

המשפט הפלילי הישראלי בעידן של משטרי הפללה גלובליים

מאת
עילי אהרנסון*

תקציר

גישה רבת-השפעה מפרשת את התפתחותו של המשפט הפלילי המדינתי כנוצר של שינויים בתפיסות הערכיות הרווחות בקרב אזרחי המדינה ושל מאבקים פוליטיים בין קבוצות שונות הפועלות בתוכה. בתמונת עולם זו השקפות ואינטרסים של ציבורים המצויים מחוץ לגבולותיה הטריטוריאליים של המדינה אינם ממלאים תפקיד משמעותי בעיצוב ההחלטה אם להפליל התנהגויות מסוימות וכיצד להעניש את מבצעהן. אפיון מקובל זה של הכוחות המעצבים את המשפט הפלילי המדינתי מתכתב עם גישות נורמטיביות, המשתיתות את הלגיטימיות של איסורים פליליים על יכולתם לבטא את ההכרעות הקולקטיביות של גוף האזרחים המדינתי בנוגע לסוג ההתנהגויות הראויות להסדרה בידי מנגנוני הענישה והטלת הקלון הייחודיים שהמדינה מפעילה באמצעות המשפט הפלילי.

מאמר זה טוען כי תפיסות תיאוריות ונורמטיביות מקובלות אלה מחמיצות מגמה חשובה המשפיעה על התפתחותו של המשפט הפלילי הישראלי בעידן הגלובליזציה. במסגרת מגמה זו המשפט הישראלי הופך להיות חשוף להשפעה ניכרת של שחקני ממשל גלובלי, המפעילים מגוון אסטרטגיות כדי להשפיע על החקיקה ועל האכיפה הפלילית במדינה. המאמר מציע שלוש תרומות מרכזיות המסייעות להבין ולהעריך את השפעתה של מגמה זו על המשפט הישראלי. ראשית, המאמר מפרש את אסטרטגיות הפעולה שארגונים בינלאומיים והממשל האמריקני נוקטים בניסיון לעצב את ההחלטות הנורמטיביות של מעצבי המדיניות הפלילית במדינות שונות בעולם. שנית, המאמר מנתח את דרכי השפעתן של אסטרטגיות אלה בתחומים שונים של

* מרצה בכיר, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה. אני מודה לאיתמר מן, ליאיר שגיא ולחברי קבוצת המחקר בנושא ההסדרה הטרנס-לאומית של המשפט הפלילי שפעלה במסגרת האגודה למשפט וחברה (LSA) על תרומתם החשובה לגיבוש הרעיונות המופיעים במאמר. תודה חמה למיכל בן-עמי, לרוני ווהל, לקטרינה ירמצי'ק ולנמרוד צח על עבודתם המעולה כעוזרי מחקר. תודה מיוחדת לחברות וחברי מערכת עיוני משפט (יותם לחובסקי, אמיר איל, אלונה גואטה ושואל רון) על תרומתם לשיפור המאמר. המחקר מומן בידי הקרן הלאומית למדע (מענק מס' 1281/14).

המשפט הפלילי הישראלי, ומדגיש את הצורך שבשילוב בין יסודות פרשניים השאובים ממסגרות תאורטיות שונות כדי לפרש את הדיאלקטיקה המורכבת שבין האפקט המחשק (צמצום האוטונומיה של מעצבי המדיניות המדינתית) לאפקט המאפשר (חיזוק יכולת ההשפעה של גורמי ממשל וחברה אזרחית מסוימים בזירה המקומית) של משטרי הפללה גלובליים.

שלישית, המאמר מעריך את ההשלכות הנורמטיביות שמגמה זו מעוררת. המאמר בוחן את החשש לדלדולו של השיח הציבורי המקומי באשר לנחיצותם של האיסורים הפליליים המקודמים בידי משטרי הפללה גלובליים, ואת החשש להיווצרותו של גירעון דמוקרטי עקב העברת היבטים חשובים של הליכי עיצוב החקיקה והאכיפה הפלילית ממוסדות מדינתיים למוסדות ממשל גלובלי. לצד ביקורת זו, המאמר מראה כיצד התחזקות השפעתם של משטרי הפללה גלובליים על המשפט הישראלי טומנת בחובה גם פוטנציאל להגברת הלגיטימיות של תהליכי היצירה של איסורים פליליים: כך למשל במקרים שבהם משטרי הפללה גלובליים מסייעים להגן על נפגעי עבירה המורדים מהשתתפות אפקטיבית בזירה הפוליטית המדינתית, מספקים משקל נגד במצבים של שבי רגולטורי ומפנים זרקור לאופן שבו אכיפת חסר פלילית משליכה לרעה על זכויותיהן ועל רווחתן של אוכלוסיות המצויות מחוץ לגבולות המדינה.

- 379 מבוא
- 385 א. השפעתם של ארגונים בינלאומיים על התפתחות המשפט הפלילי הישראלי
1. אסטרטגיות הפעולה של ארגונים בינלאומיים בעיצוב סטנדרטים גלובליים של הפללה וענישה
- 387 2. כיצד ניתן להסביר את אופני ההשפעה ואת מידת ההשפעה של ארגונים בינלאומיים על פרקטיקות של הפללה וענישה בישראל?
- 393 ב. השפעתו של הממשל האמריקני על התפתחות המשפט הפלילי הישראלי
- 395 1. אסטרטגיות הפעולה של הממשל האמריקני בעיצוב סטנדרטים גלובליים של הפללה וענישה
- 396 2. כיצד ניתן להסביר את אופני ההשפעה ואת מידת ההשפעה של הממשל האמריקני על פרקטיקות של הפללה וענישה בישראל?
- 401 ג. השפעת משטרי הפללה גלובליים על מידת ההגשמה של תכליות המשפט הפלילי
- 406 1. משטרי הפללה גלובליים ומטרות הגיוני המוסרי של המשפט הפלילי
- 407 2. משטרי הפללה גלובליים והתכלית המניעתית-הרתעתית של המשפט הפלילי
- 412 סיכום
- 415

מבוא

גישה רבת-השפעה מפרשת את התפתחותו של המשפט הפלילי במדינה דמוקרטית כתוצר של שינויים בתפיסות הערכיות הרווחות בקרב אזרחיה ושל מאבקים פוליטיים בין קבוצות הפועלות בתוכה.¹ תפיסות אלה מעצבות את האופן שבו מוסדות החקיקה והאכיפה הפלילית במדינה מעריכים את יכולתם של איסורים עונשיים המוטלים על התנהגויות שונות להגשים את מטרותיו של המשפט הפלילי, ובכלל זה את מטרותיו הגמוליות, ההרתעתיות, והחינוכיות. על פי גישה רווחת זו, השקפות מוסריות והעדפות רגולטוריות של ציבורים המצויים מחוץ לגבולותיה הטריטוריאליים של המדינה אינן משפיעות השפעה ניכרת על תכניו של המשפט הפלילי המדינתי, שכן מעצם טיבם "דיני העונשין הם תלויי-חברה ותלויי-תרבות".² גישה זו משתלבת עם תאוריות נורמטיביות בולטות, הרואות בקהילה הפוליטית המבוססת על השתייכות אזרחית למדינת לאום את קבוצת ההתייחסות הטבעית לבחינת הלגיטימיות של האיסורים הפליליים המוטלים בידי המדינה והנאכפים בידי מוסדותיה.³ במאמר זה אבקש להראות כי גישה זו מחמיצה מגמה חשובה, המשפיעה על התפתחותו של המשפט הפלילי הישראלי במגוון הולך ומתרחב של תחומים. נקודות העיוורון של גישה זו מובילות לניתוח תיאורי ופרשני חלקי של מערכת הכוחות המעצבת את האופן שבו מנוסחים ונאכפים איסורים פליליים במציאות חברתית ופוליטית גלובלית, ולהחמצת שאלות נורמטיביות חשובות בנוגע לגיטימיות של איסורים אלה.

התפתחותו של המשפט הפלילי בישראל הושפעה עמוקות ממקורות השראה זרים ובינלאומיים. כפי שהראה יורם שחר, מבנה ה-DNA של המשפט הפלילי בישראל (כמו

1 לניתוחים סוציולוגיים הנשענים על גישה זו, ראו למשל: Ian Loader & Richard Sparks, *For an Historical Sociology of Crime Policy in England and Wales Since 1968*, 7 CRIT. REV. INT'L SOC. POL. PHIL. 5 (2004); Dario Melossi, *The Cultural Embeddedness of Social Control: Reflections on the Comparisons of Italian and North-American Cultures Concerning Punishment*, 4 THEORETICAL CRIMINOLOGY 291 (2001); LINDSAY FARMER, *MAKING THE MODERN CRIMINAL LAW* (2016). מבחינה תורת משפטית, ניתן למצוא בגישה זו הד לרעיונותיו של סאביני, הרואה בנורמות משפטיות תוצר אבולוציוני של המערכת התרבותית שהתגבשה לאורך התפתחותה ההיסטורית של אומה והמייחדת אותה מקולקטיבים אחרים. ראו: FRIEDRICH KARL VON SAVIGNY, *THE VOCATION OF OUR AGE FOR LEGISLATION*: AND JURISPRUDENCE (1812).

2 יורם רבין ויניב ואקי דיני עונשין 10 (2008). ראו גם: ש"ו פלר יסודות דיני עונשין כרך א 51-52 (1984).

3 ראו למשל: R.A. Duff, *Criminal Law and Political Community*, 16 INT'L J. CONST. L. 1251 (2018). גישה זו אינה זוכה כמובן לקונצנוס מלא. בין היתר היא מצויה בפולמוס עם גישות דאונטולוגיות אוניברסליסטיות, המצדיקות הפללה על בסיס שיקולים מוסריים המתיחסים למאפיינים האינטרניזיים של ההתנהגות המופללת ולא על בסיס בחירתה של הקהילה הפוליטית-אזרחית שבשמה פועלת המדינה. ראו: Alejandro Chehtman, *A Theory of International Crimes: Normative and Conceptual Issues*, in OXFORD HANDBOOK OF INTERNATIONAL CRIMINAL LAW 317 (Kevin Heller et al. eds., 2020).

זה של מדינות רבות אחרות שהיו נתונות בעברן לשליטה קולוניאלית) מורכב מיסודות רעיוניים ומהסדרים סטוטוריים ספציפיים שעוצבו מעבר לים ושנדרו בין מושבות שונות של האימפריה הבריטית במהלך המחצית הראשונה של המאה העשרים.⁴ גם בעשורים שלאחר הקמת המדינה, התפתחותן של מגוון דוקטרינות במשפט הפלילי המהותי והריוני התבססה על שאילת מודלים מן המשפט המקובל ומן המשפט הסיבילי, על רקע המאבק הרחב יותר בין אליטות מקצועיות שביקשו להעמיק את השפעתה של כל אחת מהמסורות על הדין המקומי.⁵ בהקשר היסטורי רחב זה, ברי כי עצם ההטמעה של נורמות השאובות משיטות משפט זרות ומן המשפט הבינלאומי אינה תופעה חדשה שצמחה לראשונה כחלק מתהליכי ההתלכדות התרבותית והפוליטית המזוהים עם עידן הגלובליזציה.

