב.1. זכויותיו החוקתיות של התאגיד בישראל ובארצות הברית

#### ב.1.א) המשפט הישראלי<sup>26</sup>

פסיקתו של הנשיא ברק ממשיכה מסורת משפטית, שהחלה בארצות הברית בסוף המאה התשע עשרה, של הגנה על זכויותיהם של תאגידים. עד לפסק דינו של הנשיא ברק בפרשת **בנק המזרחי המאוחד** שאלת ההגנה החוקתית על תאגידים והיקפה כמעט שלא נידונה בבתי המשפט בישראל. בחלק מהמקרים התעלם בית המשפט ממורכבותה של הסוגיה ועסק בלא הנמקה בתאגיד כבעל זכות חוקתית. כך נעשה, למשל, בפרשת **יבין פלסט**, שבה אישר בג"ץ את פסק דינו של בית הדין הארצי לעבודה והותיר על כנו פסק דין שהוציא צו מניעה כנגד עובד שהשתמש בסוד מסחרי של מעבידו. בהנמקתו איזן המשנה לנשיא ברק (כתוארו אז) בין השאר בין חופש העיסוק של העובד ובין זכותו החוקתית של המעביד – התאגיד יבין פלסט בע"מ – לקניין (ואולי אף לפרטיות).<sup>27</sup> בפרשת **איגלו** אישר בג"ץ את החלטת שר התמ"ס

<sup>25</sup> עם זאת, אין לחדד כי הדרך שבה מנהלת ס"ע, אשר היתה אחראית על הטיפול במפונים, יישמה את החוק, עוררה לא מעט קשיים. לעניין זה ראו, למשל, נדב שרגאי "חוק ליקוי-פיצוי" **הארץ – חלק ב** 27.12.2006, [www.haaretz.co.il/hasite/spages/806020.html?more=1](http://www.haaretz.co.il/hasite/spages/806020.html?more=1).

<sup>26</sup> בפרק זה נעזרתי רבות במסמך רקע שהוגש לוועדת חוקה – חוק ומשפט על ידי מ.מ.מ. – מחלקת המחקר של הכנסת. ראו דן להב "הגנה חוקתית על תאגידים" (2005). [www.knesset.gov.il/MMM/data/docs/m01229.doc](http://www.knesset.gov.il/MMM/data/docs/m01229.doc).

<sup>27</sup> בג"ץ 1683/93 **יבין פלסט בע"מ נ' בית-הדין הארצי לעבודה בירושלים**, פ"ד מז(4) 702 (1993) בפ"ס 8 לפסק-דינו של המשנה לנשיא (כתוארו אז) ברק.



לדחות את בקשת העותרת – חברת איגלו – חברה קבלנית לפיתוח עבודות צנרת בנין ופיתוח בע"מ – לייבא מרוסיה חומרי בניין. השופט דורנר קבעה, כי באיזון שבין האינטרס הציבורי בדבר ניהול מדיניות סחר חוץ ובין זכותה של העותרת – כאמור, תאגיד מסחרי – לחופש העיסוק, גובר האינטרס הציבורי.<sup>28</sup> גם בגלגוליה השונים של פרשת מיטראל<sup>29</sup> הדגיש בית המשפט העליון את חופש העיסוק של העותרת – חברת מיטראל בע"מ – כשיקול מרכזי העומד כנגד הנסיון לסכל את התוכנית להפרטת ייבוא הבשר לישראל, בעיקר בשל שיקולים דתיים וקואליציוניים. הגדיל לעשות בית המשפט העליון בפסק הדין הידוע מכולם – פרשת בנק המזרחי – שבו ציין הנשיא שמגר, כי

**"השאלה מיהו 'אדם' לצרכי סעיף 3 [לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, המעגן את ההגנה על זכות הקניין – ע'ס'] ... אינה מתעוררת במקרה שבפנינו.**"<sup>30</sup>

זאת, על אף שכידוע, העותר הראשי בפסק הדין היה תאגיד – בנק המזרחי בע"מ! במקרה אחד, בפרשת ראם מהנדסים,<sup>31</sup> קבע בית המשפט העליון במפורש, כי התאגיד זכאי להגנה חוקתית באמצעות הגישה הגוזרת את זכויות היסוד של התאגיד מהשוואתו לבן-אנוש, בלא התייחסות ספציפית לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. ואכן, פסק דין זה, שגם אותו כתב הנשיא ברק, בישר במידה רבה את פסק הדין בפרשת בנק המזרחי המאוחר שניתן בדיוק 13 שנים לאחר מכן:<sup>32</sup>

**"אך האם הזכות בדבר חופש הביטוי והלשון נתונה גם לתאגיד שאינו בשר ודם? התשובה היא בחיוב. גם תאגיד נהנה מחירויות שאופיו כתאגיד מאפשר לו להנות מהן. חופש העיסוק, זכות הקניין, זכויות נאשם וכיוצא בהן זכויות שקיומה של יישות פיזית ("בשר ודם") אינה חיונית בהם (כגון הזכות**

<sup>28</sup> בג"ץ 1452/93 איגלו – חברה קבלנית לפיתוח עבודות צנרת בנין ופיתוח בע"מ נ' שר התעשייה והמסחר, פ"ד מז(5) 610 (1993).

<sup>29</sup> בג"ץ 3872/93 מיטראל נ' ראש הממשלה ושר הדתות, פ"ד מז(5) 485 (1992); בג"ץ 7198/93 מיטראל בע"מ נ' שר התעשייה והמסחר, פ"ד מח(2) 844 (1994); בג"ץ 4676/94 מיטראל בע"מ נ' כנסת ישראל, פ"ד נ(5) 15 (1996); בג"ץ 5009/94 מיטראל בע"מ נ' מועצת הרבנות הראשית לישראל, פ"ד מח(5) 617 (1994).

<sup>30</sup> פרשת בנק המזרחי, לעיל ה"ש 4, בפס' 68 לפסק דינו של הנשיא שמגר.  
<sup>31</sup> בג"ץ 105/92 ראם מהנדסים קבלנים נ' עיריית נצרת עילית, פ"ד מז(5) 189 (1993) (להלן: פרשת ראם).

<sup>32</sup> פסק הדין בפרשת ראם, שם, ניתן ב-21 בספטמבר 1993; פסק הדין בפרשת בנק המזרחי המאוחר, לעיל ה"ש 5, ניתן ב-20 בספטמבר 2006. מעניין לציין, שהנשיא ברק לא ראה לנכון להפנות בפסק דינו לפסק הדין בפרשת ראם.

למשפחה) הן נחלתה של כל אישיות משפטית. על כן נהנה תאגיד מחופש הביטוי, כמו כל בשר ודם.<sup>33</sup>

יוער, כי הבעייתיות באשר לתחולת חוק היסוד על תאגידים מחריפה במקרה של חוק-יסוד: חופש העיסוק.<sup>34</sup> ואכן, להבדיל מחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, הנוקט לשון "אדם", סעיף 3 לחוק-יסוד: חופש העיסוק קובע מפורשות, כי הזכות לעסוק בכל עיסוק, מקצוע או משלח יד נתונה ל"כל אזרח או תושב של המדינה". האם יש לראות את התאגיד באופן אוטומטי כאזרח או כתושב ולהקנות לו את הזכות החוקתית לחופש עיסוק? האם המבחן לכך הוא מקום ההתאגדות? מרכז ניהול הפעילות? דומה כי סוגיה זו – שבעייתיותה מזדקרת לעין במקום שבו מדובר בתאגידים רב-לאומיים – כלל לא עניינה את בתי המשפט. עם זאת, הדיון בשאלות אלו חורג מגבולותיו של מאמר זה.

### ב.1.1. המשפט האמריקאי

באורח דומה לישראל, גם בחוקה האמריקאית, על גלגוליה ותיקוניה השונים, אין עיסוק ישיר במעמד של תאגידים. מכיוון שכך, נאלצו בתי המשפט האמריקאיים להתמודד בכלים פרשניים עם השאלה שהובאה לפתחם מעת לעת, בדבר תחולת החוקה על תאגידים. ההידרשות השיפוטית לתאגידים עברה שלבים שונים, הקשורים מטבע הדברים לעליית כוחם, להשפעתם ולמרכזיותם של התאגידים בהתפתחות הכלכלית והתעשייתית בארצות הברית.<sup>35</sup>

במאה התשע עשרה פעלו תאגידים בעיקר בהקמת תשתיות, דוגמת מסילות ברזל, לאחר שקיבלו זיכיון (Charter) מהממשל הפדרלי או מהמדינות. אין פלא, כי במצב דברים זה התאגידים נתפסו כגופים בעלי אופי ציבורי. היסטוריון המשפט הנודע, מורטון הורוויץ, מצייין, כי לקראת סוף המאה התשע עשרה אפיינו שתי תפיסות את פסיקת בתי המשפט:<sup>36</sup> התפיסה האחת ראתה בתאגיד יצור מלאכותי שהמדינה יצרה

<sup>33</sup> פרשת ראם, לעיל ה"ש 31, בעמ' 213.

<sup>34</sup> חוק-יסוד חופש העיסוק, ס"ח התשנ"ד 90 (להלן: חוק-יסוד: חופש העיסוק).

<sup>35</sup> לדיון כללי ראו Carl J. Mayer, *Personalizing the Impersonal: Corporations and the* PHILLIPE BLUMBERG, *THE ;Bill of Rights*, 41 HASTINGS L.J. 577 (1990) MULTINATIONAL CHALLENGE TO CORPORATION LAW: THE SEARCH FOR A NEW Herbert Hovenkamp, *The Classical Corporation in ;CORPORATE PERSONALITY* (1993) *American Legal Thought* 76 GEO. L.J. 1593 (1988)

<sup>36</sup> Morton Horwitz, *Santa Clara Revisited: The Development of Corporate Theory*, 88 .W. VA. L. REV. 173, 178–188 (1985)

והכפוף למגבלות שהיא יכולה להטיל עליו (Artificial Entity Theory). מטבע הדברים, גישה זו דחתה את התביעה להעניק לתאגידים זכויות חוקתיות. תפיסה זו באה לידי ביטוי בפסק הדין הנודע בפרשת Dartmouth College משנת 1819, שבה כתב נשיא בית המשפט העליון דאז, השופט מרשאל, את הדברים הנכוחים הבאים לגבי מעמדם של תאגידים בעיני המשפט הפדרלי:

“A corporation is an artificial being, invisible, intangible, and existing only in contemplation of law. Being the mere creature of law, it possesses only those properties which the charter of creation confers upon it, either expressly, or as incidental to its very existence. These are such as are supposed best calculated to effect the object for which it was created.”<sup>37</sup>

התפיסה השנייה, שהתבססה על תורות קונטיננטליות, ראתה בתאגיד גוף “אמיתי”, בעל קיום נפרד וזכויות עצמאיות משלו (Natural Entity Theory), והיא דגלה בפרישת ההגנה החוקתית על התאגיד. גישה זו זכתה לחיזוק של ממש בשנת 1886, אז ניתן אחד מפסקי הדין החשובים בהיסטוריה המשפטית האמריקאית: בפרשת Santa Clara פסק בית המשפט העליון, כי סעיף “ההגנה השווה” שמקנה התיקון מס’ 14 לחוקה האמריקאית<sup>38</sup> לכל אדם חל גם על תאגידים,<sup>39</sup> לאחר שבמשך שנים ארוכות נדחתה פרשנות זו, שבה צידדו התאגידים. בהערת אגב ראוי לציין, כי בית המשפט לא מצא לנכון לנמק את החלטתו ל”האניש” את התאגידים – החלטה שנודעה לה משמעות מרחיקת לכת; שכן היא העניקה את החותם הסופי לשליטתם של התאגידים הגדולים בפוליטיקה ובכלכלה האמריקאיות – שליטה שהגיעה לשיאה במפנה המאות התשע עשרה – עשרים.<sup>40</sup> חשיבותה המרכזית של פסיקה זו היתה בכך, כי כל חקיקה

<sup>37</sup> Trustees The Dartmouth College v. Woodward, 17 U.S. (4 Wheat.) 518, 636 (1819).

<sup>38</sup> 1. U.S. CONST. amend., XIV (להלן: התיקון מס’ 14).