עם זאת, החל משנות השמונים של המאה העשרים אפשר לזהות שינוי מבחינת האופן שבו תהליכי יצירת נורמות המתרחשים מחוץ לגבולות המדינה משפיעים על המשפט הפלילי הישראלי. כפי שאראה במאמר זה, שינוי זה נובע מהגברת המעורבות של שחקני ממשל גלובלי, כגון ארגונים בינלאומיים והממשל האמריקני, ביצירת מנגנונים המיועדים לעצב את תוכני החקיקה הפלילית ואת דפוסי אכיפתה במדינות שונות בעולם. מנגנוני ההשפעה ששחקנים אלה מפעילים משתלבים במערכות רחבות יותר של נורמות ושל מוסדות היוצרות משטרי הפללה גלובליים, קרי משטרים בינלאומיים המחייבים מדינות להטיל איסורים פליליים על התנהגויות מסוימות והקובעים סטנדרטים מינימליים באשר לרמות הענישה שיש להטיל בגין ביצוען.⁶ מטרתו של מאמר זה היא לתאר את השפעתה של מגמה זו, להאיר את הכוחות המעצבים אותה ולהעריך את משמעותיה הנורמטיביות.

4 יורם שחר "מקורותיה של פקודת החוק הפלילי, 1936" עיוני משפט ז 75 (1979).
5 עלי זלצברגר ופניה עוז-זלצברגר "המסורת הגרמנית של בית-המשפט העליון בישראל" עיוני משפט כא 259 (1998).

6 המונח "משטרים בינלאומיים" שאוב מספרות היחסים הבינלאומיים, והוא מתייחס למערכת של עקרונות, נורמות, כללים משפטיים והליכי קבלת החלטות המכוננים ציפיות הדדיות באשר לדפוסי ההתנהגות הלגיטימית של מדינות. במאמר זה אני משתמש במונח "משטרי הפללה גלובליים" (ולא "משטרי הפללה בינלאומיים"), בהתאם לטרמינולוגיה רווחת בספרות (ראו למשל: Ethan Nadelmann, *Global Prohibition Regimes: The Evolution of Norms in International Society*, 44 INT'L ORG. 479 (1990)). בחירה זו נובעת מכך שהמונח "משטר בינלאומי" עשוי להתפרש בטעות ככזה המתמקד בפעילותם של מוסדות פורמליים של המשפט הבינלאומי. הניתוח שיוצג יראה כי בתחום המשפט הפלילי יש משקל מכריע לפעולתם של שחקני ממשל גלובלי הפועלים באמצעות עקיפת ההליכים המסורתיים של המשפט הבינלאומי ותוך שימוש בטכניקות לא-פורמליות של יצירת נורמות. תופעה זו היא חלק ממגמה רחבה יותר של טשטוש ההיררכיות המסורתיות שבין משפט קשה למשפט רך במשפט הבינלאומי. על מגמות אלה, ראו: Joost Pauwelyn, Eanses Wessel & Jan Wouters, *Informal International Lawmaking* (2012); Nico Krisch, *The Decay of Consent: International Law in an Age of Global Public Goods*, 108 AM. J. INT'L L. 1 (2014) (להלן: *Krisch, Decay of Consent*). במסגרת הבהרת המושג ראוי לציין כי משטרי הפללה בינלאומיים נוטים להתמקד בנוקים חוצי גבולות. עם זאת ההתנהגויות היוצרות נזקים אלה אינן בהכרח כרוכות בחציית גבולות מדינתיים, אלא עשויות להתקיים בתוך גבולותיה של מדינה בודדת. כך למשל, משטר ההפללה הגלובלי של סחר בכני אדם מתייחס הן למצבים שבהם נפגעת העבירה מועברת למדינה אחרת והן למצבים

לצורך כך המאמר מתמקד בשלוש שאלות מחקר: מהן האסטרטגיות המשמשות שחקני ממשל גלובלי כדי להשפיע על התפתחותו של המשפט הפלילי המדינתי? כיצד ניתן להסביר את ההשפעה של אסטרטגיות אלה על המשפט הפלילי הישראלי? האם האיסורים הפליליים ומנגנוני האכיפה המאומצים בתגובה לאמצעי ההשפעה שמפעילים שחקני ממשל גלובלי עומדים בסטנדרטים הנורמטיביים המצדיקים את שימושה של המדינה באמצעי הכפייה והגינוי המייחדים את המשפט הפלילי מתחומי משפט אחרים? באמצעות התמודדות עם שאלות אלה, המאמר תורם לשורת מחקרים קודמים שבחנו את האפקט של עידן הגלובליזציה על מגוון תחומים במשפט הישראלי – ובהם המשפט החוקתי,⁷ המשפט המנהלי,⁸ המשפט המסחרי⁹ ודיני המשפחה¹⁰ – תוך הארת האופן שבו המאפיינים המברילים את המשפט הפלילי מתחומי משפט אחרים מייחדים את האופן שבו הוא מגיב להשפעותיהם של שחקני ממשל גלובלי. כמו כן, בעוד שחלק ניכר מהכתיבה הקיימת על אודות השפעת הגלובליזציה על המשפט הפלילי נוטה להתמקד בהתפתחותו של המשפט הפלילי הבינלאומי (הפועל באמצעות הסמכת טריבונלים על-לאומיים או מדינות המפעילות סמכות שיפוט אוניברסלית לצורך מענה במקרים שבהם מדינות נכשלות באכיפת נורמות קוגנטיות הקובעות אחריות פלילית בגין הפרת דיני המלחמה ודיני זכויות האדם),¹¹ המאמר הנוכחי מתמקד בהתפתחותו של המשפט הפלילי הטרנס-לאומי – מערכת נורמטיבית אשר אינה מבוססת על יצירת

שבהם היא מועברת בתוך גבולות המדינה, על רקע ההכרה כי בשני המקרים פעילות זו היא חלק מרשתות סחר חוצות מדינות שהן בעלות אופי גלובלי. מכיוון שנהוג להתייחס למרכיב הנוק חוצה המדינות כאל הצדקה מרכזית ליצירתו של משטר הפללה גלובלי, משטרים אלה אינם נוטים לעסוק בפעילויות חמורות רבות שאינן כוללות מרכיב זה (כך למשל אלימות במשפחה). בנושא המשגת קיומו של נזק חוצה גבולות והשימוש בו להצדקת משטרי הפללה גלובליים, ראו: Neil Boister, *Further Reflections on the Concept of Transnational Criminal Law*, 6 TRANSNAT'L LEGAL THEORY 9 (2015).

7 איל בנבנישתי ואמנון מורג "המהפכה החוקתית, הכלכלה הגלובלית, וההגנה על רכוש הציבור" **משפט וממשל** כב 29 (2021); יוסף ויילר ודורין לוסטיג "מקום טוב באמצע: מבט תלוי הקשר על המהפכה החוקתית בישראל" **עיוני משפט** לח 419 (2016); ניב רוזנאי "משפט על-לאומי, גלובליזציה, והסמכות המכוננת: ראשית עיון ומגמות השוואתיות" **משפט וממשל** כב 49 (2021).

8 ראו למשל: דפנה ברק-ארז ואורן פרוז "המשפט המנהלי בישראל והאתגר הגלובלי" **עיוני משפט** לד 93 (2011); דורין לוסטיג "קארי בירושלים, דמוקרטיה בעידן של ממשל גלובלי: רגולציה של מימון טרור בישראל" **מחקרי משפט** לא 881 (2018).

9 אריה רייך "גלובליזציה ומשפט: השפעת המשפט הבין-לאומי על המשפט המסחרי בישראל ביוכל הבא" **מחקרי משפט** יז 17 (2001).

10 DAPHNA HACKER, *LEGALIZED FAMILIES IN THE ERA OF BORDERED GLOBALIZATION* (2017).

11 לדיונים חשובים בנושא מהותו של המשפט הפלילי הבינלאומי והבחנתו מהמשפט הפלילי המקומי, ראו למשל: ליאורה בילסקי "בין סמכות שיפוט טריטוריאלית לאוניברסלית – על שינוי היחס למדינת-הלאום במשפט הבינלאומי הפלילי" **עיוני משפט** כז 655 (2003) (להלן: בילסקי "בין סמכות שיפוט טריטוריאלית לאוניברסלית"); Miriam Gur-Arye & Alon Harel, *Taking Internationalism Seriously: Why International Criminal Law Matters*, in OXFORD HANDBOOK OF INTERNATIONAL CRIMINAL LAW 215 (Kevin Jon Heller et al. eds., 2020).

מנגנונים של חלופיות (complementarity), אלא על יצירה של מערכות תמריצים שיניעו מדינות לאמץ מודלים גלובליים של חקיקה פלילית כדי לשפר את ההתמודדות עם מגוון הולך ומתרחב של התנהגויות היוצרות נזק חוצה גבולות.¹²

המוטיבציות ליצירתם של משטרי הפללה גלובליים ולאימוץ המלצות המדיניות שלהם במשפט הישראלי משקפות במידה רבה את השינויים המתחוללים באופן שבו בני אדם חושבים על הסיכונים שעיימם צריך המשפט הפלילי להתמודד במציאות המתאפיינת בהשפעה הדדית הולכת וגוברת של תהליכים פוליטיים, תרבותיים ואקולוגיים המתרחשים במדינות שונות. לצד היבטים אחרים של *חברת הסיכון הגלובלית* שאפיין הסוציולוג אולריך בק,¹³ העשורים האחרונים חידדו את ההכרה בכך שההתפתחויות הטכנולוגיות והפוליטיות המרחיבות והמאיצות את המעבר של הון, של סחורות, של בני אדם, ושל ידע באופן חוקי ברחבי הגלובוס יוצרות אפשרויות חדשות לעקיפת הגבלות חוקיות המוטלות במדינות שונות (כך למשל בהקשרים של העברת סמים, כלי נשק ומוצרים מזויפים או גנובים, בהלבנת הון ובמימון פעולות טרור או בהגירה בלתי-חוקית).¹⁴ עם זאת הכרה זו כשלעצמה אינה בהכרח מובילה ליצירתם של משטרי הפללה גלובליים. למעשה ישנן דרכים אחרות כדי להתמודד עם סיכונים אלה, ובהן הסתמכות על הפתרונות הטכנולוגיים שמציעים תאגידים להגברת המעקב והפיקוח אחר התנהגויות יוצרות סיכון¹⁵ והסתמכות על חומות ועל מכשולים פיזיים לצמצום הברחות חוצות גבולות.¹⁶ הבחירה לטפל בסיכונים אלה באמצעות יצירת משטרי הפללה גלובליים נובעת מן השאיפה לנצל את היכולות הסימבוליות והרגולטוריות הייחודיות המיוחסות למשפט הפלילי, ובכלל זה את יכולתו לשקף ולכונן גינוי מוסרי של התנהגויות מסוימות ולהשתמש באיומים ענישתיים כדי להרתיע מפני ביצוען. כפי שאטען, בחירה זו משקפת גם מודעות גוברת לכך שדפוסי ההשפעה ההדדית המאפיינים את המציאות הגלובלית מצדיקים חשיבה מחודשת על הרכב הקהילה הפוליטית שצריכה להשתתף בקביעת הערכים והאינטרסים החברתיים שיש להגן עליהם באמצעות המשפט הפלילי, ועל יחידת הניתוח המרחבית שבה יש לבחון את יעילותם של איסורים פליליים. רעיונות הנוגעים לסיכונים החדשים שהמציאות הגלובלית יוצרת רכשו השפעה בעשורים האחרונים בישראל ובמדינות אחרות. עם זאת, לו היה בכוחם של רעיונות אלה להוביל באופן עצמאי למחויבות עמוקה בקרב מעצבי המדיניות במדינות שונות להרחיב את השימוש בדין הפלילי על מנת להתמודד עם סיכוני המציאות הגלובלית, לא היה צורך ביצירתם של משטרים בינלאומיים המסתמכים על אמצעי כפייה משפטיים ועל תמריצים כלכליים

12 לדיון מקיף בהבדלים שבין המשפט הפלילי הבינלאומי (International Criminal Law) למשפט הפלילי הטרנס-לאומי (Transnational Criminal Law), ראו: Neil Boister, *Transnational Criminal Law?*, 14 Eur. J. Int'l L. 953 (2003).

13 ULRICH BECK, *WORLD RISK SOCIETY* (1999).

14 על השינויים שהובילה הגלובליזציה במגוון תחומים של פשיעה חוצת גבולות, ראו למשל: RUTLEDGE HANDBOOK OF TRANSNATIONAL ORGANIZED CRIME (Fella Allum & Stan Gilmour eds., 2015).

15 RITA ABRAHAMSEN & MICHAEL WILLIAMS, *SECURITY BEYOND THE STATE: PRIVATE SECURITY* .IN INTERNATIONAL POLITICS (2011).

16 .BORDERS, FENCES, AND WALLS: STATE OF INSECURITY? (Elisabeth Vallet ed., 2014)

ופוליטיים כדי להניע תהליכי חקיקה ואכיפה במשפט המקומי. הצורך למסד משטרים בינלאומיים מסוג זה נובע במידה רבה מכך, שתחשיב האינטרסים המבוצע ברמה המדינתית לא בהכרח מוביל למסקנה כי יש להשקיע משאבי אכיפה פלילית בצמצום התנהגויות הגורמות לנזק חוצה גבולות, בעיקר כשמדובר בפעילות מקומית המחוללת נזק מחוץ לגבולות המדינה.¹⁷ נהוג להדגים אבחנה זו באמצעות מקרים מובהקים של כלכלות מדינתיות הנשענות במידה מכרעת על ייצור ועל הפצה של סחורות הפוגעות בזכויות קניין רוחני (כגון סין) או על מתן שירותים פיננסיים המקילים על הלבנת הון ועל העלמת מס (כגון שווייץ). תוך שמגזרי תעשייה ושירותים אלה משמשים מקור מרכזי של תעסוקה לאוכלוסייה המקומית ומאפשרים למדינה עצמה ליהנות מתקבולי מיסים ומזרימת הון.¹⁸ ואולם נראה כי הנכונות לגלות סובלנות להתנהגויות היוצרות נזקים חוצי גבולות אינה נחלתן של מדינות בודדות המוזכרות כחשודות המיידיות בהקשרים אלה, אלא מאפיינת מדינות רבות.¹⁹ כך למשל, בשנים האחרונות נחשפו בישראל מקרים שהמחישו את הנכונות להעלים עין מדפוסי ניצול של עובדים העולים כדי סחר בבני אדם²⁰ ומפרקטיקות בנקאיות המקילות על הלבנת הון.²¹ דוגמאות אלה מרמזות כי נכונותן של מדינות להצטרף למשטרי הפללה גלובליים ולפעול במסגרתם אינה נובעת בהכרח מההפנמה של רעיונות דובר הסיכונים ואי-המוסריות הטבועה בהתנהגויות ההופכות מושא להסדרה בינלאומית, אלא גם משיקולים מסדר שני הנוגעים להשלכות הכלכליות והפוליטיות הרחבות שהחברות במשטרים אלה מספקת.

המאמר מציע שלוש תרומות מרכזיות לספרות הקיימת. ראשית, המאמר ממפה את אסטרטגיות הפעולה של שחקנים מרכזיים המעצבים משטרי הפללה גלובליים, ומראה כיצד הם מפעילים אסטרטגיות שיטתיות של כפייה, של תמרוץ ושל סוציאליזציה, שנועדו לעצב את ההחלטות הנורמטיביות שמקבלים מחוקקים וגורמי אכיפה בישראל ובמדינות אחרות. ניתוח זה מסייע להתגבר על הנטייה המקובלת לפרש את המשפט הפלילי הישראלי כתוצר של תהליכים פוליטיים המתקיימים בעיקר ברמה המדינתית. הדיון ימחיש את האופי השיטתי

ASIF EFRAT, GOVERNING GUNS, PREVENTING PLUNDER: INTERNATIONAL COOPERATION AGAINST 17
Tomer Broude & Doron Teichman, ;(EFRAT, GOVERNING GUNS (להלן: ILLICIT TRADE (2012)
Outsourcing and Insourcing Crime: The Political Economy of Globalized Criminal
Activity, 62 VAND. L. REV. 795 (2009)

OECD & EU Intell. Prop. Off., *Trends in Trade in Counterfeit and Pirated Goods* 18
(2019), https://www.oecd-ilibrary.org/trade/trends-in-trade-in-counterfeit-and-pirated-goods_g2g9f533-en; RONEN PALAN, RICHARD MURPHY & CHRISTIAN CHAVAGNEUS, TAX
.HAVENS: HOW GLOBALIZATION REALLY WORKS 115 (2010)

Jo-Anne Gilbert & J.C. Sharman, *Turning a Blind Eye to Bribery: Explaining Failures* 19
.to Comply with the International Anti-Corruption Regime, 64 POL. STUD. 74 (2016)

אור קשתי "בהיעדר אכיפה או ענישה, הסחר בבני אדם למטרות עבודה נמשך באין מפריע" 20
הארץ – חדשות (18.12.2020) <https://www.haaretz.co.il/news/law/.premium-1.9381955>
ורד לי "הסחר בנשים חוזר" **הארץ – חדשות** (1.12.2014) <https://www.haaretz.co.il/opinions/.premium-1.2500192>

ברק גונן והראל פרימק "בחסות הקורונה: בנק ישראל מחפה על כשלי הבנקים" **דה מרקר** 21
[https://www.themarker.com/opinion/.premium-1.8819238\(4.5.2020\)](https://www.themarker.com/opinion/.premium-1.8819238(4.5.2020))

של דרכי הפעילות של שחקני ממשל גלובלי, ויסייע לזהות את האינטרסים המניעים אותם במגוון תחומים רגולטוריים ובהם סחר בכני אדם, סחר באיברים, הלכנת הון, הפרות קניין רוחני, מימון טרור, סחר ושימוש בסמים ושחיתות תאגידית ושלטונית.²² הדיון במגוון רחב של תחומים רגולטוריים מסייע לעמוד על האופן שבו החשיפה למשטרי הפללה גלובליים הולכת ומשתרשת כמרכיב קבוע בעיצוב התפתחותו של המשפט הפלילי הישראלי. חשיפה זו נוטה להתרחב לגזרות חדשות בעקבות תהליכי ההשתלבות של מרכיבים נוספים של המציאות הישראלית עם הסכיבה הכלכלית, הפוליטית והתרבותית הגלובלית. במובן זה, מגוון התחומים הרגולטוריים שייסקרו אינם מהווים רשימה ממצה של סוגיות פליליות המושפעות מתהליכים גלובליים של התפתחות נורמטיבית, אלא הם מהווים דוגמאות של מגמה שצפויה להמשיך ולהתפתח לכיוונים נוספים.

שנית, המאמר בוחן את דפוסי יישומן והטמעתן של הנורמות המשפטיות שמקדמים משטרי הפללה גלובליים בשיטת המשפט הישראלית, ומערך את הכוח ההסברי של גישות שונות בתחום התאוריה של היחסים הבינלאומיים באשר לדפוסים אלה. דיון זה מראה, כי אסטרטגיות הפעולה של שחקני ממשל גלובלי נוטות להותיר לשחקנים מקומיים מרחב תמרון לא מבוטל בבואם להכריע כיצד ליישם ולהטמיע מודלים גלובליים של חקיקה ואכיפה פלילית במשפט הישראלי. כמו כן הוא מדגיש את הצורך בשילוב בין יסודות פרשניים השאובים ממסגרות תאורטיות שונות כדי לפרש את הדיאלקטיקה המורכבת שבין האפקט המחשק (צמצום האוטונומיה של מעצבי המדיניות המקומית) לאפקט המאפשר (חיזוק יכולת ההשפעה הפוליטית של שחקנים מקומיים) של משטרי הפללה גלובליים.