<sup>39</sup> Santa Clara County v. Southern Pac. R. Co. 118 U.S. 394 (1886) (להלן: פרשת Santa Clara County).

<sup>40</sup> לדיון ביקורתי בפסק הדין ראו הורוויץ, לעיל ה”ש 36. בהמשך נקבע כי גם ס’ “ההליך ההוגן” שבתיקון מס’ 14 חל על תאגידים. ראו על כך Minneapolis & Saint Louis Ry. V. Beckwith, 129 U.S. 26 (1889).

אייל נווה **המאה האמריקאית** (2000). בהקשר זה ראוי להזכיר פסק דין נודע נוסף בתחום דיני התאגידים, שהיו לו השלכות הרות גורל ואשר גם בו לא נתן בית המשפט (במקרה זה, בית המשפט העליון של מדינת מישיגאן) הנמקה. מדובר בפסק הדין הנודע בפרשת Dodge v. Ford Motor Company, 170 N.W. 668 (Mich. 1919), שבו נדחתה עמדתו של הנרי פורד אשר ביקש שלא לחלק דיווידנדים לנוכח רווחי העתק של תאגיד “פורד” ובמקום זאת להוזיל באופן ניכר את מחירי המכוניות כך שיגדיל את מספר האנשים אשר יוכלו לרכוש מכוניות. פורד טען:

שביקשה להגביל את כוחם של התאגידים נאלצה לעבור מעתה את המסננת החוקתית הרלוונטית.

"עידן לוכנר" הידוע לשימצה שהחל בשנת 1905<sup>41</sup> הרחיב את תחולת "ההליך ההוגן" והכליל במסגרתו גם את חופש החוזים ואת תפיסת ה"לסה פייר". בכך נסללה הדרך בפני התאגידים להסתייע בהגנה החוקתית בניסיון לפסול את הרגולציה הכלכלית המדינתית לאורך התקופה שקדמה ל"ניו-דיל"<sup>42</sup>. ואכן, עד למחצית שנות השלושים של המאה העשרים הספיק בית המשפט העליון לבטל, באמצעות הגנת תיקון מס' 14, קרוב ל-200 הסדרים של רגולציה כלכלית ובהם חוקי עבודה ופיקוח על מחירים. את רוב העתירות הגישו תאגידים.<sup>43</sup> העיתונות הכלכלית הכירה בתפקיד המכריע שהיה לתיקון מס' 14 בהגנה על האינטרסים התאגידיים. במאמר משנת 1936 שהופיע במגזין *Fortune* נכתב, כי

"The effect [of granting corporations fourteenth amendment rights] was to impose between the state legislatures and the industries of the country the judgment of the supreme court and to insure to individual businessmen complete freedom from state regulation other than that which the Supreme Court held to be a proper exercise of governmental power. All this the words "due process of

"My ambition is to employ still more men, to spread the benefits of this industrial system to the greatest possible number, to help them build up their lives and their homes. To do this we are putting the greatest share of our profits back in the business."

דודג', בעל מניות המיעוט, התנגד לכך, ותביעתו התקבלה על ידי בית המשפט שדחה נחרצות את עמדתו של פורד וקבע (כאמור, בלא הצגת שום אסמכתא משפטית), כי

"A business corporation is organized and carried on primarily for the profit of the stockholders. The powers of the directors are to be employed for that end. The discretion of directors is to be exercised in the choice of means to attain that end, and does not extend to a change in the end itself, to the reduction of profits, or to the nondistribution of profits among shareholders in order to devote them to other purposes (Dodge v. Ford Motor Company, 170 N.W. 668. (Mich. 1919))"

<sup>41</sup> Lochner v. People of State of New York, 198 U.S.45 (1905) (להלן: פרשת *Lochner*).

<sup>42</sup> מאייר, 35 ה"ש 32, בעמ' 580.

<sup>43</sup> שם, בעמ' 589.

law" were held to imply."<sup>44</sup>

בשנת 1938, כמחצית המאה לאחר מתן פסק הדין בפרשת *Santa Clara County*, כתב השופט הוגו בלאק דעת מיעוט חריפה, שהסתייגה מהחלת ההגנה החוקתית של התיקון מס' 14 על תאגידים, וקבע:

"Neither the history nor the language of the fourteenth amendment justifies the belief that corporations are included within its protection."<sup>45</sup>

אפשר אפוא לומר, כי הענקת זכויות חוקתיות לתאגידים הקנתה להם סוג של חסינות מפני הזירה הפוליטית והניסיון לעצב ולקדם באמצעותה מדיניות ציבורית פרוגרסיבית.

לקראת סוף שנות השלושים, עם התבססות ה"ניו-דיל" ולנוכח מהלך ה-unpacking שיזם הנשיא רוזוולט, בא "עידן לוכנר" לסיומו, ובית המשפט העליון האמריקאי החל לאשר את חוקתיותם של צעדי הרגולציה של ממשל רוזוולט.<sup>46</sup> עם זאת, התאגידים הגדולים המשיכו להסתייע בבית המשפט העליון במאבקם לסיכול הרגולציה הממשלתית החדשה, אלא שטיעוניהם התמקדו כעת פחות בסוגיית זכויותיו החוקתיות של התאגיד בהתאם ל"מגילת הזכויות" (ובראשה בהגנת התיקון מס' 14), ויותר בטיעונים חוקתיים ומנהליים הנוגעים לחלוקת הסמכויות בין הממשל הפדרלי ובין המדינות.<sup>47</sup>

התאגידים שבו לעשות שימוש נרחב בטיעונים חוקתיים הנסמכים על "מגילת הזכויות" אל מול מתקפת "הרגולציה המודרנית" שהחלה בשנות השישים, במהלך כהונתו של הנשיא לינדון ג'ונסון, ושבמסגרתה הורחבו הרגולציה והפיקוח הפדרליים על תאגידים בשורה של תחומים חדשים ובהם זכויות מיעוטים ונשים, צרכנות, בריאות

<sup>44</sup> *The Constitution of the United States*, FORTUNE 57, 60 (1936) מאייר, שם, בעמ' 590.

<sup>45</sup> פרשת *Santa Clara County*, לעיל ה"ש 39; Connecticut Gen. Life Ins. Co. v. Johnson, 303 U.S. 77, 85-86 (1938). השופט בלאק ציין (שם, בעמ' 90) במרירות, כי ב-50 השנים שחלפו מאז מתן פסק הדין בפרשת *Santa Clara County*, פחות ממחצית האחוז מהעתירות שעסקו בסעיף "ההגנה השווה" שבתיקון מס' 14 עסקו בזכויות השחורים, בעוד למעלה מ-50% מהעתירות בעניין זה עסקו בזכויותיהם של תאגידים.

<sup>46</sup> לתיאור פסיקת בית המשפט העליון במהלך תקופת ה"ניו דיל" ראו ALPHEUS THOMAS MASON, WILLIAM MERRITT BEANEY, DONALD GRIER STEPHENSON JR., AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW 228-239 (7<sup>th</sup> ed., 1983).

<sup>47</sup> מאייר, לעיל ה"ש 35, בעמ' 597-600.

ואיכות הסביבה.<sup>48</sup> טיעונים אלו זכו לא פעם להצלחה, ופסיקת בית המשפט העליון הקנתה לתאגידי הגנות חוקתיות שונות כנגד הרגולציה החדשה, דוגמת הגנה מפני ביקורות פתע בלא צו בית משפט (באמצעות התיקון הרביעי)<sup>49</sup> והגנה על חופש הביטוי המסחרי (באמצעות התיקון הראשון).<sup>50</sup> בפרשת *Bellotti* (ראו להלן) בית המשפט העליון הכיר גם בזכותם של תאגידי הגנה על חופש הביטוי הפוליטי שלהם.

כיום מקובל לומר, שהמשפט האמריקאי מעניק לתאגידי את מכלול הזכויות הנתונות לבן אנוש, למעט ההגנה מפני הפללה עצמית.<sup>51</sup> עיקר הדיון החוקתי נסב על היקפה של ההגנה שממנה נהנים התאגידי, יותר מאשר על שאלת עצם תחולתה,<sup>52</sup>

48 שם, בעמ' 601–605.

49 *Marshall v. Barlow's Inc.* 436 U.S. 307 (1977).

50 פסק-הדין הבולט ניתן בשנת 1980 כאשר נפסל חוק של מדינת ניו יורק, שביקש לאסור על תאגידי לעודד צריכת חשמל בתשדירי פרסומות. בית המשפט קבע, שהחוק הפר את האיזון שבין חופש הביטוי המסחרי ובין האינטרס הציבורי בצמצום השימוש באנרגיה *Central Hudson Gas & Electric v. Public Service Commission of New York*, 447 U.S. 557 (1980) (להלן: עניין *Central Hudson Gas & Electric*). מעניין לציין, כי השופט ויליאם רנקוויסט, לימים נשיאו (השמרן) של בית המשפט העליון, התנגד להחלטה בדעת מיעוט וציין כי פסק הדין הוא גרסה עכשווית של פרשת *Lochner*, לעיל ה"ש 41 (עניין *Central Hudson Gas & Electric*, שם, בעמ' 589). במהלך שנות השמונים עשו תאגידי הטבק שימוש אגרסיבי בטיעון בדבר חופש הביטוי המסחרי במהלך מאבקם נגד היוזמות לחקיקה האוסרת פרסום של סיגריות. להרחבה ראו מאייר, לעיל ה"ש 35, בעמ' 611–618. אגב, בשנת 1942 נפסק כי התיקון הראשון איננו חל על הביטוי המסחרי *Valentine v. Chrestensen*, 316 U.S. 52 (1942). פסק דין זה נהפך בשנת 1980 בפרשת *Schaumburg v. Citizens for a Better Environment* 444 U.S. 620 (1980).

51

"... The corporation is a creature of the state. It is presumed to be incorporated for the benefit of the public....It would be a strange anomaly to hold that a state, having chartered a corporation to make use of certain franchises, could not, in the exercise of its sovereignty, inquire how these franchises had been employed, and whether they had been abused, and demand the production of the corporate books and papers for that purpose" (*Hale v. Henkel*, 201 U.S. 43, 74–75 (1906))

לדעת מאייר, גישה זו מבטאת את ה"סכיזופרניה" של בית המשפט לגבי מעמדו של התאגידי (שם, בעמ' 622–624).

52 "Whether or not particular guarantee...is unavailable to corporation...depends on the (First) nature, history, and purpose of the particular constitutional provision." (*National Bank of Boston v. Bellotti*, 435 U.S. 765, 779 (1978)) (להלן: עניין *Bellotti*).

כאשר בית המשפט בוחן כל מקרה לגופו.<sup>53</sup> המלומד מאיר מציין, כי למעשה, מאז החלה "הרגולציה המודרנית", התאגידיים, ובתי המשפט בעקבותיהם, זנחו את השימוש בתיאוריה התאגידית כדי להצדיק את החלת הזכויות החוקתיות על התאגיד ותחת זאת אימצו גישה פרגמטית. כך, למשל, בתי המשפט לא בדקו אם התאגיד זכאי להגנת חופש הביטוי, אלא אם מימוש הזכות יקדם את השוק החופשי של הרעיונות.<sup>54</sup> גישה זו תאמה כמובן את האינטרסים של התאגידיים שהחלו לתבוע הגנה גם לזכויות חוקתיות מופשטות, דוגמת הזכות לפרטיות.<sup>55</sup>

## ב.2. הביקורת על פסק הדין של הנשיא ברק:

### ב.2.א) ביקורת ההנמקות שבפסק הדין<sup>56</sup>

כאמור לעיל, הנשיא ברק נימק את החלטתו בשלושה נימוקים:<sup>57</sup>

<sup>53</sup> See v. City of Seattle, 387 U.S. 541 (1967).

<sup>54</sup> דבריו של בית המשפט העליון בהקשר זה בפרשת *Bellotti* (לעיל ה"ש 52, בעמ' 775–776) היו נכוחים:

"The Court below framed the principal question in this case as whether and to what extent corporations have first amendment rights. We believe that the Court posed the wrong question. The Constitution often protects interests broader than those of the party seeking their vindication. The first amendment, in particular, serves significant societal interests. The proper question therefore is not whether corporations "have" first amendment rights, and if so, whether they are coextensive with those of natural persons. Instead, the question must be whether [the statute] abridges expression that the first amendment was meant to protect. We hold that it does..."