שלישית, בהתבסס על האפיון של דרכי ההשפעה של משטרי הפללה גלובליים על הדיון הפלילי הישראלי, המאמר מספק זווית חדשה להתמודדות עם ההשלכות הנורמטיביות של מגמה זו. המאמר מראה כיצד ההעברה של היבטים חשובים של תהליכי עיצוב המדיניות הפלילית בישראל ממוסדות מדינתיים למוסדות ממשל גלובלי משליכה על יכולת ההגשמה של מטרות המשפט הפלילי. דיון זה ייערך מבעד לשתי נקודות מבט מקובלות על אודות תכליותיו של המשפט הפלילי. מנקודת מבט הרואה במשפט הפלילי מוסד חברתי שמטרתו להביע גינוי קולקטיבי של התנהגויות שגויות מן הבחינה המוסרית, הדיון יבחן את התנאים שבהם התחזקות השפעתם של משטרי הפללה גלובליים משמשת מקור ל"גירעון דמוקרטי" ברמה המדינתית, ומנגד את הדרכים שבהן היא עשויה דווקא להרחיב ולהעמיק את טווח

22 חשוב להבהיר כי הבחירה להתמקד בשני סוגים אלה של שחקני ממשל גלובלי – ארגוני מדינות בינלאומיים ומעצמות – אינה מבוססת על הנחה בדבר היעדר חשיבותם של שחקנים אחרים שפעילותם משפיעה על תפקודם של משטרי הפללה גלובליים (כגון ארגונים לא-ממשלתיים). במגבלות של היקף המאמר בחרתי להתמקד בשני שחקני ממשל גלובלי אלה כדי להאיר את האופן השיטתי והאסטרטגי שבו הם פועלים, תוך התייחסות לאינטראקציות שבינם לבין שחקנים אחרים בהקשרים רלוונטיים. כמו כן, הדיון בתפקידן של מעצמות מתמקד בארצות הברית ולא במדינות אחרות (כגון סין ורוסיה) השואפות להפעיל השפעה פוליטית וכלכלית חוצת מדינות בהקשרים מסוימים. הבחירה להתמקד בארצות הברית נובעת מכך, שמידת ההסתמכות של הממשל האמריקני על כלי המשפט הבינלאומי והממשל הגלובלי לצורך רכישת השפעה על מדינות אחרות היא גבוהה בצורה ניכרת בהשוואה למדינות אלה, וממילא גם השפעתה על המדיניות בישראל היא מובהקת הרבה יותר.

העניין המוסרי של הקהילה הפוליטית המקומית. לאחר מכן, מנקודת מבט תועלתנית, הרואה במשפט הפלילי כלי הרתעתי ומניעתי, הדיון יבחן את ההצדקות להרחבת הפרספקטיבה הבוחנת את יכולתו של המשפט הפלילי לצמצם את שכחותן של התנהגויות לא־רצויות לא רק בשטחה הטריטוריאלית של מדינת לאום אלא גם מעבר לגבולותיה; כמו כן הוא יעריך את יכולתם של הצעדים הננקטים במסגרת משטרי הפללה גלובליים להוביל לצמצום הנזקים החברתיים עקב התנהגויות הגורמות נזק חוצה גבולות.

המאמר בנוי כדלקמן: פרקים א ו־ב בוחנים את אסטרטגיות הפעולה שנוקטים ארגונים בינלאומיים והממשל האמריקני כדי להשפיע על התפתחותו של המשפט הפלילי המדינתי, ואת האופן שבו שחקנים מקומיים בשיטת המשפט הישראלית מגיבים להשפעות אלה; פרק ג בוחן את ההשלכות הנורמטיביות של החשיפה הגוברת של המשפט הפלילי הישראלי להשפעותיהם של משטרי הפללה גלובליים; פרק ד מהרהר בכיווני ההתפתחות העתידית של מגמה זו, ובשאלה כיצד היא עשויה להשתנות בעקבות שינויים מבניים ביחסי הכוחות שבין מוסדות וגושים במציאות הגלובלית.

א. השפעתם של ארגונים בינלאומיים על התפתחות המשפט הפלילי הישראלי

תהליכי פיתוחם והפעלתם של משטרי הפללה גלובליים מתבססים במידה רבה על התפקיד שממלאים ארגונים בינלאומיים בעיצובן ובאכיפתן של נורמות המחייבות מדינות לחוקק איסורים פליליים מסוימים וליישם המלצות בנוגע לאכיפתם. מעורבותם של ארגונים בינלאומיים בניסיונות לכונן סטנדרטים גלובליים של חקיקה ושל אכיפה פלילית נשענת על מסורת ארוכה. למעשה, כבר בשנות השלושים של המאה העשרים פעלו תתי־ועדות מטעם חבר הלאומים לפקח על דרכי האכיפה של חקיקה נגד סחר בנשים והברחות סמים במדינות ובקולוניות שונות, על בסיס עיגון מפורש של הסמכות להתמודד עם פשיעה מסוג זה במסגרת תחומי האחריות שהוקנו לארגון בכתב המנדט שלו.²³ עם זאת, אף שאין מדובר בתופעה חדשה, נראה כי בשלושת העשורים האחרונים נרשמה התרחבות ניכרת בהיקף הפעילות של ארגונים בינלאומיים בפיקוח על חקיקה ועל אכיפה פלילית מדינתית.²⁴ מגמות השינוי המתחוללות בתחום זה משקפות תהליכים רחבים יותר של עלייה במספר הסוגיות הרגולטוריות שבהן עוסקים ארגונים בינלאומיים ובחזיקו עצמאותם הבירוקרטית

Liat Kozma, *The League of Nations and the Debate over Cannabis Prohibition*, 9 Hist. 23 (2011). COMPASS 61

24 לניתוח ההתרחבות בהיקף הפעילות של ארגונים בינלאומיים בתחום ההתמודדות עם פשיעה חוצת מדינות, ראו: ANJA JAKOBI, COMMON GOODS AND EVILS? THE FORMATION OF GLOBAL CRIME GOVERNANCE (2013); MARK FINDLAY, GOVERNING THROUGH GLOBALISED CRIME: FUTURES FOR INTERNATIONAL CRIMINAL JUSTICE (2008); NEIL BOISTER, AN INTRODUCTION TO BOISTER, TRANSNATIONAL CRIMINAL LAW 393-400 (2018) (להלן: TRANSNATIONAL CRIMINAL LAW). (Law)

אל מול המדינות החברות בהם.²⁵ בתחום ההתמודדות עם פשיעה חוצת גבולות הואץ שינוי זה באמצעות יצירתן של אמנות בינלאומיות, שכל אחת מהן זכתה להיקף השתתפות נרחב של למעלה ממאה מדינות בשני העשורים הראשונים שלאחר סיום המלחמה הקרה.²⁶ אמנת האו"ם נגד סחר בלתי-חוקי בסמים נרקוטיים (1988),²⁷ אמנת האו"ם נגד מימון טרור (1999),²⁸ אמנת האו"ם נגד פשע מאורגן חוצה גבולות (2003),²⁹ הפרוטוקולים לאמנה זו המתמקדים בסחר בבני-אדם,³⁰ בהברחת בני-אדם³¹ ובסחר בלתי-חוקי בנשק (2003)³² ואמנת האו"ם נגד שחיתות (2003)³³ הניחו בסיס הסכמי ליצירתם של מנגנוני פיקוח המופעלים במסגרת ארגונים בינלאומיים. לאחר מיסודם הראשוני של מנגנוני פיקוח ואכיפה אלה, המשכו ארגונים בינלאומיים אלה להשתמש במנגנוני משפט קשה ורך כדי לנסח פרשנויות אוטוריטיטיביות של האופן שבו מדינות נדרשות ליישם את נורמות ההפלה המעוגנות באמנות.³⁴

הארגונים הבינלאומיים המשתתפים בעיצוב סטנדרטים רגולטוריים גלובליים בתחום המשפט הפלילי נבדלים זה מזה מבחינת מספר המדינות החברות, המבנה הארגוני הפנימי, מידת שיתוף הפעולה שלהם עם ארגונים לא-משלתיים ופרמטרים נוספים. הבדלים אלה משפיעים על חירתם של ארגונים באסטרטגיות המיועדות לרכוש השפעה על החקיקה והאכיפה הפלילית במדינות שונות. כך למשל, בעוד שארגונים המבוססים על בסיס השתתפות אוניברסלי עשויים לשאוב מכך לגיטימציה המחזקת את סמכותם להגדיר ולאכוף סטנדרטים גלובליים, הרי ארגונים בעלי בסיס השתתפות צר יותר מסוגלים לבחור באופן סלקטיבי את זהות חבריהם, לגבש קונצנזוס בין מדינות החולקות אינטרסים וערכים משותפים ולתמרץ

- 25 לניתוח מגמת ההתרחבות הכללית בהיקף פעילותם של ארגונים בינלאומיים, ראו: JOSE ALVAREZ, INTERNATIONAL ORGANIZATIONS AS LAW-MAKERS (2006); MICHAEL BARNETT & MARTHA FINNEMORE, RULES FOR THE WORLD: INTERNATIONAL ORGANIZATIONS IN GLOBAL POLITICS (2004).
- 26 Boister, TRANSNATIONAL CRIMINAL LAW, לעיל ה"ש 24, בעמ' 19.
- 27 United Nations Convention Against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances, Nov. 11, 1990, *opened for signature* Dec. 20, 1988, 1582 U.N.T.S. 95
- 28 International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism, Apr. 10, 1999, *opened for signature* Dec. 10, 1999, 2178 U.N.T.S. 197
- 29 United Nations Convention Against Transnational Organised Crime, Sep. 29, 2003, *opened for signature* Nov. 15, 2000, 2225 U.N.T.S. 209
- 30 Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, Dec. 25, 2003, *opened for signature* Nov. 15, 2000, 2237 U.N.T.S. 319
- 31 Protocol Against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air, Jan. 28, 2004, *opened for signature* Nov. 15, 2000, 2241 U.N.T.S. 480
- 32 Protocol Against the Illicit Manufacturing of and Trafficking in Firearms, July 3, 2005, *opened for signature* May 31, 2001, 2326 U.N.T.S. 208
- 33 United Nations Convention Against Corruption, Dec. 14, 2005, *opened for signature* Oct. 31, 2003, 2349 U.N.T.S. 41
- 34 Mark Nance, *The Regime that FATF Built: An Introduction to the Financial Action Task Force*, 69 CRIME L. SOC. CHANGE 109 (2018)

מדינות שאינן חברות בארגון לאמץ את המלצותיו כדי לשפר את סיכויי הצטרפותן.³⁵ הדיון שלהלן סוקר את אסטרטגיות הפעולה של ארגונים בינלאומיים מרכזיים במסגרת משטרי הפללה גלובליים ואת השפעתם על המשפט הפלילי הישראלי במגוון תחומים.³⁶

1. אסטרטגיות הפעולה של ארגונים בינלאומיים בעיצוב סטנדרטים גלובליים של הפללה וענישה

אסטרטגיה ראשונה המשמשת ארגונים בינלאומיים כדי לעצב סטנדרטים גלובליים של מדיניות הפללה מבוססת על יצירת חובות משפטיות המוטלות על המדינות החברות בהם להפליל התנהגויות מסוימות. לעיתים הטלתן של חובות אלה מעוגנת בסמכויות כפייה פורמליות המצויות בתחום המנדט של הארגון. כך למשל, לאחר אירועי הטרור של ה-11 בספטמבר 2001 אימצה מועצת הביטחון את החלטה 1373, המחילה את חובות ההפללה הנכללות באמנה הבינלאומית נגד מימון טרור כלפי כלל המדינות החברות באו"ם. החלטה זו גם מחייבת את כלל המדינות לקבוע איסורים פליליים על מימון פעולות טרור, ולאכופ איסורים אלה באמצעים עונשיים כגון הקפאת כספים ונכסים של חשודים (על בסיס רשימה המורכבת בידי ועדת הסנקציות של מועצת הביטחון).³⁷ לצד מנגנונים נוספים שהפעילו ארגונים בינלאומיים אחרים הפעילים בתחום זה אשר יידונו בהמשך, הצעדים שנקטה מועצת הביטחון מילאו תפקיד מרכזי בהנעת יצירתם של איסורים פליליים חדשים במשפט הישראלי (כגון האיסורים הנכללים בחקיקה הייעודית נגד איסור מימון טרור שאומצה בשנת 2005)³⁸ ובהרחבת סמכויותיה של הרשות לאיסור הלבנת הון (שהוקמה בשנת 2000) כדי להתמודד עם הסוגיה.³⁹

תחת הקטגוריה האנליטית של אמצעים המיועדים לאלץ מדינות לאמץ מודלים מסוימים של חקיקה ושל אכיפה פלילית ניתן לכלול לא רק אמצעים המתבססים על סמכויות כפייה דה-יורה, אלא גם אמצעים המשמשים דה-פקטו לגביית תג מחיר כלכלי ופוליטי ממדינות המסרבות להכפיף את עצמן לסטנדרטים הרגולטוריים המוכתבים בידי ארגונים בינלאומיים.