<sup>55</sup> מאיר, לעיל ה"ש 35, בעמ' 629–651.

<sup>56</sup> לדיון ביקורתי בפסק הדין ראו גם ישראל שדה "הערת פסיקה: בג"ץ 4395/05 – חוקתיות זכות הקנין של תאגידיים" [http://www.israelbar.org.il/article\\_inner.asp?pgId=45208&catId=287](http://www.israelbar.org.il/article_inner.asp?pgId=45208&catId=287).

<sup>57</sup> כינויי הטיעונים ניתנו בעקבות מאמרו של להב, לעיל ה"ש 26. להב עצמו מתאר שני טיעונים כלליים נוספים, בעייתיים בעיני, התומכים בהענקת זכויות חוקתיות לתאגידיים – **טיעון ההלימה וטיעון ההתפתחות המשפטית**. על פי טיעון ההלימה, צריך להתקיים שוויון בין חובות וזכויות הנובעים מחוק היסוד. לפיכך התאגיד זכאי להגנה חוקתית על שום שבתי המשפט קבעו כי הוא חייב בעקרונות המשפט הציבורי. בעיני, זהו טיעון בעייתי: הפסיקה שהחילה עקרונות "ציבוריים" על תאגידיים נוגעת רק לגזרה "דקה" של תאגידיים, הגופים הדו-מהותיים, שרוב התאגידיים אינם נמנים עמם. לאמיתו של דבר, דומה שלכאורה אפשר להפוך את טיעון ההלימה, שכן מן הראוי כי התאגידיים הנהנים מזכויות רבות ישאו גם בחובות. טיעון ההתפתחות המשפטית גורס, כי מרבית הפסיקה, שהיא ציון דרך חוקתי לאחר חקיקת חוקי היסוד החדשים,

(א) **טיעון הייצוג** – על פי טיעון זה, התאגיד מייצג את בני האדם ה"מסתתרים" מאחוריהם ועל כן שלילת ההגנה החוקתית מן התאגיד תפגע קשות בבני האדם המפעילים אותו.

(ב) **טיעון ההתאגדות** – על פי טיעון זה, לזכות להתאגד – שאף היא זכות חוקתית – לא יהיה כל תוכן ממשי אם התאגיד אשר יקום לא ייחנה מזכויות חוקתיות. ביסוד הטיעון מצויה ההנחה, שאם הפרט צריך לבחור בין שתי חלופות – פעולה כפרט והנאה מזכויות יסוד או פעולה כתאגיד ואובדן זכויות היסוד – הפרט יעדיף לשמור על זכויותיו ובכך תסוכל למעשה זכות

נדרשת לאירועים שבהם צד לדיון הוא תאגיד – מישראל, איגלו, ראם, יבין פלסט, וכמובן בנק המזרחי ויועצי השקעות (בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367 (1997)) (להב מצייני, שמצב דברים דומה אירע בארצות הברית, שם חלקים חשובים מהדיון החוקתי במהלך המאה התשע עשרה נעשו בפסקי דין בעניינים של תאגידיים). להב תולה תופעה זו במאפייניו הייחודיים של התאגיד כשחקן משפטי, המבחינים אותו מבני אדם: (1) **אורך חייו** – התאגיד אינו בעל אורך חיים מוגבל – הוא אינו חייב במוות וקיומו נתפס כאינסופי; (2) **היקף פעילותו** – מערך ההתקשרויות של תאגיד הוא בדרך כלל רחב יחסית וכולל כמה מתקשרים בעלי מאפיינים אחידים ומשותפים: עובדים, מנהלים, ספקים וכדומה. לפיכך התאגיד רואה בכל עימות סיכון ליצירת תקדים שימשש גורמים נוספים, או אותם גורמים, כדי לתקוף אותו שנית במהלך חייו האי-סופיים. מבחינה זו יש לראות בתאגיד דוגמה קלסית **לשחקן חוזר** (לעניין זה ראו את המאמר הקלטי: Marc Galanter, *Why the 'Haves' Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change*, 9 L. & Soc'y REV. 95 (1974)) אשר יהיה מוכן להשקיע משאבים גם במקום שבו פרט אנושי ממוצע היה נמנע מהשקעה, שכן התאגיד יוצא מנקודת הנחה שההשקעה תוחזר בעימותים עתידיים. מכאן גם ברורה הדומיננטיות של התאגיד בעימותים משפטיים, ובכללם בתחום החוקתי. (3) **יכולת פיננסית** – ככלל, משאביהם של תאגידיים גדולים ממשאביהם של בני האנוש, ועקב כך גם יכולתם ו"אורך הנשימה" שלהם להגיע לדיונים בערכאות הגבוהות של המערכת המשפטית – רבה יותר. בכך משתלבת היכולת הפיננסית עם הרצון הנובע מהיותו של התאגיד שחקן חוזר, ומתברר שהתאגיד יהיה מוכן לצאת גם למלחמות הנתפסות אצל הפרט כאבודות מראש. האורגנים, בני האנוש המנהלים את התאגיד, אינם "מפנימים" את עלויות המשפט ולכן יהיו נכונים ליטול סיכונים גדולים משהיו נכונים לקחת לולא קיומו של מסך ההתאגדות. זאת ועוד: ברוב המקרים המדינה מעודדת מצב דברים זה בכך שהיא מכירה בהוצאות המשפט כהוצאה מוכרת במס. מכלל האמור עולה שהתאגיד, מעצם אופיו, היה, וימשיך להיות, מוביל של ההתפתחות בתחום החוקתי ושל הרחבת זכויות היסוד, ומכאן שהכרה בהגנה חוקתית של תאגידיים תשרת בסופו של דבר גם את בני האנוש; ולהיפך: היעדר הגנה חוקתית לתאגידיים תוביל לכרסום בזכויות היסוד של בני אנוש. גם כאן אפשר לטעון, כי הטיעון מוליך למסקנה הפוכה דווקא – מאפיינים אלו של התאגיד ממחישים את עוצמתו ואת הסכנה הפוטנציאלית שהוא טומן בחובו למבנה הדמוקרטי של המשטר ועל כן אפשר לטעון, כי יש בהם דווקא עילה להטיל על התאגיד חובות ולא להרחיב את זכויותיו. ראו גם להלן בסעיף ב.2.(ג)(2).



ההתאגדות.<sup>58</sup>

(ג) **טיעון הפרקטיקה הנוהגת** – עלפי טיעון זה, הפעילות באמצעות תאגידיים היא מסימני ההיכר של החברה המודרנית ונועד לה תפקיד דומיננטי בחייהם של בני האדם. מניעת זכויות אדם מגופים אלה תפגע קשות במרקם החיים המודרניים. טיעון תועלתני זה זכה להצגה רחבה יותר בספרו של ברק:<sup>59</sup>

"נקודת המוצא הפרשנית צריכה להיות כי מקום שהדבר אפשרי מבחינה "פיזית", ראוי להחיל נורמטיבית את הוראות חוק היסוד על תאגידיים... ביסוד גישתי עומדת התכלית העומדת ביסוד חוק-היסוד. מקובל עלי כי תכלית זו הינה להעניק הגנה לכבודו של האנוש ולחירותו של הפרט. עם זאת, כדי להגשים הגנה זו באופן אפקטיבי בחברה המודרנית – אשר בה התאגיד מהווה מכשיר "יומיומי" לפעילות האנושית – מן הראוי להרחיב את תחולתן של זכויות בני-האדם גם לעבר התאגידיים השונים... מניעת זכויות אדם מתאגידיים משמעותה המעשית הינה פגיעה קשה בזכויות האדם של הפרטים הפועלים במסגרת תאגידיים אלה או הנהנים משרותיהם."

הטיעון המרכזי, שעליו מבוססות למעשה שלוש ההנמקות הוא אפוא החשש מכך שאי-הענקתה של ההגנה החוקתית לתאגידיים תפגע בסופו של דבר בכני האדם ה"מסתתרים" מאחוריהם תמנע מהם לממש זכויות אחרות שלהם ותפגע באורה החיים המודרני. האומנם אלו הם פני הדברים?

**ראשית**, זכויות האדם כשמן כן הן: זכויות של בני אנוש בשר ודם. על פי המסורת הליברלית וההומניסטית של הוגי הנאורות, זכויות האדם הן זכויות שכל אדם זכאי להן מעצם היותו אדם ולשם מימוש ההגנה על כבודו ועל חירותו. זוועותיה של מלחמת העולם השנייה ושל השואה היו זרז לכינונו של משפט זכויות האדם הבין-לאומי שהדגיש את האוניברסליות של עקרונות אלו. זו גם התפיסה המובעת בפסקאות המטרה של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ושל חוק יסוד: חופש העיסוק, הקובעות: "**זכויות היסוד של האדם בישראל מושתתות על ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן חורין.**"

לא ברור אפוא כיצד במצב דברים כזה פרשנותו של ברק משרת את תכליתו של חוק היסוד. תאגידיים הם יצורים משפטיים וירטואליים, אשר נועדו להסדיר מערכות יחסים בין קבוצות של בני אדם, ועם כל חשיבותם בחיי הכלכלה המודרניים, בעלי הזכויות שלטובתם נחקקו דיני התאגידיים הם בני האדם הפועלים באמצעות התאגיד,

58 להב, שם.

59 ברק, לעיל ה"ש 17, בעמ' 439.

והם בלבד.<sup>60</sup> יתירה מזו: באופן תיאורטי, אפשר להעלות על הדעת מצב דברים שבו לא יהיו בני אדם מאחורי מסך ההתאגדות.<sup>61</sup> מצב שכיח יותר הוא, שהתאגיד הוא דווקא מסך לזכויות-יתר של בני אדם (ראו להלן). מתעוררת אפוא השאלה, מדוע כאשר כלל לא מתקיים הרציונל של מתן הגנה לבני האדם ה"מסתתרים" מאחורי מוטת-כנפיו של התאגיד, עדיין יש מקום להעניק לו – ועוד מכוחה של פרשנות תכליתית! – זכויות חוקתיות שעוצבו עבור בני אנוש בשר ודם? ולא זו אף זו: הפיכתו של התאגיד ל"אישיות חוקתית" חלקית – קרי: כזו הנהנית מזכויות חוקתיות רק כאשר מהותה של הזכות המוענקת בחוק היסוד וטבעה של האישיות המשפטית שאינה אדם עולים בקנה אחד עם מסקנה זו – מעוררת לכאורה בעיה אינטואיטיבית של אי-עקיבות: או שהתאגיד הוא "אדם" או שלא?

<sup>60</sup> שדה, לעיל ה"ש 56. להב, לעיל ה"ש 26. מוסיף וקובע כי בעוד שלאדם יש קיום עצמאי וקודם למדינה, ולכן יש הצדקה שכוח המדינה ייסוג מפני כוח האדם במצבים מסוימים, התאגיד הוא אישיות משפטית מלאכותית, יציר המשפט של המדינה. מאכן גובע, על-פי גישה זו, שהיות ולתאגיד אין קיום בלעדי המדינה אין התאגיד זכאי לזכויות המצמצמות את האוטונומיה של המדינה – להב מפנה למאמרו של מאייר, לעיל ה"ש 35. ראו גם אצל הורוויץ, לעיל ה"ש 36, בעמ' 178–187. יצוין כי סקירת פסיקה אמריקאית בנושא מלמדת שטיעון זה שימש רבות את בתי המשפט בארצות הברית במקרים בהם גרסו בתי המשפט שיש **למנוע** מתאגידים הגנה חוקתית, ראו למשל:

"The individual exist antecedent to the state and therefore owes no duty to the state and cannot be deprive of any constitutional rights. The corporation, however, is a mere "creature of the state." Its powers are limited by law, and the legislature reserves a right to investigate the corporation."

מאייר, שם, בעמ' 623.