DANIEL DREZNER, ALL POLITICS IS GLOBAL: EXPLAINING INTERNATIONAL REGULATORY REGIMES 35 (2007).

הדיון בפרק זה מניח כי ארגונים בינלאומיים מחזיקים במידה מסוימת של אוטונומיה אל מול שחקנים אחרים בזירה הגלובלית, ובכלל זה אל מול מעצמות. מידת האוטונומיה משתנה ממקרה למקרה, אך במהותה היא נובעת מן האופי הרציונלי-לגלי של פעילותם של ארגונים בינלאומיים, ומן האוטונומיה הביורוקרטית שרוכשים מוסדותיהם לאורך זמן. הנחה זו אינה סותרת את הטענה כי בהקשרים רבים ארגונים בינלאומיים מושפעים השפעה ניכרת מן האינטרסים של מעצמות, אך היא גורסת כי השפעה זו אינה מכוונית לחלוטין את אופני הפעולה של ארגונים.

S.C Res. 1373 (Sep. 28, 2001), <https://www.un.org/ruleoflaw/blog/document/security-council-resolution-1373-2001-on-threats-to-international-peace-and-security-caused-by-terrorist-acts/>

חוק איסור מימון טרור, התשס"ה-2005, ס"ח 1973; לאזכור מפורש של ההשפעה הבינלאומית, ראו דברי הסבר להצעת חוק איסור מימון טרור, התשס"ג-2003, ה"ח הממשלה 43, 552.

לדיון בצעדים שנקטו בישראל ליישום הסטנדרטים הבינלאומיים בנושא המאבק במימון טרור, ראו לוסטג, לעיל ה"ש 8, בעמ' 901-911.

סוג נוסף של אסטרטגיות שבעזרתן ארגונים בינלאומיים משפיעים על מדיניות הפללה מדינית מבוסס על יצירת זיקה נושאת (issue linkage) בין נושאים רגולטוריים שונים, באופן המצמצם משמעותית את מרחב התמרון של מדינות בכוון לשקול אם לאמץ את ההמלצות להטיל איסורים פליליים על התנהגויות מסוימות וכיצד לעצב את מנגנוני האכיפה והענישה של איסורים אלה.⁴⁰ כך למשל, אחד התנאים שבהם נדרשות מדינות לעמוד כדי להתקבל כחברות בארגון הסחר העולמי (World Trade Organization, WTO) הוא לאמץ את הסכם ה-Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS). בין יתר החובות הרגולטוריות שבהן הוא עוסק, הסכם ה-TRIPS מורה למדינות החברות להתקין איסורים פליליים נגד הפרות מכוונות של זכויות יוצרים בהיקף מסחרי, וקובע כי איסורים אלה צריכים להיאכף באמצעות הטלת קנסות ועונשי מאסר, תוך התאמת רמת הענישה לזו המוחלת בידי בתי המשפט באשר לקניין מוחשי.⁴¹ ההסכם מחייב גם לאמץ סדרי דין שיאפשרו תפיסה והשמדה של מוצרים מפירים וכן חומרים וציוד אשר שימשו את המפירים בביצוע הפרות.

בהצבתו כתנאי לחברות בארגון הסחר העולמי יצרו אדריכלי הסכם ה-TRIPS (בהובלת הממשל האמריקני וקבוצות אינטרס תאגידיות המשפיעות על מדיניותו)⁴² זיקה נושאת בין הפללתן של הפרות קניין רוחני לבין תחומים אחרים של מדיניות סחר. זיקה נושאת זו מאלצת מדינות המעוניינות להשיג גישה לשווקים הבינלאומיים שנפתחו בידי ארגון הסחר העולמי להשתמש בכלים עונשיים להתמודדות עם הפרות קניין רוחני, גם כאשר גישה זו אינה משקפת את ההשקפות המוסריות הרווחות בקרב הציבור המקומי באשר לאופי הפלילי של התנהגויות אלה.⁴³ ואכן, כפי שהראתה מרים ביטון, השינויים שאומצו בדין הישראלי בשנים שלאחר הצטרפותה של ישראל כחברה בהסכם ה-TRIPS שיקפו את תפיסות המדיניות שהובילו מוסדות הממשל הגלובלי האוכפים את ההסכם (דוגמת ה-World International Property Organization, WIPO) ואת האופן שבו הוא פורש בידי הממשל האמריקני. כך היה על אף קיומה של עמימות מוסרית כחברה הישראלית עצמה באשר לחומרה המוסרית של ההתנהגויות המופללות ובאשר לשקילות הלכאורית שבין הפרות קניין רוחני לבין פגיעה בקניין מוחשי.⁴⁴ בין היתר אפשר לציין בהקשר זה את התיקון לפקודת זכויות יוצרים משנת 2002, שבמסגרתו נקבעו כמה איסורים פליליים חדשים, הוחמר רף הענישה בגין עבירות

40 על יצירת זיקה נושאת כאסטרטגיה של ממשל גלובלי, ראו למשל: Oren Perez, *Multiple Regimes, Issue Linkage, and International Cooperation: Exploring the Role of the WTO*, 26 U. Pa. J. Int'l Econ. L. 735 (2005).

41 Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, Including Trade in Counterfeit Goods (Apr. 15, 1994) 33 I.L.M. 81 (1994), available at <http://www.jstor.org/stable/20693888?seq=2>.

42 SUSAN K. SELL, PRIVATE POWER, PUBLIC LAW: THE GLOBALIZATION OF INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS (2003).

43 לניתוח העמדות השונות בוויכוח על אודות הפללת הפרת סימני מסחר, ראו: ELDAR HABER, CRIMINAL COPYRIGHT 217-56 (2018).

44 מרים ביטון "הפיכתה של הפרת זכויות יוצרים לעבירה פלילית ואכיפתה בישראל" מחקרי משפט כט 511, 515-16, 545-46, 548-550 (2014).

מסוימות ואומץ המודל הנדרש באמנת ה-TRIPS שלפיו מכירה, השכרה או הפצה של עותק מפר של יצירה בהיקף מסחרי (כמו גם החזקת עותק מפר של יצירה למטרות מסחר) תהיה חשופה לעונש של שלוש שנות מאסר.⁴⁵

כפי שדוגמה זו מעידה, עידן הגלובליזציה מטשטש במידה ניכרת את חשיבותן של ההיררכיות הפורמליות שבין, מחד, אסטרטגיות ממשל גלובלי המתבססות על חיוב משפטי של מדינות לאמץ סטנדרטים רגולטוריים מסוימים, לבין, מאידך, אסטרטגיות המבוססות על שימוש בתמריצים פוליטיים (חסרי מעמד מחייב) המסייעים למדינות להשתלב בשווקים גלובליים. הבחנה זו מיטיבה להסביר את האפקטיביות של וריאציה נוספת של אסטרטגיית יצירת הזיקה הנושאת – הכללת דרישות הפללה במסגרת הליכי הצירוף של מדינות לארגונים בינלאומיים יוקרתיים. כפי שטוען דניאל דרזנר, במצבים שבהם מעצמות מתקשות לגבש מחויבות לסטנדרטים רגולטוריים הרצויים בעיניהן במסגרת ארגונים בינלאומיים המתבססים על בסיס השתתפות רחב (דוגמת האו"ם או ה-WTO), הן עשויות לחבור לכמה מדינות חזקות החולקות עימן אינטרסים וערכים כדי ליצור ארגוני מדינות סלקטיביים. במסגרת ארגונים מסוג זה קל יותר להפעיל מנגנוני הצטרפות ברניים, המאלצים מדינות לאמץ תנאים רגולטוריים מחמירים כדי ליהנות מן הטובין הכלכליים והפוליטיים שארגונים אלה מספקים.⁴⁶

מגוון הישנויים שהוכנסו בדין הפלילי הישראלי במסגרת ניסיונה של המדינה (שהוכתר בהצלחה) להתקבל כחברה בארגון לפיתוח ולשיתוף פעולה כלכלי (Organization for Economic Cooperation and Development, OECD) עשויים להדגים את השפעתה של וריאציה זו של אסטרטגיית יצירת הזיקה הנושאת. בשנת 1994 החלו מגעים בין ממשלת ישראל ל-OECD על השתתפותה של ישראל בפעולות הארגון, תחילה במעמד של משקיפה בוועדות מקצועיות ובהמשך כמועמדת להצטרפות כחברה מן המניין. במסגרת "מפת הדרכים" שהציג הארגון לבחינת אפשרות הצטרפותה של ישראל נדרשה המדינה לאמץ רפורמות רגולטוריות, שחלקן הצריך לקבוע איסורים פליליים חדשים ואמצעי ענישה המותאמים לדרישות הארגון. כך למשל, בכיקורו בישראל בשנת 2010 הבהיר מזכ"ל הארגון אנחל גוריה, כי הסכמתה של ישראל להיענות לדרישת הארגון לחוקק עבירה חדשה של מתן שוחד לעובד ציבור זר ולקבוע בצידה עונש הזהה לזה הקבוע לעבירה של מתן שוחד לעובד ציבור בישראל הייתה צעד מכריע בהשלמת הרפורמות הנדרשות לצורך קבלתה של המדינה כחברה בארגון.⁴⁷ מבחינת הדין המסדיר את תחולתו של המשפט הישראלי על עבירות שבוצעו מחוץ לשטחה, צעד חקיקתי זה אינו מעורר קושי מיוחד, שכן מדובר בעבירת חוץ "אשר מדינת ישראל התחייבה, באמנות בינלאומיות רב צדדיות ופתוחות להצטרפות, להעניש עליהן".⁴⁸ עם זאת, מבחינת הרציונלים של ההכרה בסמכותה של המדינה להחיל סמכות שיפוט על עבירות שבוצעו מעבר לגבולותיה, נראה שעבירה זו מעוררת קשיים.

45 חוק לתיקון פקודת זכות יוצרים (מס' 8), התשס"ג-2002, ס"ח 1867.

46 DREZNER, לעיל ה"ש 35, בעמ' 64.

47 מוטי בסוק "מזכ"ל OECD: ישראל תהיה חברה בארגון עד אמצע השנה" דה מרקר (20.1.2010).
www.themarket.com/markets/1.564306

48 ס' 16 (א) לחוק העונשין, התשל"ז-1977, ס"ח 226.

בעוד שמטרה מרכזית של עבירת השוחד הקלאסית היא לשמור על טוהר המידות ועל המנהל התקין במגזר הציבורי במדינה, הרי עבירת השוחד לעובד ציבור זר⁴⁹ מבקשת לתקן נורמות שלטוניות ועסקיות השוררות במדינות אחרות – תכלית שאינה מתיישבת בנקל עם ההצדקות המקובלות להטלתה של סמכות שיפוט פלילית מחוץ לגבולות המדינה.⁵⁰ השיקולים שהובילו לחקיקתו של האיסור בישראל לא עוצבו באמצעות דיון ציבורי מעמיק בשאלת האינטרס הלגיטימי שבהקצאת משאבי אכיפה מקומיים לצורך כינונו של "אקלים בין-לאומי נקי משחיתות" (כפי שנכתב בדברי ההסבר של הצעת החוק);⁵¹ תחת זאת, נראה כי הם הושפעו במידה מכרעת מהזיקה הנושאת שיצר ארגון ה-OECD בין היתרונות הכלכליים העצומים שמבטיחה החברות בארגון לבין יצירתו של האיסור הפלילי האמור. לצד השימוש באסטרטגיות המבוססות על יצירת אילוצים משפטיים ותמריצים פוליטיים, ניתן לזהות בעשורים האחרונים שימוש אסטרטגי נרחב של ארגונים בינלאומיים בפרקטיקות של תיוג וביוש (naming and shaming) כדי להשפיע על מדינות להפלייל ולהעניש התנהגויות מסוימות.⁵² אסטרטגיות אלה מתבססות על ההון הסימבולי של ארגונים בינלאומיים כמי שמייצגים אינטרסים משותפים של הקהילה הבינלאומית בכללותה, וכן על יכולתם להסתמך על האוטוריטה המדעית של מומחים ושל קהילות אפיסטמיות המשתתפות בעיצוב מדיניותם.⁵³ במסגרת המציאות הגלובלית הנוכחית, שבה מדינות מתחרות זו עם זו על היכולת למשוך משקיעים זרים, לשמש מדינת יעד למהגרים המהווים כוח עבודה איכותי במקצועות עתירי ידע ולהשתלב בשווקים אזוריים וגלובליים, נראה כי לביקורת שמפנים ארגונים בינלאומיים כלפי מדינות בתחומי רגולציה כלכלית ובתחומי זכויות אדם עשוי להיות משקל מכריע על יכולת הפעולה הכלכלית של ממשלות; בין היתר, ביקורת זו משפיעה על דירוג האשראי של המדינה, על יכולתה לגייס הלוואות במוסדות פיננסיים בינלאומיים ועל זכאותה להצטרף לארגונים בינלאומיים יוקרתיים אחרים.⁵⁴ במגוון תחומים של הפללה וענישה ארגונים בינלאומיים מפרסמים דוחות מעקב אחר האופן שבו מדינות שונות מיישמות את המלצות המדיניות שלהן, ומציגים ביקורת על חוקים מדינתיים שאינם עולים בקנה אחד עם המלצות אלה. בהקשר זה יש להבין את דרכי ההשפעה של דוחות תקופתיים שמפרסמים ארגונים בינלאומיים על אודות מידת האכיפה של נורמות הפללה בישראל, גם כאשר דוחות אלה מתמקדים במישור התדמיתי ואינם מהווים בסיס להטלתן של סנקציות כלכליות ישירות. הטמעת החשש מפני הביקורת שמפנים ארגונים בינלאומיים בדוחות אלה משתקפת במסרים

- 49 ס' 291 (א) לחוק העונשין.
 50 על הצדקות אלה, ראו: Maggie Gardner, *Channeling Unilateralism*, 56 HARV. INT'L L. J. (2015), 303-6.
 51 הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 102) (מתן שוחד לעובד ציבור זר), התשס"ח-2008, ה"ח הממשלה 389.
 52 THE POLITICS OF LEVERAGE IN INTERNATIONAL RELATIONS: NAME, SHAME, AND SANCTION (H. Richard Friman ed., 2015).
 53 Ian Hurd, *Legitimacy, Power, and the Symbolic Life of the UN Security Council*, 8 GLOB. GOV. 35 (2002).
 54 Colin M. Barry, K. Chad Clay & Michael E. Flynn, *Avoiding the Spotlight: Human Rights Shaming and Foreign Direct Investment*, 57 INT'L STUD. Q. 532 (2013).

שהמדינה מעבירה דרך ערוצים פורמליים ולא-פורמליים בניסיון להמחיש, כי צעדי חקיקה ואכיפה שהיא אימצה בתחום המבוקר ממלאים אחר הדרישות והציפיות הבינלאומיות. כך למשל, בתחום ההתמודדות עם הלבנת הון ומימון טרור נכללה ישראל ב"רשימה השחורה" של ארגון ה-FATF בשנת 2000, וזכתה לביקורות חוזרות ונשנות מטעם ארגון Moneyval (ארגון-בת הפועל לניטור ולאכיפה של המלצות ה-FATF) על כך שבניגוד למדינות אחרות, היא נמנעה מלהחיל על עורכי דין, על רואי חשבון, על נתוני שירותי מטבע, על מתווכי נדל"ן ועל סוחרי יהלומים את חובות הפיקוח והדיווח על עסקאות חשודות, כפי שהמליץ הארגון.⁵⁵ הימנעות זו הייתה תוצר של מגוון מאפיינים של הכלכלה ושל הפוליטיקה המקומית, ובהם הסתמכותה של המערכת הבנקאית בישראל על העברת כספים בידי יהודי התפוצות, קיומה של מערכת בנקאית ריכוזית ובעלת עוצמה פוליטית, עיגונו של סטנדרט מחמיר יחסית בנושא הסודיות הבנקאית בדיון הישראלי ושגשוגו של ענף היהלומים הישראלי (אשר דרכי המסחר הלא-פורמליות הנהוגות בו חשופות במיוחד להלבנת הון).⁵⁶ ההכרה בכך, שלביקורת המופנית מטעם גופי הפיקוח הבינלאומיים השפעה מכרעת על יכולתה של ישראל להשתלב בארגונים בינלאומיים יוקרתיים (דוגמת ה-OECD) ועל יכולתו של הסקטור הבנקאי הישראלי לפעול במסגרת שווקים בינלאומיים, מסייעת להסביר את האפקט המשמעותי של מנגנונים אלה של תיוג וביוש על התפתחות החקיקה והרגולציה בנושא, חרף התנגדותן של קבוצות אינטרס מקומיות.⁵⁷

ואולם חשוב לזכור, כי הן כאשר מדובר על אסטרטגיות המבקשות להניע רפורמות במשפט הפלילי המדינתי באמצעות יצירת חובות משפטיות, והן כאשר מדובר על אסטרטגיות המנסות לעשות זאת באמצעות פיתוי להשתלב במועדוני מדינות יוקרתיים או באמצעות תמריצים תדמיתיים אחרים, הרי ההשפעה בפועל של שחקני ממשל גלובלי מעוצבת במידה ניכרת בידי שחקנים מקומיים (ובהם מחוקקים, שופטים, פקידי מנהל ושוטרים ברמת השטח). מעמדם של שחקנים אלה כ"מתווכים בין הגלובלי ללוקלי"⁵⁸ מאפשר להם להטמיע את העדפותיהם הערכיות והרגולטוריות בדיון הנוהג באמצעות עיצוב האופן שבו המדינה מיישמת את מחויבותיה הבינלאומיות, אשר חלקן מנוסחות ברמת הפשטה גבוהה המותירה מרחב ניכר ליצירתיות פרשנית. בהקשר זה דווקא השימוש של ארגונים בינלאומיים באסטרטגיות של כפייה ותמרוץ, המגבילות את מרחב התמרון של ממשלות מדינתיות, עשוי להעניק לשחקנים מקומיים התומכים בהרחבת האחריות הפלילית בסוגיות הרגולטוריות הרלוונטיות

55 ראו: לוסיטיג, לעיל ה"ש 8, בעמ' 910-911.

56 אולג קומליק "מעשה טלאים ופשרות": חוק איסור הלבנת הון – בין הגלובלי ללוקאלי 37-38 (עבודת גמר לשם קבלת תואר "מוסמך למדעי הרוח והחברה", אוניברסיטת בן-גוריון בנגב 2008).

57 עידו באום "איסור הלבנת הון: חידושים מקומיים ומגמות גלובליות" דין ודברים י 289, 291 (2017). בשינויי החקיקה והרגולציה אשר אומצו בנושא זה ניתן למנות את תיקון 13 לחוק איסור הלבנת הון (התש"ס-2000), שהתקבל בשנת 2014, ואת צו איסור הלבנת הון (חובות זיהוי, ניהול רישומים של נתון שירות עסקי למניעת הלבנת הון ומימון טרור), התשע"ה-2014.

58 לניתוח האופן שבו "מתווכים" מקומיים של קליטת נורמות גלובליות משתתפים בעיצוב תוכן של הנורמות, ראו: Sally Engle Merry, *Transnational Human Rights and Local Activism: Mapping the Middle*, 108 AM. ANTHROPOLOGY 38 (2006).