<sup>61</sup> להב, שם, מתאר את הניסוי המחשבתי אודות "המכונה האינטליגנטית" שהציע חכם המשפט דן מאיר-כהן MEIR DAN-COHEN, RIGHTS, PERSONS, AND ORGANIZATIONS: A LEGAL THEORY FOR BUREAUCRATIC SOCIETY, (1986). ניסוי זה מבוסס על סיפורה של חברה דמיונית בשם Personless Corporation. הניסוי מתאר חברה רגילה העוסקת בייצור רכיבים חשמליים שהונפקה לציבור. לאחר שנים של שגשוג, מחליטה החברה לרכוש את כל מניותיה מהציבור. צעד זה הופך אמנם את החברה לחסרת בעלים בני-אנוש (ownerless) אך אינו משנה את הסטטוס המשפטי שלה. לאחר צעד זה, מחליטה החברה על פעילות קיצונית נוספת – מיכון ומיחשוב מלא של כל פעולות החברה, לרבות מערך קבלת ההחלטות שלה. מדובר במיכון לא רק של פעולות הייצור אלא גם של מערך קבלת ההחלטות של החברה. גם שינוי זה, כמובן, לא משנה את הסטטוס המשפטי של החברה. חולפות להן מספר שנים נוספות, הנהלת החברה מזדקנת ופורשת אך איש לא מחליף אותה. לחברה אין כעת עובדים, מנהלים או בעלי מניות, היא פועלת כ"מכונה אינטליגנטית". החברה, כשמה כן היא – Personless. גם במצב זה הסטטוס המשפטי של החברה נותר איתן כשהיה כשהחברה נוסדה, אלא שכעת מדובר בחברה שאין לה כל זיקה לבני אנוש.

**שנית**, איש אינו טוען כי אין להעניק לתאגיד שום זכות. ברור כי תאגידים נהנים מזכויות שונות – הם רשאים, למשל, להתקשר בחוזים, להחזיק ברכוש ולהיות צדדים להליכים משפטיים בבתי משפט.<sup>62</sup> הענקת זכויות חוקתיות לתאגידים היא כבר עניין אחר לגמרי, בייחוד לנוכח המגבלה המשפטית שהיא עשויה להטיל על חקיקה עתידית אשר תבקש לפגוע בזכויות אלו. באופן מסורתי חקיקה כזו היא עניין של מדיניות חברתית וכלכלית, ובית המשפט נוהג להשאיר בידי הממשלה והכנסת, קל וחומר כאשר הדבר נעשה בעקבות פרשנות – שכלל אינה הכרחית ואינה מתבקשת – של הטקסט החוקתי. תרצה הרשות המכוננת להעניק לתאגידים זכויות חוקתיות, תתכבד נא ותעשה זאת באופן מפורש. דוגמה אפשרית לכך יכולה להיות החוקה הדרום-אפריקאית, שברק מרבה להידרש אליה כאל חוקה מודרנית המשמשת מודל לחיקוי שעגינה במפורש את זכאותה של כל אישיות משפטית ("Juristic Person") לזכויות המעוגנות במגילת הזכויות החוקתית, תוך שהיא מסייגת זאת בטבעה של הזכות ובטבעה של האישיות המשפטית.<sup>63</sup>

**שלישית**, החשש מפני התאיינותה של זכות ההתאגדות בהיעדרה של הגנה חוקתית על התאגיד מניח, כי במצב כזה בני האדם ה"מסתתרים" מאחורי התאגיד יאבדו באופן אוטומטי את זכויותיהם החוקתיות, אולם מצב זה כלל אינו מתחייב. בראש ובראשונה התאגיד הוא מכשיר משפטי שנועד לשרת צרכים אנושיים. אין לערב

<sup>62</sup> שדה, לעיל ה"ש 56.

<sup>63</sup> Constitution of the Republic of South Africa Act, 1996.

ס' 8(4) לחוקה הדרום-אפריקאית קובע:

"A juristic person is entitled to the rights in the Bill of Rights to the extent required by the nature of the rights and the nature of that juristic person."

נוסף על כך ס' 38 לחוקה עוסק באכיפת הזכויות וקובע במפורש, כי תאגיד רשאי לפנות לבית המשפט לעניין הפרת זכות כמי שפועל למען האינטרס של חבריו:

"Anyone listed in this section has the right to approach a competent court, alleging that a right in the Bill of Rights has been infringed or threatened, and the court may grant appropriate relief, including a declaration of rights. The persons who may approach a court are:

...

(e) an association acting in the interest of its members"

יוער, כי על-ידי להב, לעיל ה"ש 26, ב-12 מדינות נוספות שנסקרו – אוסטריה, אוסטרליה, בלגיה, קנדה, קרואטיה, צ'כיה, דנמרק, אסטוניה, פינלנד, צרפת, גרמניה ושווייץ – אין התייחסות ישירה לזכויותיו של תאגיד, אלא רק שימוש במונחים כלליים עמומים דוגמת "everyone" או "every person". עם זאת, לעתים החוקות משתמשות לגבי זכויות מסוימות במונחים יותר ספציפיים, ובמיוחד ב"כל אזרח" או ב"כל יצור אנושי" ("every human being" או "all humans"). כשהחוקה משתמשת במונח האחרון, נראה כי כוונתה לכך שהזכות אינה נתונה לתאגיד, אך הדבר אינו כתוב בה במפורש.

בין זכות היסוד של בני האדם להתאגד ולפעול באמצעות הכלים התאגידיים ובין התאגיד שהוא תוצרה המשפטית, הנפרד, של זכות זו. כאמור לעיל, המשפט הנוהג כבר מקנה לתאגיד זכויות שונות, היוצקות תוכן לתוך הזכות להתאגד ועל כן לא ברור מדוע זכות זו תיפגע ותתרוקן מתוכנה עקב אי-הענקתן של זכויות חוקתיות לגוף המאוגד, כאשר הפרטים המאוגדים עצמם אינם מאבדים מזכויותיהם החוקתיות. בדין הקנדי, למשל, קיימת הבחנה בין זכות ההתאגדות ובין ההגנה על המתאגדים וההתאגדות.<sup>64</sup>

**רביעית,** לא פעם אפשר להראות מצב שבו האינטרסים האנוכיים של בעלי המניות של תאגיד – אותם פרטים שהתאגדו ומימשו את זכותם להתאגד – אינם עולים בקנה אחד עם אלו של התאגיד עצמו. כך, למשל, חלוקת דיווידנדים פוגעת בלא ספק בקניינו של התאגיד, אך בעלי המניות עצמם עשויים להרוויח ממנה. באופן דומה, אף שקניינו של הבנק בפרשת **בנק המזרחי המאוחד** נפגע (קלות) בגלל חקיקתו של חוק פינני-פיצוי<sup>65</sup> וביצועה של תוכנית ההתנתקות, הרי ייתכן שדווקא הציפיות לשלום ולשגשוג כלכלי שבאו בעקבותיה העלו את שוויין של המניות שברשותם של בעלי המניות של הבנק.<sup>66</sup> אפשר אפוא לראות שוב, כי הזיהוי שעשה הנשיא ברק בין התאגיד ובין הפרטים העומדים מאחוריו כלל אינו הכרחי.

**חמישית,** ובהמשך לכך, "טיעון הייצוג" עצמו בעייתי, שכן הוא מניח כי ההתאגיד עצמו הוא גוף בעל אינטרסים הומוגניים. ברם, כפי שהראתה האסכולה המוסדית, התאגיד מורכב מקבוצות שונות שהאינטרסים שלהם לא פעם מנוגדים:<sup>67</sup> כך, למשל, האינטרסים של בעלי המניות אינם חופפים תמיד לאלו של עובדי החברה (למשל: במצב של הצעת רכש מפתה, שבה בעלי המניות יכולים להרוויח בעוד העובדים עשויים לאבד את מקום עבודתם בשל תוכניות "התייעלות" שיבצעו הרוכשים החדשים). כמו כן גם בקרב הקבוצות עצמן לא תמיד קיימת זהות אינטרסים: כך, למשל, עשויה להתעורר בעייתיות לגבי חופש הביטוי של התאגיד, כאשר בעלי מניות הרוב כופים את עמדתם על בעלי מניות המיעוט המתנגדים לעמדתם; או לחלופין, כאשר התאגיד מביע עמדות שמנהליו מבקשים לקדם, אף שהן עומדות בניגוד לעמדתם של רוב בעלי המניות בתאגיד.<sup>68</sup>

**לבסוף,** הענקתן של זכויות חוקתיות לתאגיד היא הפרה של האיזון העומד בבסיס

64 PETER W. HOGG, CONSTITUTIONAL LAW OF CANADA 8–23 (3<sup>rd</sup> ed, 1992).

65 לעיל ה"ש 6.

66 שדה, לעיל ה"ש 56.

67 להב, לעיל ה"ש 26.

68 הפיזור הנרחב של מניות והפרדה הידועה הקיימת בתאגיד המודרני בין הבעלות על מניות ובין ניהול התאגיד מקשים כמובן על בעלי המניות להשפיע על ניהול התאגיד.

עקרון האישיה הנפרדת. עקרון זה, המרכזי כל כך לדיני התאגידים, יוצר מסך הגנה המפריד בין התאגיד ובין בני האנוש המתאגדים בו. הגנה זו מתעבה באורח ניכר במקרה השכיח שבו ערבות חבריו של התאגיד מוגבלת (חברה בע"מ), שכן אז מוקנית למתאגדים פריבילגיה כלכלית שאינה יכולה להיות מוענקה לבני אנוש. נוסף על כך כאשר מוענקה לתאגיד גם הגנה חוקתית בשל בני האדם שבחרו להקימו, נוצר מצב אבסורדי שבו תאגידים – שראוי להזכיר, כי להם קיום נצחי (לפחות באופן פוטנציאלי) – נהנים מזכויות רבות יותר מאשר אלו הנתונות לבני אנוש. אי-שוויון זה איננו מוצדק, מה גם שלכל בן אנוש תמיד עומדת האפשרות לפעול כפרט ולממש בעצמו את זכויותיו החוקתיות. אין זה ראוי כי מי שבחר במודע לפעול במסגרת תאגיד, בשל יתרונותיה של האישיה המשפטית הנפרדת, ייהנה מהגנות משפטיות רבות עוצמה נוספות.<sup>69</sup>

## 2.2. (ב) מעמדה של זכות הקניין וההשלכות החלוקתיות של פסק הדין

כפי שהנשיא ברק עצמו כתב בפסק הדין, עצם התפיסה שלפיה יש להקנות לזכות הקניין מעמד חוקתי "אינה מובנת מאליה" וכי

"הפתרון לשאלה אם ראוי הוא ליתן לזכות הקניין מעמד חוקתי-על-חוקי שנויה במחלוקת במשפט ההשוואתי... אכן, לעתים מוצאת עצמה חברה במצב שבו היא סבורה כי ההגבלות שעליה להטיל על הקניין הן כה רבות ומקיפות, עד כי אין צידוק להעניק לקניין מעמד חוקתי. כך הדבר בקנדה. הקניין אינו זוכה להגנה החוקתית הקבועה בצ'רטר הקנדי על דבר זכויות וחירויות (ה-Canadian Charter of Rights and Freedoms). בהודו הוכר הקניין כבעל מעמד חוקתי (סעיף 19(1)(f) לחוקת הודו מ-1950). שינוי חוקתי (ב-1978) הביא לביטולו של סעיף זה. חוקתיותו של השינוי החוקתי עמדה לבחינה במספר פסקי דין של בית המשפט העליון של הודו (ראו Minerva Mills Ltd. V. Union of India, AIR 1980 SC 1789). בחוקת דרום אפריקה זוכה הקניין להגנה חוקתית (סעיף 25). הוא הדין בחוק היסוד הגרמני (סעיף 14). מגמה דומה ניתן למצוא באמנה האירופאית בדבר זכויות האדם (ה-European Convention on Human Rights). באמנה המקורית (מ-1950) לא נכללה הוראה בדבר הגנת הקניין. בפרוטוקול הראשון (Convention No. 1 (1952))

<sup>69</sup> להב, לעיל ה"ש 26.