כלים חשובים כדי להתגבר על תופעות של שכי רגולטורי ולמנף רפורמות חקיקתיות שהם היו מתקשים לקדמן אלמלא קיומו של ממד בינלאומי להחלטות המתקבלות בנושא. כך למשל, הביקורת שהפנה ארגון הבריאות העולמי (World Health Organization, WHO) כלפי ישראל במסגרת הקמפיין שהוא הוביל נגד התופעה הגלובלית של סחר באיברים סיעה לרופאים ישראלים המתנגדים לפרקטיקה זו להתגבר על התנגדותן המסורתית של קופות החולים, ולשכנע את משרד הבריאות לקדם חקיקה פלילית בנושא כדי לצמצם את הנזק התדמייתי שספגה המדינה בקרב הממסד הרפואי הבינלאומי.⁵⁹ קמפיין זה הוביל לאימוצו בשנת 2008 של חוק השתלת איברים, אשר אסר לראשונה במשפט הישראלי על מתן או על קבלת תרומה כספית עבור תרומת איברים, כמו גם על תיווך או על מימון של השתלות איברים המבוצעות בחו"ל, ואשר שילב איסורים פליליים אלה במסגרת הסדר רגולטורי רחב יותר של תחום ההשתלות בישראל.⁶⁰

כפי שדוגמה זו ממחישה, פרקטיקות ממשל גלובלי שנהוג לפרשן כבעלות אפקט מחשק ומגביל על שיקול הדעת של ממשלות מדינתיות יוצרות בפועל גם מרחב חדש של אפשרויות עבור שחקנים מקומיים מסוימים, ומחזקות את כושר המיקוח שלהם במסגרת זירת החקיקה המקומית.⁶¹ לצד הבחנה זו, חשוב שלא להתעלם גם מיכולתם של שחקנים מקומיים להכביד על יישומן בשטח של המלצות המדיניות של ארגונים בינלאומיים ולסכל את מימושן של התכליות הרגולטוריות שהמלצות אלה נועדו להשיג. לעיתים יכולתו של ארגון בינלאומי להשפיע על מדיניות ההפללה והענישה המדינתית מוגבלת בידי הפרגמנטציה של המשפט הבינלאומי ומנגנוני הממשל הגלובלי המקיפים אותו, בייחוד כאשר קווי המדיניות שהארגון מנסה להוביל מצויים במתח עם אלה המובלים בידי ארגונים אחרים. מצב זה מקל על שחקנים מקומיים המסתייגים מהמלצות הארגון לעכב או לסכל את יישומן בפועל, תוך שהם מצביעים על נימוקים תקפים מכוח המשפט הבינלאומי עצמו להצדקת פעילותם. כך למשל, בתחום הסמים ישראל אימצה בשנים האחרונות רפורמות אי-הפללה, והיא בוחנת מתווים ללגליזציה של השימוש בקנביס, על אף הביקורת העקבית על מדיניות זו שמציג ארגון ה-International Narcotic Control Board (INCB), המופקד על ניטור דרכי היישום של אמנות האו"ם בנושא.⁶² צעדים אלה זוכים ללגיטימציה באמצעות ההישענות על ביקורות שהפנו ארגונים בינלאומיים אחרים (כגון ארגון הבריאות העולמי) כלפי הגישה האוסרנית והמחמירה שנאכפה בידי ה- INCB במסגרת "המלחמה הגלובלית בסמים" לאורך העשורים האחרונים, ועל רקע ההתרחבות המתמדת במספר המדינות המאמצות רפורמות אלה מנימוקים דומים.

-
- Asif Efrat, *The Rise and Decline of Israel's Participation in the Global Organ Trade: Causes and Lessons*, 60 CRIME L. SOC'Y CHANGE 81, 92 (2013) 59
- חוק השתלת איברים, התשס"ח-2008, ס"ח 394. 60
- על "הפן המשחרר" של השפעות בינלאומיות על המשפט הישראלי, ראו: ברק-ארוז ופרוז, לעיל ה"ש 8, בעמ' 135-136. 61
- Ely Aaronson, *The Strange Career of the Transnational Legal Order of Cannabis Prohibition*, 4 UCI J. INT'L TRANSNAT'L COMPAR. L. 78, 93 (2019) 62

2. כיצד ניתן להסביר את אופני ההשפעה ואת מידת ההשפעה של ארגונים בינלאומיים על פרקטיקות של הפללה וענישה בישראל?

הספרות התאורטית בתחום היחסים הבינלאומיים מציעה כמה מסגרות פרשניות מועילות כדי להסביר את האופן שבו אסטרטגיות הפצת הנורמות הגלובליות שנוקטים ארגונים בינלאומיים משפיעות על המשפט הפלילי הישראלי. הסבר אפשרי גורס, כי מקור כוחם של ארגונים בינלאומיים נעוץ ביכולתם לשכנע את מעצבי המדיניות המקומיים ביכולתם לצמצם דפוסי פשיעה חוצת גבולות בדרכים שמדינות מתקשות להשיג ללא שיתופי פעולה מולטילטרליים. הסבר זה מתבסס על הגישה הפונקציונליסטית, המפרשת את תמיכתן של ממשלות ביצירת ארגונים בינלאומיים ובהרחבת תחומי פעילותם כתוצר של אמון ביכולתם של ארגונים אלה למסד מנגנונים של שיתופי פעולה בין-מדינתיים המביאים תועלת הדרת והמסייעים להתמודדות עם אתגרים רגולטוריים משותפים (בין היתר, באמצעות צמצום העלויות של השגת הסכמות, בהגברת הוודאות באשר למדיניותן של מדינות אחרות ובמיסוד מנגנונים להטלת סנקציות בגין הפרת מחויבויות הדדיות בין מדינות).⁶³ על פי גישה זו, חברות בארגוני מדינות הפועלים למיסוד של נורמות הפללה גלובליות מאפשרות למדינות לרכוש מידה מסוימת של השפעה על מדיניות האכיפה הפלילית של מדינות אחרות המגלות אוזלת יד נגד דפוסי פשיעה חוצת גבולות המתבצעת בשטחן. המציאות הגלובלית מתאפיינת בהגברה מסיבית של היקף התנועה של הון, של סחורות, של בני אדם, ושל ידע בין מדינות. במציאות זו ממשלות מדינתיות מבינות, שעל מנת לספק לאזרחיהן הגנה מפני דפוסי פשיעה חוצת גבולות המשגשים בעידן הגלובליזציה, הן אינן יכולות לדבוק בשימור המונופול המסורתי הניתן למדינה על הסמכות לעצב כללים בתחום המשפט הפלילי המקומי. תחת זאת הן נדרשות לפעול כדי לאפשר לארגונים בינלאומיים לפתח מנגנונים אפקטיביים, אשר יבטיחו כי מספר גדול ככל האפשר של מדינות יאמצו סטנדרטים מינימליים של אכיפה פלילית בנוגע לסיכוני פשיעה גלובליים. דרכי הפעולה כדי לבצע זאת הן בין היתר הצטרפות לאמנות המקימות ארגונים בינלאומיים, תמיכה בהרחבת הסמכויות ותחומי האחריות של ארגונים אלה, שיתוף פעולה עם גופי הפיקוח הפועלים מטעם והשתתפות פעילה בתהליכי הבקרה על יישום מדיניות הארגון בידי מדינות אחרות.

פרשנות פונקציונליסטית זו עולה בקנה אחד עם זרמים פרשניים השמים דגש על תפקידם האקטיבי של שחקנים מקומיים כ"מתווכים" בין נורמות גלובליות לפרקטיקות מקומיות.⁶⁴ זרמים פרשניים אלה שמים דגש על האופן שבו מחוקקים, פקידים ושחקני חברה אזרחית בישראל משתמשים באסטרטגיות שכנוע ומינוף פוליטיות כדי לעודד את הצטרפותה של המדינה לארגונים המפעילים פיקוח על מדיניות האכיפה הפלילית המקומית וכדי

63 לדיון בגישה הפונקציונליסטית בחקר ארגונים בינלאומיים, ראו: ALVAREZ, לעיל ה"ש 25, בעמ' 17-29.

64 כך למשל הגישה הליברלית בחקר היחסים הבינלאומיים, המדגישה כיצד האופן המבוזר של מבנה יחסי הכוח במדינה משפיע על אופי התחייבויותיה הבינלאומיות ועל דרכי יישומן. ראו למשל: Andrew Moravcsik, *Liberal Theories of International Law*, in *INTERDISCIPLINARY PERSPECTIVES ON INTERNATIONAL LAW AND INTERNATIONAL RELATIONS: THE STATE OF THE ART 83* (Jeffrey L. Dunoff & Mark A. Pollack eds., 2013).

לסייע ביישום המלצותיהם של ארגונים אלה. הספרות העוסקת בהתגבשותן של קהילות טרנס-לאומיות של שופטים, של רגולטורים ושל גופי חברה אורחית מראה כיצד שחקנים מקומיים אלה מעצבים את אסטרטגיות הפעולה שלהם בזירה המקומית, תוך חילופי ידע עם שחקנים המקדמים אג'נדות דומות במדינות אחרות ובארגונים בינלאומיים, ותוך הסתמכות על תקדימים שיפטיים ועל דגמים חקיקתיים שאומצו בשיטות משפט אחרות.⁶⁵ ספרות זו מוסיפה נדבך הסברי חשוב לגישות פונקציונליסטיות מסורתיות, שכן היא מבחירה כי ארגונים בינלאומיים רוכשים השפעה לא רק באמצעות יצירת מסגרות לכינון מחויבויות הרדיות בין ממשלות, אלא גם באמצעות מיסוד של השפעות הגומלין של שחקנים לא-מדינתיים הפועלים במדינות שונות כדי לעצב את המדיניות המשפטית המקומית. נדמה כי בהקשר הישראלי יש להתמקדות הפרשנית בפעילותם של "מתווכים בין הגלובלי ללוקלי" חשיבות מיוחדת, על רקע הגישה החשדנית הרווחת בקרב חלקים נרחבים בציבור באשר לקהילה הבינלאומית ולאינטרסים המניעים אותה.⁶⁶

לפרשנות זו, המתמקדת באופני כינון של מוטיבציות להגברת שיתופי פעולה בינלאומיים לנוכח התעצמות התופעה של פשיעה חוצת גבולות במציאות גלובלית, יש כוח הסברי ניכר. ואולם חלק מהדוגמאות שהוצגו בפרק זה מעידות גם על מגבלותיה. האמצעים שנוקטים ארגונים בינלאומיים כדי לעודד מדינות להשתתף במשטרי הפללה גלובליים אינם מתמצים ביצירת מסגרות וולונטריות לשיתופי פעולה מולטילטרליים. חלק ניכר ממאמציהם של ארגונים אלה מוקדש ליצירת אילוץ ותמריצים, אשר יובילו מדינות שאינן מעוניינות להשתתף במשטרי הפללה גלובליים להצטרף למשטרים אלה כדי להשיג יתרונות כלכליים ופוליטיים שאינם קשורים ליתרונות המגולמים בשיפור של יכולת ההתמודדות עם פשיעה חוצת גבולות.