בסעיף 5) הוספה הוראה בעניין זכות הקניין.<sup>70</sup>

בניגוד לקנדה – שהעניין במשפטה החוקתי גבר בישראל מאז נחקקו חוקי היסוד והוכנסה לתוכם פסקת ההגבלה, המבוססת על "המודל הקנדי" – בישראל נכללה זכות הקניין במסגרת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. אף שהדבר נעשה בעקבות השתלשלות עניינים בעייתית מאוד,<sup>71</sup> השאלה המרכזית כיום אכן איננה, כפי שציין הנשיא ברק, שאלת קיומה של הזכות, כי אם שאלת היקף פריש'תה. ברם, דומה כי החלטה באמצעים פרשניים של ההגנה החוקתית על תאגידים בהקשר של זכות כה שנויה במחלוקת כזכות הקניין מחדדת עוד יותר את הקושי המוכר הנוגע לשאלת הלגיטימציה של הביקורת השיפוטית מצד גוף שאינו נבחר.

ראוי לחדד את הדברים: זכויות שלהן מעמד חוקתי נהנות, כידוע, ממעמד משפטי על-חוקי, ויכולתו של בית המחוקקים, הגוף הדמוקרטי הייצוגי ביותר, לפגוע בזכויות אלו, גם לטובת אינטרסים חברתיים חשובים, מצומצמת יותר. בית המשפט העליון פסק לא פעם – והנשיא ברק שב ואישר פסיקה זו בפסק דינו – כי היקף התפרש'ותה של זכות הקניין הוא רחב ביותר וכולל אפילו זכויות חוזיות ולא רק זכויות קנייניות כמו בעלות או שכירות. מכאן שכמו בקביעה בעייתית אפשר כי גם חקיקת מס – אחד המנגנונים העיקריים לביצוע חלוקה מחדש של העושר החברתי – כפופה לביקורת שיפוטית-חוקתית,<sup>72</sup> גם לפריסת הגנה חוקתית על תאגידים עשויות להיות השלכות חלוקתיות ברורות. ראוי אפוא, כי ההחלטה על היקף ההגנה החוקתית שתוענק לגופים הנהנים גם כך מעוצמה כלכלית ופוליטית ניכרת תיעשה לאחר דיון ציבורי ראוי לשמו.

למעשה פסיקה זו הופכת את המשפט החוקתי – אשר מקובל לראותו ככלי להגנתם של מיעוטים וקבוצות חלשות<sup>73</sup> – למכשיר נוסף הפועל לביצור כוחם, הרב ממילא, של גופים כלכליים חזקים דוגמת הבנקים, חברות הביטוח או תאגידי התרופות. יתירה מזו: קשה שלא להנגיד את עמדתו של הנשיא ברק בפסק דין זה לידו

<sup>70</sup> פרשת **בנק המזרחי המאוחד**, לעיל ה"ש 5, בפס' 8.

<sup>71</sup> יהודית קרפ "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו: ביוגרפיה של מאבקי כוח" **משפט וממשל** א 323 (1992).

<sup>72</sup> אהרון יורן "המהפכה החוקתית במיסוי בישראל" **משפטים** כג 55 (1994); אהרן ברק "החוקה הכלכלית של מדינת ישראל" **משפט וממשל** ד 357 (1997–1998); יוסף אדרעי "על חוקה דקלרטיבית וחוקה קונסטיטוטיובית – מעמדה של זכות הקניין החוקתית במדרג זכויות האדם" **משפטים** כח (3) 461 (1997).

<sup>73</sup> איל בנבנישתי "ההגנה על קהילות מיעוטים בבתי משפט" **עלי משפט** ג 463 (2003); גרוס, לעיל ה"ש 13. ראו גם את הדיון הקלסי אצל JOHN H. ELY, **DEMOCRACY AND DISTRUST: A THEORY OF JUDICIAL REVIEW**, (1980).

הקפוצה, במקרים קודמים, של בית המשפט העליון בכל הנוגע לשאלת היקפן של הזכויות החברתיות המוגנות על ידי חוק היסוד.<sup>74</sup> דוגמה להשלכות עתידיות אפשריות של הרחבת ההגנה החוקתית על תאגידיים אפשר למצוא בפסיקת בית המשפט העליון האמריקאי בפרשת *Bellotti* משנת 1978.<sup>75</sup> בפרשה זו ביקשו העותרים, ארגונים המאגדים בנקים וחברות עסקיות, לפרסם במסגרת "קמפיין" ציבורי את עמדתם כנגד הצעה למשאל עם בנוגע לתיקון חוקתה של מדינת מסצ'וסטס, שנועדה לאפשר את חקיקתו של חוק מס הכנסה בעל אופי פרוגרסיבי. הם הפנו את עתירתם כנגד חוקתיותו של חוק פלילי שאסר על תאגידיים לתרום כספים במטרה להשפיע על הבחורים בנושאים שאינם נוגעים ישירות לנכסי התאגיד ולעסקיו, לרבות בשאלה הנוגעת למיסוי הכנסותיהם של יחידים. בית המשפט העליון הפדרלי הפך – ברוב של חמישה שופטים נגד ארבעה – את החלטתו של בית המשפט העליון של מדינת מסצ'וסטס ופסק, כי החוק פוגע בזכות לחופש הביטוי הפוליטי המוקנית לתאגידיים מכוח התיקון הראשון לחוקה.<sup>76</sup> ראוי לאזכר דווקא את דעת המיעוט בפסק-הדין שעמדה על הסכנות הצפויות ממנו:

"...the special status of corporations has placed them in a position to control vast amounts of economic power which may, if not

<sup>74</sup> עניין עמותת "שוהרי גיל"ת", לעיל ה"ש 2; בג"ץ 5578/02 **מנור נ' שר האוצר**, פ"ד נט(1) 729 (2004); בג"ץ 366/03 **עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר** דינים עליון, כך עה 512 (2005); בג"ץ 9333/03 **פרופ' שמואל קניאל נ' שר האוצר**, דינים עליון, כך עב 662 (2005). לדיון כללי בעניין יחסו של המשפט הישראלי אל הזכויות החברתיות ראו יורם רבין ויובל שני **זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל** (2004); יובל אלבן **זרים במשפט – נגישות לצדק בישראל** (2005); גיא מונדלק "זכויות חברתיות-כלכליות בשיח החוקתי החדש: מזכויות חברתיות לממד חברתי של זכויות האדם" **שנתון משפט העבודה** ז 65 (1999).

<sup>75</sup> פרשת *Bellotti*, לעיל ה"ש 52. מעניין לציין, כי גם במקרה זה היה השופט רנקוויסט בדעת מיעוט בפסק הדין. לדעתו (בעמ' 824–826), לתאגיד, כגוף מלאכותי, אין זכות ליטול חלק בהליך הפוליטי. לדיון ביקורתי בפסק הדין, ראו Adam Winkler, *Beyond Bellotti*, 32 *Loy. L. A. L. Rev.* 133 (1998). כמו כן ראו גם אצל מאייר, לעיל ה"ש 35, בעמ' 653–654. לדיון ביקורתי בשימוש הגובר שעושים התאגידיים בשיח זכויות האדם ראו אצל Anna Grear, *Challenging Corporate 'Humanity': Legal Disembodiment, Embodiment and Human Rights* 7 *HUM. RTS. L. Rev.* 511 (2007).

<sup>76</sup> פרשה מעניינת נוספת בהקשר זה היא פרשת *Buckley v. Valeo*, 424 U.S. 1 (1976). במקרה זה פסל בית המשפט העליון חלקים מחוק פדרלי שהגביל את גובהן של הוצאות הקמפיין אשר מועמדים פוליטיים רשאים להוציא במהלך מערכת בחירות, בטענה שההגבלה פגעה בזכות החוקתית לחופש הביטוי, המוגנת על ידי התיקון הראשון לחוקה. פסיקה זו, שפסלה הסדר שמטרתו – הראויה מאוד – היתה צמצום השפעת ההון על מימוש הזכות (החוקתית) להיבחר, הובילה בסופו של דבר להעמקת הקשרים בין הון ושלטון.

regulated, dominate not only the economy but also the very heart of our democracy, the electoral process."<sup>77</sup>

## ב.2.ג) מוגבלותו של דיון א-היסטורי

### ב.2.ג)1) היבטיו הציבוריים של התאגיד

מפתיע לראות כיצד פסק דינו של הנשיא ברק בפרשת **בנק המזרחי המאוחד** משקף גישה – המאפיינת, אגב, משפטנים ליברלים רבים – שהיא א-היסטורית באופיה ונטולת הקשר פוליטי-חברתי. ההידרשות הערטילאית לזכויותיו החוקתיות של התאגיד מתעלמת מכך ששאלת היקף האחריות המשפטית והחברתית של התאגיד נגזרת בראש ובראשונה מן התפקיד שהחברה נוהגת לייחס לתאגידים בכלל, ודבר זה משתנה עם השנים. ראוי להרחיב מעט את הדיבור בהקשר זה.

על פי התפיסה הליברלית הקלסית, קיימת הבחנה חדה בין התחום הפרטי ובין התחום הציבורי. התחום הפרטי נתפס כמרחב המוגן של היחיד, שבו הוא זכאי להגנה מפני המדינה רבת העוצמה. זהו אחד התפקידים החשובים של רעיון זכויות האדם, כפי שהוא בא לידי ביטוי במסגרת תפיסה זו. על פי קו מחשבה זה, התאגידים נתפסים כגופים עסקיים פרטיים, וככאלה עליהם לזכות להגנה מפני ידה הארוכה של המדינה. במקביל, מידת יכולת הפיקוח הציבורי עליהם אמורה להיות מוגבלת ומועטה. על כן, וככלל, תאגידים עסקיים אינם אמורים להיות כפופים לעקרונות המשפט הציבורי ולחובות ההגינות והשקיפות המוגברות החלות על רשויות השלטון הנבחרות.

תפיסה זו והבחנה התורת-משפטית הליברלית הקלסית בין פרטי ובין ציבורי<sup>78</sup> הולכות ומיטשטשות בשנים האחרונות, ראשית, לנוכח הנטייה להרחיב, במסגרת דיני התאגידים, את החובות ה"חברתיות" המוטלות על תאגידים, ובראשן את חובת תום-הלב.<sup>79</sup> שנית, בשל החלתן של נורמות "ציבוריות" על גופים "דו-מהותיים". בתו המשפט קבעו, כי אפשר להחיל נורמות אלו גם על גופים "פרטיים" באופיים,

<sup>77</sup> פרשת *Bellotti*, לעיל ה"ש 52, בעמ' 809. לדיון קלסי באופן שבו התאגידים חותרים תחת ההליך הדמוקרטי ראו אצל Charles E. Lindblom, *POLITICS AND MARKETS: THE WORLD'S POLITICAL ECONOMIC SYSTEMS* (1977).

<sup>78</sup> לתיאור ההבחנה הקלסית בין משפט פרטי למשפט ציבורי ולביקורת עליה ראו, למשל, אצל צחי קרן-פז "לי זה עולה יותר": דחיית הטענות בדבר חוסר לגיטימיות ועלות מוגזמת הנטענות כלפי קידום השוויון במשפט הפרטי" **משפט וממשל** ז 541, 543–546 (2004).

<sup>79</sup> ראו עלי בוקשפן "על חברה וחברה, ועל מעמדו של סעיף 11 לחוק החברות במשפט הישראלי" **משפט ועסקים** א 229 (2004); ובאופן כללי – עלי בוקשפן **המהפכה החברתית במשפט העסקי** (2007).



בהתחשב בין השאר בתפקידים ובמידת חיוניותם.<sup>80</sup> בהקשר זה ראוי להזכיר גם את הצעתו, המהוססת, של פרופ' אהרן ברק עצמו להחיל על תאגידי התקשורת הפרטיים "עקרונות יסוד" של המשפט הציבורי, שכן "העיתון הפרטי שולט על האוויר הדרוש לנשימתה של הדמוקרטיה".<sup>81</sup> במקומות אחרים הוא אף מעורר את השאלה, האם מה שאסור למועצה מקומית קטנה מותר לתאגיד כלכלי גדול?<sup>82</sup> ואף מציין במפורש, כי

"הסכנה לזכויות האדם קיימת אמנם בעיקר מצד המדינה. אולם אין זו הסכנה היחידה. לזכויות האדם אורבת סכנה גם מהתנהגותם של פרטים אחרים. בצד הצורך להגביל את כוחה של המדינה כלפי הפרט, קיים הצורך להגביל את כוחם של פרטים ביחסיהם ההדדיים [...] אכן, זכויות היסוד של האדם אינן מכוונות רק כנגד השלטון. הן חלות גם ביחסים ההדדיים שבין הפרטים לבין עצמם."<sup>83</sup>

אם כך הדבר ביחסים בין פרטים, קל וחומר כי כך ראוי שיהיה ביחסים בין פרט לתאגיד.<sup>84</sup>

הוויכוח בעניין תפקידים החברתי של תאגידים ומידת הפיקוח הציבורי שראוי להטיל עליהם מלווה מזה עשרות שנים את הדיון המשפטי-דוקטרינרי בדבר שאלת מהותו של התאגיד. ויכוח זה הוא גלגול עכשווי של מחלוקת בסיסית בעולם התיאוריה התאגידית, ששורשיה באו לידי ביטוי כבר בשנות השלושים של המאה

<sup>80</sup> ראו, לדוגמא, בג"ץ 731/86 מיקרו-דף נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, פ"ד מא(2) 449 (1987); ע"א 294/91 חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464 (1992) (להלן: פרשת קסטנבאום); ע"א 3414/93 און נ' מפעלי בורסת היהלומים (1965) בע"מ, פ"ד מט(3) 196 (1995). יפים לעניין זה דבריו של השופט ברק (כתוארו אז) בפרשת קסטנבאום, שם בעמ' 530:

"...עקרונות היסוד של השיטה בכלל וזכויות היסוד של האדם בפרט אינם מוגבלים אך למשפט הציבורי. ההבחנה בין משפט ציבורי לבין משפט פרטי אינה כה חריפה. שיטת משפט אינה קונפדרציה של תחומי משפט. היא מהווה אחדות של שיטה ומשפט. אכן, עקרונות היסוד הם עקרונות של השיטה כולה, ולא של המשפט הציבורי בלבד."

<sup>81</sup> אהרן ברק "המסורת של חופש הביטוי בישראל ובעיותיה" משפטים כז 223, 237–246 (1996); אהרן ברק "על העיתונות הפרטית" עלי משפט ב 293 (2002).

<sup>82</sup> אהרן ברק "זכויות אדם מוגנות והמשפט הפרטי" ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי 163, 175 (יצחק זמיר עורך, 1993). לדיון מקיף בשאלת תחולת זכויות האדם במשפט הפרטי ראו ברק, לעיל ה"ש 17, 649–697 והמקורות המוזכרים שם.

<sup>83</sup> ברק, לעיל ה"ש 17, בעמ' 680.

<sup>84</sup> Michael J. Horan, *Contemporary Constitutionalism and Legal Relationship Between Individuals*, 25 INT'L & COMP. L.Q. 848, 860 (1976)

העשרים בוויכוח הידוע בין המלומדים Berle ו-Dodd<sup>85</sup> – ויכוח שממנו התפתחו שתי אסכולות שאפשר להציגן כשני טיפוסים אידיאליים – הגישה הכלכלית והגישה החברתית.<sup>86</sup>

**הגישה הכלכלית**, שעליה מבוססים גם דיני התאגידים בישראל,<sup>87</sup> היא באופיה קניינית או חוזית (Contractarian) ורואה את התאגיד כקניינים של בעלי המניות או כדבוקה (Nexus) של חוזים בין בעלי המניות ובין מנהלי התאגיד. גישה זו רואה בדיני התאגידים ענף מרכזי של המשפט הפרטי ולפיכך רואה את תפקיד הרגולציה כמסתכם ביצירת כללים דיספוזיטיביים יעילים, תוך שהיא מותירה לתאגיד לבור לעצמו את הכלים שישארו את רווחיהם של בעלי מניותיו בהתאם לשיקולים שמכתיב השוק. על פי תפיסה זו, שאלת אחריותו של התאגיד כלפי "בעלי עניין" (Stakeholders) שאינם "בעלי מניות" (Shareholders) היא "החצנה" (Externality) שאינה מעניינה של התאגיד. עמדה זו זכתה לביטוי קיצוני בדבריו רבי ההשפעה של הכלכלן המנוח מילטון פרידמן, שלפיהם האחריות החברתית היחידה של התאגידים היא השאת רווחיהם של בעלי המניות שלהם.<sup>88</sup>

כנגד עמדה זו עומדת **הגישה החברתית** לדיני התאגידים (שישנם המכנים אותה הגישה ה"קהילתנית" [Communitarian] או הפלורליסטית [Pluralist]), המתייחסת אל התאגיד כאל מוסד שאינו רק בעל אופי כלכלי-פרטי, אלא גם חברתי-ציבורי. גישה זו, הרווחת בעיקר במשפט הקונטיננטלי, מכירה בהשפעה שישנה לתאגידים על "בעלי עניין" רבים – עובדים, לקוחות, ספקים ולעתים אף הקהילה והחברה בכללותה – וגורסת, כי על התאגיד להתחשב בהם.<sup>89</sup> בבסיסה של עמדה זו ניצבת גישה כלכלית פרוגרסיבית, הרואה את תפקיד המדינה בקביעת כללים

<sup>85</sup> לתיאור היסטורי של העימות ראו David Millon, *Theories of the Corporation*, 1990 DUKE L.J. 201, 216–225 (1990) וההפניות המובאות שם. כמו כן ראו עלי בוקשפן ואסא כשר "אתיקה בחברות עסקיות: שיקולים משפטיים ומוסריים" **משפט ועסקים** ב 159, 181–187 (2005).

<sup>86</sup> עם זאת יצוין, כי הלכה למעשה קיימת בין עמדות אלו השפעה הדדית ועיקר הוויכוח ביניהן כיום נעוץ בשאלת המינון הראוי של כל גישה ברעותה, שם, בעמ' 181.

<sup>87</sup> ראו, למשל, את דברי ההסבר להצעת חוק החברות: "הפילוסופיה העומדת ביסוד הרפורמה המוצעת היא זו של האוטונומיה של הרצון הפרטי. הפרט חופשי להתאגד והוא צריך להיות חופשי לקבוע את את תוכן התאגדותו..."

דברי ההסבר ל הצעת חוק החברות, התשנ"ו–1995, ה"ח 2, 6.

<sup>88</sup> Milton Friedman, *The Social Responsibility of Business is to Make Profits*, N.Y. TIMES MAGAZINE 32 (13.9.1970).

<sup>89</sup> ראו, למשל, ידידיה שטרן "כלכלת בעלי מניות או כלכלת קהלים – דיני חברות במבט השוואתי וגלובלי" **המשפט** ט 213 (2004).

קוגנטיים שיגבילו את שיקולי השאת הרווח של בעלי המניות לטובת כלל הציבור.<sup>90</sup> עמדה זו באה לידי ביטוי כיום בדרישה הגוברת, בעיקר בקרב ארגוני "החברה האזרחית הגלובלית", לרגולציה ציבורית כופה – לאומית, בין-לאומית או על-לאומית – של הפעילות התאגידית.

הגישה הכלכלית מבטאת עמדה כלכלית שמרנית ונהנית כיום ממעמד מוביל בקרב התיאורטיקנים של דיני התאגידיים, בעיקר בקרב אנשי הגישה הכלכלית לגבי המשפט. חלקם אף הציגו אותה כמבטאת את "קץ ההיסטוריה" של דיני התאגידיים.<sup>91</sup> ברם, גישה זו זכתה לביקורת נוקבת.<sup>92</sup> יתירה מזו: דומה כי גם ב"שטח", בקרב התאגידיים הגדולים, הולך ומתחזק השיח בדבר אחריות חברתית של תאגידיים (CSR) והפרקטיקות הנגזרות ממנו.<sup>93</sup> ואכן, יותר ויותר תאגידיים מאמצים כיום באופן וולונטרי "קוד התנהגות" שבו הם מתחייבים בשמה של "אזרחות תאגידית" (Corporate Citizenship) לכבד זכויות אדם, תוך קביעת סטנדרטים מינימליים של התנהגות, המוחלים אף על גופים או קבלני משנה המתקשרים עמם. נוסף על כך מרחיבים התאגידיים את מעורבותם בפעילויות צדקה שונות.<sup>94</sup> עם זאת יש לציין, כי

<sup>90</sup> לתיאור כללי ראו אצל מילון, לעיל ה"ש 85; Christopher Stoney & Diana Winstanley, *Stakeholding: Confusion or Utopia? Mapping the Conceptual Terrain*, 38 JOURNAL OF MANAGEMENT STUDIES 603 (2001) Steve Letza, James Kirkbride & Xiuping Sun, *Shareholding versus Stakeholding: A Critical Review of Corporate Governance*, 12 CORPORATE GOVERNANCE 242 (2004).

<sup>91</sup> Henry Hansmann & Reinier Kraakman, *The End of History for Corporate Law*, 89 GEO. L.J. 439 (2001).

<sup>92</sup> ראו, למשל, Adam Winkler, *Corporate Law or the Law of Business?: Stakeholders and Corporate Governance at the End of History*, 67 LAW & CONTEMP. PROB. 109 (2004).

<sup>93</sup> דיו רב נשפך בנוסיונות להגדיר מהו CSR, אך אחת ההגדרות המקיפות והמקובלות ניתנה לאחרונה על ידי נציבות האיחוד האירופי:

"A concept, whereby companies integrate social and environmental concerns in their business operations and in their interaction with their stakeholders on a voluntary basis. Being socially responsible means not only fulfilling legal expectations, but also going beyond legal compliance and investing "more" into human capital, the environment and the relations to stakeholder. The experience [has been] that going beyond legal compliance can contribute to a company's competitiveness (*The Green Paper on Promoting a European Framework for CSR*, 8." available at [http://ec.europa.eu/employment\\_social/soc-dial/csr/greenpaper\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/employment_social/soc-dial/csr/greenpaper_en.pdf)).

<sup>94</sup> ראו להרחבה DAVID VOGEL, *THE MARKET FOR VIRTUE: THE POTENTIAL AND LIMITS OF CORPORATE SOCIAL RESPONSIBILITY* (2005).

מוטיבציה עיקרית לפעולה זו היא הרצון לשמר את אופיה הוולונטרי ולסכל רגולציה מדינתית שתטיל על התאגידים חובות חברתיות. כמוכן מידת האפקטיביות של המנגנון הוולונטרי זכתה אף היא לביקורת<sup>95</sup> מצד מי שרואה בה בעיקר תרגיל ביחסי ציבור שנועד לשמור על המוניטין של החברה, בין השאר כדי להסיר איומים בחרם צרכנים,<sup>96</sup> כפי שציין באירוניה המלומד סטון:

“Among corporate managers there are certainly those who would prefer that the public debate be framed in pompously fuzzy sentiments about 'corporate social responsibility' rather than in the more exacting terms of the criminal code.”<sup>97</sup>

מכל מקום, בין אם שאלת ה-CSR תיוותר במישור הוולונטארי ובין אם היא תזכה לעיגון חקיקתי, אפשר בהחלט לסבור, כי דווקא נטייתם הגוברת של התאגידים הגדולים לאמץ שיח של אחריות חברתית עשויה לאורך זמן לחתור באופן דיאלקטי תחת התפיסות הכלכליות הדומיננטיות של דיני התאגידים ולהחדיר לתוכן שיקולים “ציבוריים”<sup>98</sup>. למעשה שאלת תפקידם החברתי של תאגידים, הנראית לכאורה סוגיה

<sup>95</sup> לדיון פורה בשלל הבעיות שמעוררים קודי ההתנהגות ובפתרונות אפשריים ראו David Kinley & Junko Tadaki, *From Talk to Walk: The Emergence of Human Rights Responsibilities for Corporations at International Law* 44 VA. J. INT'L L. 931, 953–960 (2004).

<sup>96</sup> לניתוח ביקורתי של תופעת הרגולציה העצמית של תאגידים רב-לאומיים ראו Thomas McInerney, *Putting regulation before responsibility: the Limits of Voluntary Corporate Social Responsibility*, The George Washington University Law School Public Law and Legal Theory Working Paper No. 123 (2005) available at <http://ssrn.com/abstract=658081> Ronen Shamir, *Between Self-Regulation and the Alien Tort Claims Act: On the Contested Concept of Corporate Social Responsibility*, 38 LAW & SOC'Y REV 635 (2004) K. ROWE, GLOBALIZATION, GOVERNMENTALITY AND GLOBAL POLITICS: REGULATION FOR THE REST OF US? (2005). ארגוני איכות הסביבה הציעו את המונח “Greenwash” (שילוב של Green ו-Whitewash) כדי לתאר את הדימוי הציבורי החיובי שמנסים לעטות על עצמם תאגידים אשר פעולותיהם פוגעות בסביבה. דוגמא בולטת לכך בישראל היא צביעתם של אוטובוסי “אגד” בצבע ירוק, מבלי ששונה סוג הדלק (המזוהם) שבו השתמשו.

<sup>97</sup> Christopher D. Stone, *Corporate Social Responsibility: What it Might mean, if it Were Really to Matter*, 71 IOWA L. REV. 557, 558 (1986).

<sup>98</sup> לדיון עדכני במגמות אלו ראו THE NEW CORPORATE ACCOUNTABILITY: CORPORATE SOCIAL RESPONSIBILITY AND THE LAW (Doreen McBarnet Aurora Voiculescu & Tom Campbell eds., 2007); RADU MARES, THE DYNAMICS OF CORPORATE SOCIAL

"טכנית" ו"מקצועית", נוגעת עמוק בשורשיו של אחד המוסדות המרכזיים של הקפיטליזם. ככל שיתרחב הפער בין הקונסנזוס התומך בגישה ה"חוזית", שעדיין קיים בקרב האקדמיה – וכפי הנראה גם בקרב בתי המשפט – ובין התפקיד ה"ציבורי" והחברתי המתרחב שהתאגידים מקבלים בחברה, כך יגברו הקולות במסגרת הדיון הציבורי הקוראים ליתר אחריותיות (accountability) מצדם, וסוגיה זו תעבור פוליטיזציה. אפשר אפוא לומר בהקשר זה, שהמאבק הפוליטי, ולכן גם המשפטי, על אופיים של דיני התאגידים רחוק מסיימו.

## ב.2.(ג) עליית כוחם של תאגידים בעידן הגלובליזציה

**"אצל החברה האלה אין דבר כזה "מספיק".<sup>99</sup>**

הרחבתה של ההגנה החוקתית ופריש'תה גם על תאגידים היא בעייתית מבחינה נוספת. היא מתעלמת מעוצמתם הגדלה והולכת של תאגידים לנוכח השינויים הדרמטיים שחוללו תהליכי הגלובליזציה של העשורים האחרונים. אף שתאגידים רבים תורמים לצמיחה הכלכלית וליצירת מקורות תעסוקה, רבים מביניהם מעורבים גם בפגיעות קשות בזכויות האדם ובאיכות הסביבה.<sup>100</sup> הדוגמא הבולטת ביותר אירעה בשנת 1984: דליפת גז רעיל במפעלים של התאגיד האמריקאי Union Carbide ב-Bhopal בהודו גרמה למותם של 2,000 בני אדם ולפציעת של כ-200,000 נוספים במה שנחשב האסון התעשייתי הגדול בהיסטוריה.<sup>101</sup>

יתירה מזו: תהליכי ההפרטה הנמשכים בעשורים האחרונים – בעולם כולו וגם בישראל – גרמו לכך שמספר גדל והולך של תאגידים ממלאים פונקציות שלטוניות שונות שהופרטו, חלקן בתחומים שב"עידן הזהב" של מדינת הרווחה נתפסו כנתונים באופן בלעדי בידי המדינה (תשתיות, רווחה...), וחלקן כאלה הנחשבות שלטוניות גם על פי התפיסה הרזה של מדינת "שומר הלילה" (כמו בתי סוהר).<sup>102</sup> באופן זה, פעילות

RESPONSIBILITY (2008)

<sup>99</sup> מייקל מור בראיון בסרט "התאגיד". הסרט, בבימוים של מארק אכבר וג'ניפר אבוט, יצא לאקרנים בשנת 2004. הוא מבוסס על הספר JOEL BAKAN, THE CORPORATION – THE PATHOLOGICAL PURSUIT OF PROFIT AND POWER (2004).

<sup>100</sup> כך, למשל, הואשמו תאגיד האנרגיה Unocal ו-Total, שפעלו במיאנמר (בורמה לשעבר) בכפייה של עובדים מקומיים לעבוד בבניית צינור נפט; תאגיד האנרגיה Shell הואשם במעורבות ברצח פעילי סביבה בניגריה, בסיוע הצבא הניגרי; תאגיד Rio Tinto הואשם בגרימת נזק סביבתי חמור בפפואה ניו גיניאה; ותאגיד האנרגיה הקנדי Talisman הואשם במעורבות בפשעי מלחמה ובעינויים שביצעה ממשלת סודאן – לפירוט ראו SARAH JOSEPH, CORPORATIONS AND TRANSNATIONAL HUMAN RIGHTS LITIGATION (2004).

<sup>101</sup> להרחבה, ראו – [www.bhopal.net/index1.html](http://www.bhopal.net/index1.html).

<sup>102</sup> לסקירת המצב בישראל ראו איל פלג הפרטה כהצברה – גופים מופרטים במשפט הציבורי

התאגידים בעידן הגלובליזציה הופכת יותר ויותר לפעילות בעלת State-like-impact על חייהם של בני האדם.<sup>103</sup> בניגוד לעבר המדינה כיום איננה אפוא בהכרח הגוף החזק היחיד שמפניו יש להישמר ושאת כוחו יש להגביל. הניסיון מוכיח כי גם "שחקנים" פרטיים, על-לאומיים באופיים, יכולים לפגוע פגיעה קשה בזכויותיהם של הפרטים.<sup>104</sup> המאבק למען הרחבת האחריות של התאגידים הרב-לאומיים (להלן: תר"ל) מתנהל כיום בשלוש חזיתות עיקריות, המשיקות זו לזו: (א) המשפט הבין-לאומי – בשנים האחרונות נעשו מאמצים, שטרם צלחו, להכפיף את התר"ל לשיפוטו של בית הדין הפלילי הבין-לאומי שהחל לפעול בשנת 2002.<sup>105</sup> כמו כן עלו יוזמות בין-לאומיות המנסות להטיל גם על תר"ל חובות בתחום ההגנה על זכויות האדם – ובראשן ה-OECD Guidelines for Multinational Enterprises; וכן מסמך ה-Norms on Responsibilities of Transnational Corporations and other Business Enterprises with Regard to Human Rights,<sup>106</sup> שהכינה בשנת 2003 תת-הוועדה של האו"ם לקידום ולהגנה על זכויות אדם. מסמכים אלו משקפים את הניסיון לשנות את אופיו ההיסטורי ממוקד המדינה (state-centered) של המשפט הבינלאומי ולהרחיב את תחולתו גם על תאגידים. (ב) ליטיגציה טרנס-לאומית – תובעים ממדינות ה"דרום", הנתמכים על ידי NGO's ממדינות ה'צפון', מנסים להטיל על התר"ל, בבתי המשפט של מדינות האם שלהם, אחריות משפטית בגין הפרות זכויות אדם שהתבצעו במדינות ה"דרום".<sup>107</sup> (ג) שינוי דיני התאגידים הלאומיים – במדינות שונות גובר הניסיון, בדרך כלל בלחצם של ארגוני זכויות אדם מובילים, לשנות את דיני התאגידים "מבפנים" באופן שיחדיר לתוכם רכיבים של אחריות חברתית. לפיכך יותר ויותר תאגידים מוכפפים למשטר של דיווח על ביצועיהם

(2005).

<sup>103</sup> מאיר, לעיל ה"ש 35, בעמ' 659.

<sup>104</sup> לניתוח מרתק ומאיר עיניים של עליית כוחם בזירה הבין-לאומית העכשווית של "שחקנים" פרטיים על חשבונן של מדינות ראו Susan Strange, *The Retreat of the State – The Diffusion of Power in the World Economy* (1996). לדיון עדכני במעמדם של שחקנים לא-מדינתיים במשפט הבין-לאומי ראו Andrew Clapham, *Human Rights Obligations of Non-State Actors* (2006).

<sup>105</sup> Andrew Clapham, *The Question of Jurisdiction under International Criminal Law Over Legal Persons: Lessons from the Rome Conference on an International Criminal Court*, in *LIABILITY OF MULTINATIONAL CORPORATIONS UNDER INTERNATIONAL LAW* 139 (Menno T. Kamminga & Saman Zia-Zarifi eds., 2000).  
<sup>106</sup> Economic, Social and Cultural Rights – Norms on Responsibilities of Transnational Corporations and other Business Enterprises with Regard to Human Rights (E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2, 2003).

<sup>107</sup> ג'וזף, לעיל ה"ש 100.

החברתיים והסביבתיים, ומשקיעים מוסדיים, דוגמת קרנות הפנסיה, נדרשים להביא בחשבון שיקולי ההשקעה שלהם גם את מידת האחריות החברתית של תאגידים שבהם הם משקיעים. הניסיון מרחיק הלכת ביותר לשלב שיקולים של אחריות חברתית במסגרת דיני התאגידים נעשה בבריטניה, שם, לאחר שמונה שנים של דיון מעמיק, הנהגה בשנת 2006 רפורמה גדולה של דיני החברות, המבקשת בין השאר להטיל על חברות בריטיות גדולות אחריות רבה יותר.<sup>108</sup>

ככל שאלו הם פני הדברים, אפשר להעלות על הדעת שתי טענות רלוונטיות הנוגעות לשאלת זכאותם של תאגידים לזכויות חוקתיות: ראשית, ככל שההקבלה בין המדינה ובין התאגיד הופכת למוחשית יותר, כך קטנה ההצדקה להקנות לתאגידים זכויות חוקתיות, שכידוע אינן מוקנות למדינות. יתירה מזו: הואיל וכידוע כוח וסמכות מלווים בדרך כלל גם באחריות, העלייה בכוחם של תאגידים מעוררת ביתר שאת את שאלת החובות שיש להטיל עליהם ולא דווקא את מהותן והיקפן של הזכויות שיש להקנות להם.<sup>109</sup> בהקשר לכך אפשר אולי להעלות על הדעת אנלוגיה אפשרית למצב הקיים בגרמניה: על פי המשפט החוקתי הגרמני, האישיות המשפטית שממנה נהנים תאגידים ממשלתיים וגופים ציבוריים אחרים היא מוגבלת.<sup>110</sup> באופן אנלוגי אפשר אולי לטעון, כי ככל שיותר ויותר תאגידים ממלאים תפקידים ציבוריים בעידן של הפרטה, כך ראוי להקביל את מצבם לזה של תאגידים ממשלתיים. שנית, ככל שהמדינה איננה עוד בעלת האחריות הבלעדית על הקצאת זכויות – בניגוד לגישה המסורתית שעודנה עומדת בבסיסו של המשפט הבין-לאומי, למשל – הרי שהתביעה להבטיח הגנה אפקטיבית על זכויות האדם שוב אינה יכולה להיות מופנית אך ורק כלפיה. כפי שכתב פרופ' ברק עצמו בספרו, הסכנה לזכויות האדם קיימת גם מצדם של גופים "פרטיים".<sup>111</sup> מן הראוי אפוא להתמקד בצורך להגן באופן אפקטיבי על זכויות

<sup>108</sup> בעבודת הדוקטורט שלי, בהנחייתם של פרופ' רונן שמיר ופרופ' רון חריס, אני חוקר את הכלכלה הפוליטית של הרפורמה בדיני החברות האנגליים משנת 2006 ובהשפעתה על אופן הרגולציה של תאגידים רב-לאומיים. יש לציין, שבמהלך החקיקה הוצעו על ידי ארגוני החברה האזרחית נוסחים המציעים לחזק אף יותר את התפיסה החברתית של דיני התאגידים. ראו באתר של ארגון CORE, אשר היה ארגון הגג שאיגד את המאבק הפרלמנטרי והציבורי בעניין זה – [www.corporate-responsibility.org](http://www.corporate-responsibility.org).

<sup>109</sup> לביקורת על ה"חד-צדדיות" של המצב הקיים, שבו תאגידים תובעים זכויות אדם, ובמקביל מתחמקים מהניסיון להרחיב את החובות המוטלות עליהם מכוח המשפט הבין-לאומי, ראו אצל גריר, לעיל ה"ש 75, בעמ' 514.

<sup>110</sup> ראו אצל DONALD P. KOMMERS, THE CONSTITUTIONAL JURISPRUDENCE OF THE FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY 12 (2<sup>nd</sup> ed., 1997).

<sup>111</sup> ברק, לעיל ה"ש 17, בעמ' 680.

האדם יותר מאשר בשאלת זהותה של הישות שמפניה יש להתגונן.<sup>112</sup>

### ג. אחרית-דבר

לאחרונה ניתן פסק דין חדש ומעניין של בית המשפט העליון,<sup>113</sup> אשר נגע בקצרה בחלק מהשאלות שנדונו במאמר. פסק הדין ניתן בעתירה של איגוד הבנקים בישראל בשם התאגידים הבנקאיים כנגד החלטתו של שר התקשורת לפתוח באופן מדורג את שוק הדואר לתחרות. התיקון לחוק הדואר, התשמ"ו-1986,<sup>114</sup> וההיתר שמכוחו חייבו את התאגידים הבנקאיים כ"גוף שמור" – יחד עם מוסדות ממשלתיים וציבוריים אחרים – להשתמש אך ורק בשירותי חברת דואר ישראל במשך פרק זמן מסוים, עד ששוק הדואר ייפתח לתחרות מלאה. הבנקים טענו, כי מדובר בפגיעה בלתי-מידתית בזכויות היסוד שלהם לקניין, לחופש עיסוק ולשוויון. בג"ץ דחה את העתירה וקבע, כי גם אילו היתה פגיעה בזכויות מוגנות, היא מידתית ועומדת בתנאיה של פסקת ההגבלה. לנוכח היריעה הקצרה אין בדעתי כמובן לנתח את פסק הדין, ואף לא לרדת לעומקה של סוגיית הפרטתם של שירותי הדואר ולבעיות הנובעות ממנה. עם זאת, אפשר לדלות מתוך פסק דינה של השופטת אסתר חיות רמיזה מעניינת הנוגעת לענייננו: לדעתה, העתירה לא הצביעה על פגיעה כלשהי בזכויותיהם של הבנקים, וחיוכם לרכוש במשך פרק זמן קצוב שירותי דואר העשויים להיות יקרים יותר אינבו בהכרח פגיעה בזכות קניין חוקתית או בחופש העיסוק שלהם. לבסוף דחתה השופטת חיות את טענת הבנקים לאפליה:

"העותר אינו מצביע על זכות שוויון חוקתית העומדת לבנקים בהקשר זה ולא בכדי. גם אם נניח לטובת הבנקים כי הזכות החוקתית לשוויון נתונה לאישיות משפטית כגון תאגיד בנקאי שאינה אדם (ראו והשוו עניין בנק המזרחי, פסקה 10), נראה כי לא ניתן "למתוח" את גבולותיה של הזכות החוקתית לשוויון הנגזרת מזכות האדם לכבוד, באופן המחיל אותה גם לגבי זכויות של הבנקים לתעריף תחרותי בקבלת שירותי דואר."<sup>115</sup>

פרשנות מצומצמת של פסק הדין תגרוס, שאין להחיל על תאגידים בנקאיים את

<sup>112</sup> קינלי וטאדאקי, לעיל ה"ש 95, בעמ' 1021.

<sup>113</sup> בג"ץ 956/06 איגוד הבנקים בישראל נ' שר התקשורת, דינים עליון, כרך פב 462 (2007) (להלן: עניין איגוד הבנקים בישראל).

<sup>114</sup> חוק רשות הדואר, התשמ"ו-1986, ס"ח 79.

<sup>115</sup> עניין איגוד הבנקים בישראל, לעיל ה"ש 113, בפס' 7.



הזכות לשוויון רק בכל הנוגע לגישה לתעריפים תחרותיים בקבלת שירותי דואר. לפי פרשנות מרחיקת לכת מעט יותר, הסיוג המילולי הזה ("גם אם נניח לטובת הבנקים") מלמד על חוסר-נחת מצדו של בית המשפט העליון מהרחבתה של הזכות לשוויון, בכלל, ומהחלתה על תאגידיים, בפרט. כזכור, עצם שאלת היכללותה של זכות זו בגדריו של "כבוד האדם" עוררה פולמוס גדול ועל כן ייתכן שאפשר למצוא כאן רמז המצביע על צמצום הלכת **בנק המזרחי המאוחד** – תאגיד איננו "אדם" לכל דבר ועניין ועל כן אין הוא נהנה באופן מלא מההגנה החוקתית שחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, מקנה. מנגד, ייטען שבסופו של דבר עמדה זו אינה סותרת את עמדתו של הנשיא ברק בפסק הדין בפרשת **בנק המזרחי המאוחד** שכזכור, סייגה את תחולת חוק היסוד על תאגידיים אם אכן הדבר אינו עולה ממהותה של הזכות המוגנת, וכן במקרים שבהם היקף ההגנה הניתנת לתאגיד שונה מהיקף ההגנה הניתנת לבן אדם.<sup>116</sup> כך או כך: מן הראוי, שסוגיה חשובה זו תזכה בעתיד לדיון מעמיק יותר בפסיקה ובחקיקה.

בסרט הקנדי המרתק "התאגיד" עורכים יוצרי הסרט מבחן פסיכיאטרי למוסד התאגיד המודרני, שמסקנתו היא כי מדובר בפסיכופט:<sup>117</sup> מדובר בגוף חסר עכבות מוסריות, המונע אך ורק מן הרצון למקסם את רווחי בעלי המניות שלו וכי פעולת "החצנת העלויות" (externalization) היא מרכיב אינהרנטי בפעילותו. תיאכון זה של התאגיד, ובראשו של התאגיד הרב-לאומי, אי-אפשר להשיעו והוא גורם לניצול יתר הן של בני אדם הן של הסביבה. אין פלא אפוא, ששאלת האחריותיות של תאגידיים היא אחת המרכזיות הניצבות כיום על סדר היום הציבורי במדינות המערב.

פסק דינו של בית המשפט העליון בפרשת **בנק המזרחי המאוחד** מתעלם ממכלול ההיבטים הללו. אמנם, ההחלטה להחיל את חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, גם על תאגידיים היא כמובן החלטה פרשנית אפשרית. גם אין זאת החלטה מפתיעה, שהרי הנשיא ברק הסתמך בה על דברים שהוא עצמו כתב בספרו עוד בשנת 1994.<sup>118</sup> כידוע, אקדח המופיע במערכה הראשונה, יורה במערכה השלישית. ברם, מדובר בהחלטה פוליטית – במובן הבסיסי של ראיית הפוליטיקה כזירת המאבק על חלוקת הטובין החברתיים – שלה השלכות חלוקתיות ברורות, שכן הגנה חוקתית מקנה לתאגידיים אמצעי התגוננות רב-עוצמה מפני רגולציה ציבורית.

ההידרשות הפורמליסטית של בית המשפט אל מוסד התאגיד מתעלמת מעוצמתם הכלכלית והפוליטית של התאגידיים הגדולים בימינו. בחינת היחס אל התאגידיים אך ורק במשקפיים של הפרטים העומדים מאחוריהם מסווה את היבטיו הייחודיים של התאגיד המודרני: אופק הזמן האין-סופי של פעילותו; משאביו הכלכליים העצומים;

<sup>116</sup> ראו לעיל הטקסט שאחרי ה"ש 18.

<sup>117</sup> עיין לעיל ה"ש 98.

<sup>118</sup> ברק, לעיל ה"ש 17.

והיותו בעל עמידות מבנית, לא-אנושית ביסודה, בפני לחצים רגשיים ומוסריים.<sup>119</sup> עמידות זו נובעת בין השאר ממסך ההתאגדות המרחיק את בעלי המניות ממעשיו היום-יומיים של התאגיד וכן מדינמיקת הפעולה, המונעת אך ורק משיקולים של מקסום הרווח, המאפיינת תאגידי ענק.<sup>120</sup> מאפיינים אלו מעמיקים את הפוטנציאל שהתאגיד יפגע בזכויותיהם של בני אדם שונים התלויים בו – כעובדים וכספקים, אך גם כצרכנים וכחברים בקהילה שעל אורחותיה הוא משפיע.

מצב דברים זה מחייב את גיבושם של כלים משפטיים מעודכנים. גם אם "הסוסים כבר ברחו מהאורווה" וההכרה בזכויות החוקתיות של תאגידיים היא עובדה מוגמרת, הרי המשעולים שבנתיביהם אפשר לפסוע בהקשר זה עודם מגוונים למדי – החל בהרחבת ההתייחסות המורכבת יותר למושג הקניין – אחרי הכול, בית המשפט כבר הכיר בכך שקניין מטיל גם אחריות חברתית על בעליו<sup>121</sup> – והחלטה גם על תאגידיים, באופן שיטיל עליהם חובות כלפי "בעלי העניין"; דרך המשך ה"חוקתיזציה" של המשפט הפרטי אשר תצמצם את הדיכוטומיה שעודנה קיימת בעולם המשפט בין המשפט הפרטי למשפט הציבורי; וכלה בהעמקתה של התפיסה ה"חברתית" של דיני התאגידיים ובהתאמה מחודשת לימינו של תפיסות שיבליטו את אופיו המלאכותי של התאגיד ואת היותו יציר המשפט. אפשרות נוספת היא בחידוד ובהעמקה של ההבחנה בין הזכויות החוקתיות ש"על פי מהותן" יכולות לחול על תאגידיים. כך, למשל, אפשר לטעון כי בניגוד לזכויות כלכליות, אין הצדקה להקנות לתאגידיים – למעט, אולי, לתאגידי תקשורת<sup>122</sup> – זכויות פוליטיות כדוגמת הזכות לחופש הביטוי, שכן אין זה ראוי לראותם משתתפים לגיטימיים בשיח הדמוקרטי.<sup>123</sup> באופן דומה קל יותר לקבל התאגדות של אנשים הטוענת לחזקה משותפת בנכס מאשר כזו הטוענת לפגיעה בזכותה לפרטיות.

Philip Pettit, *Responsibility Incorporated* (2005) available at [www.law.berkeley.edu/centers/kadish/workshop\\_2006/pettit.pdf](http://www.law.berkeley.edu/centers/kadish/workshop_2006/pettit.pdf) <sup>119</sup>

לעניין זה ראו גם את הדיון הקלאסי אצל CHRISTOPHER D. STONE, *WHERE THE LAW ENDS: THE SOCIAL CONTROL OF CORPORATE BEHAVIOR* (1975) <sup>120</sup>

עניין הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה רעננה, לעיל ה"ש 13. <sup>121</sup>

מאייר, לעיל ה"ש 35, בעמ' 627, מרמז להבחנה אפשרית בכיוון זה, כאשר הוא מזכיר כי התיקון הראשון לחוקת ארה"ב מזכיר באופן מפורש את העיתונות, ומכך ניתן להסיק כי מעמדם החוקתי של תאגידי תקשורת שונה מזה של תאגידיים אחרים. השוו גם לעמדתו של השופט רנקוויסט בפרשת *Bellotti*, לעיל ה"ש 52. מאייר מאזכר במאמרו גם פסק-דין של בית המשפט המחוזי במדינת מישיגאן שמבחין בין מעורבותם של תאגידיים בספירה הכלכלית לבין מעורבותם בספירה הפוליטית, שם אין זה מוצדק להעניק להם זכויות מאייר, שם, בעמ' 638. <sup>122</sup>

אני מודה לד"ר משה כהן-אליה על עזרתו בחידוד נקודה זו. <sup>123</sup>

מכלול הצעדים הללו, וצעדים חברתיים וכלכליים פרוגרסיביים נוספים אחרים, יסייעו להדביק את הפיגור אחר ההתפתחויות הכלכליות והחברתיות ויהיו ביטוי נוסף להכרה שתפקיד המשפט – כמו גם של הכלכלה או של שאר מדעי האדם – הוא לשרת את החברה המורכבת מבני אדם: מבנים משפטיים מופשטים או ראיפיקציה של זכויות אינם יכולים להיות תכליות העומדות בפני עצמן. אין ספק, כי מוטל עלינו לקיים חשיבה מחודשת על מושגים משפטיים ישנים.