חוסר מוטיבציה להצטרף למשטרי הפללה גלובליים עשוי לנבוע ממגוון סיבות: לעיתים הוא משקף סנטימנט רווח בקרב הציבור המקומי, שלפיו ההתנהגות שארגונים בינלאומיים דורשים את הפללתה אינה מעוררת קושי מוסרי; לעיתים הוא משקף ספקנות באשר ליכולתם של משטרים אלה להוביל לצמצום משמעותי של נזקי הפעילות המופללת; במקרים אחרים מדינות מכירות ביתרונות הפוטנציאליים של הידוק שיתוף הפעולה הבינלאומי, אך מעדיפות לפעול כ"רוכב חופשי" (free rider), הנהנה מן הטובין הציבוריים הגלובליים שמשטרי הפללה מספקים מבלי לשלם את המחיר של הכפפת האכיפה הפלילית של המדינה לפיקוח על-לאומי. חלק מהאסטרטגיות שנסקרו בפרק זה, כגון הניסיונות ליצור זיקה נושאת בין הפללת הפרות של קניין רוחני להסכמי הסחר המכונים את ארגון הסחר הבינלאומי (WTO) וההתניה של חברות בארגון ה-OECD באימוצם של מודלים גלובליים של הפללת שחיתות תאגידית, מדגימות את יכולתם של ארגונים בינלאומיים להשתמש בכוח היחודי המוקנה להם בהאצה או בהאטה של ניסיונותיה של מדינה להשתלב בשווקים גלובליים כדי ליצור משקל נגד להתנגדות של קבוצות אינטרס מקומיות לאימוץ רפורמות הפללה. הסבר זה משתלב היטב במסגרת הפרשנית הנאו-ריאליסטית, המנתחת את השפעתם של ארגונים בינלאומיים מבעד לפריזמה המתמקדת ביכולתם לשנות את מאזן האינטרסים של מדינות כדי לקדם

65 .ANNE-MARIE SLAUGHTER, A NEW WORLD ORDER (2004)

66 עמיחי כהן ישראל והמשפט הבינלאומי: מממשל טראמפ לממשל בידן 17-13 (2021).

מטרות ממשל גלובלי, תוך הדגשת האופן שבו מערכות התמריצים שיוצרים ארגונים אלה מתבססות על יחסי כוח פוליטיים וכלכליים בזירה הבינלאומית.⁶⁷ הכוח הפוליטי שארגונים בינלאומיים מפעילים בהקשר זה נובע לא רק מן המשאבים המטריאליים הניכרים שהם מרכזים בידם, אלא גם מיכולתם לתרום ללגיטימציה של פתרונות המדיניות שהם מקדמים באמצעות הצגתם כתוצר של אינטרסים המשותפים לקהילה הבינלאומית בכללותה, גם כאשר הם מקודמים בעיקר בידי מדינות הגמוניות.

גישה פרשנית זו מסייעת לזהות את מגבלות ההשפעה של אסטרטגיות הפעולה של ארגונים בינלאומיים. היא מחדדת את האפשרות שלפחות בחלק מהמקרים, רפורמות במשפט הפלילי הישראלי המבוססות על אימוץ המלצות המדיניות של ארגונים בינלאומיים אינן נובעות מהפנמה נורמטיבית עמוקה של הצורך בהטלת איסור פלילי, אלא משיקולים מסדר שני, המתמקדים בפתרון הכלכליים והפוליטיים שהמדינה שואפת להפיק מעצם החברות בארגונים אלה. לתוכנה זו יש השלכות על איכות האכיפה של החוקים המקודמים בידי משטרי הפללה גלובליים במציאות הישראלית. בעוד שקל יחסית לארגונים בינלאומיים לפקח על מידת היישום של המלצותיהם במישור החקיקה הפלילית, הרי יכולתם להעריך אם נתוני האכיפה שהמדינה מציגה משקפים טיפול רציני בנתח משמעותי מכלל הפרות החוק או רק בקצה הקרחון של התופעה החברתית הרלוונטית היא מוגבלת.⁶⁸ מגבלות אלה אינן נובעות רק מקשיים בפענוח הדינמיקות התרבותיות והמוסדיות המעצבות אכיפה חלקית ובררנית של האיסורים הפליליים ברמת השטח. הן משקפות גם את הקושי האפיסטמולוגי הבסיסי, שקרימינולוגים מזהים כ"חור השחור" של היקף הפעילות הפלילית במדינה (dark figure of crime), שכן מעצם טיבן התנהגויות מופללות נוטות להתבצע באופן מחתרתי וסמוי מן העין.⁶⁹ השילוב שבין הלחצים הפוליטיים שמפעילים ארגונים בינלאומיים לבין מגבלות הפיקוח שלהם על דפוסי האכיפה בפועל מעורר חשש להתפתחותן של פרקטיקות של "ציות סימבולי" מצד מדינות. ציות סימבולי מסוג זה עשוי אומנם להיות עדיף מהתעלמות מוחלטת מההתנהגויות הבעייתיות שעומן מתמודדים משטרי הפללה גלובליים, אך הוא עשוי גם ליצור פתרון מדומה, המאפשר למדינות (ולארגונים הבינלאומיים עצמם) לדרוך בניקיון כפיהן גם כאשר הן נכשלות בצמצום היקפי ההתנהגות המופללת ונזקיה.

ב. השפעתו של הממשל האמריקני על התפתחות המשפט הפלילי הישראלי

לצד ההתרחבות במעורבותם של ארגונים בינלאומיים בעיצוב סטנדרטים גלובליים של הפללה וענישה, ניתן לזהות בעשורים האחרונים התרחבות במאמציו של הממשל האמריקני

67 ALVAREZ, לעיל ה"ש 25, בעמ' 29-32.

68 Ely Aaronson & Gregory Shaffer, *Introduction: The Transnational Legal Ordering of Criminal Justice*, in TRANSNAT'L LEGAL ORDERING OF CRIM. JUST. 3, 18 (Gregory Shaffer & Ely Aaronson eds., 2020).

69 ROBERT REINER, LAW AND ORDER: AN HONEST CITIZEN'S GUIDE TO CRIME AND CONTROL 46-57 (2007).

להשפיע על החקיקה והאכיפה הפלילית המדינתית במדינות זרות.⁷⁰ כתיבה המושפעת מן המסורת הריאליסטית בחקר היחסים הבינלאומיים מדגישה את התפקיד החשוב שממלאות מעצמות בפיתוחם של משטרים בינלאומיים יציבים ובעלי שיעור ציות גבוה.⁷¹ יכולתה של מעצמה לפעול לייצובם ולהגברת השפעתם של משטרים בינלאומיים מבוססת לא רק על מדרי עוצמה אובייקטיביים (כגון שליטתה בשווקים ובמשאבי הון), אלא על נכונותה לקבל על עצמה תפקיד מנהיגותי ולהקרין את עוצמתה כלפי חוץ. באספקלריה זו רבים רואים בשנות השמונים והתשעים של המאה העשרים – תקופה שחזתה בסיום המלחמה הקרה ושבה נפתחה האפשרות לכינונו של סדר עולמי חד־קוטבי (unipolar) – רגע היסטורי משמעותי, שבו התלכדו היכולות והמוטיבציות של ארצות הברית לפעול לעיצובן של נורמות בינלאומיות במגוון תחומי ממשל גלובלי.⁷²

פרק זה יבחן את האסטרטגיות שמיסד הממשל האמריקני ליצירת השפעה על החקיקה והאכיפה הפלילית במדינות זרות בעידן המתאפיין בהגמוניה אמריקנית בזירה הפוליטית הבינלאומית. הממשל האמריקני אינו מגלה מעורבות בכל תחומי המדיניות הפלילית שבהם עוסקים ארגונים בינלאומיים. בחלק מהתחומים הממשל אף פועל להחלשת משטרי ההפללה הגלובלית שארגונים בינלאומיים מקדמים. כך למשל, הממשל האמריקני מגלה מעורבות מצומצמת (כשהיא לעצמה מתמקדת בסיכול יוזמות מולטילטרליות) בתחום ההפללה של סחר בכלי נשק אישיים על רקע השפעתן של קבוצות אינטרס המשתייכות ללובי הנשק על מדיניות החוץ האמריקנית בנושא.⁷³ מנגד, כפי שפרק זה יראה, הממשל האמריקני מגלה מעורבות נמרצת בניסיון לכוון סטנדרטים גלובליים של הפללה כדי לקדם אינטרסים מסחריים של תאגידים אמריקניים, לצמצם את ההברחה הבלתי־חוקית של סחורות ושל בני אדם לשטחה של ארצות הברית ולחזק את דימויה הבינלאומי של ארצות הברית כ"שריף גלובלי", הפועל לחיזוק ערכים של שלטון החוק ושל זכויות אדם.

1. אסטרטגיות הפעולה של הממשל האמריקני בעיצוב סטנדרטים גלובליים של הפללה וענישה

ספרות נרחבת מצביעה על האופן שבו ארצות הברית מיטיבה להשתמש במנגנוני הפצה של נורמות תרבותיות כדי לעודד אימוץ גלובלי של מודלים משפטיים ופוליטיים המשקפים

70 לניתוח ההתרחבות שהתרחשה עם סיום המלחמה הקרה בהיקף המעורבות האמריקנית בהפצה גלובלית של דגמי חקיקה ואכיפה פלילית, ראו: Allegra M. McLeod, *Exporting US Criminal Justice*, 29 YALE L. POL'Y REV. 83 (2010); Peter Andreas & Richard Price, *From War Fighting to Crime Fighting: Transforming the American National Security State*, 3 INT'L. L. STUD. REV. 31 (2001); Anja Jakobi, *Global Norms and US Foreign Policy: Change: The Governance of Transnational Crime*, 54 INT'L. POL. 683 (2017). (Jakobi, *Global Norms*

71 ROBERT KEOHANE, *THE THEORY OF HEGEMONIC STABILITY AND CHANGES IN INTERNATIONAL ECONOMIC REGIMES 1967-1977* (1980)

72 Charles Krauthammer, *The Unipolar Moment*, 70 FOREIGN AFF. 23 (1990)

73 EFRAT, *GOVERNING GUNS*, לעיל ה"ש 17, בעמ' 71.

והמקדמים את תפיסות העולם הדומיננטיות בחברה האמריקנית.⁷⁴ בהקשר הישראלי, ליאורה בילסקי תיארה את האופן שבו ההשפעה הרעיונית שספגו חוקרות פמיניסטיות אשר שבו מלימודים מתקדמים בארצות הברית החלה לחלחל לחשיבה המשפטית הפרוגרסיבית המקומית החל משנות השבעים, ועודדה תהליכים של ייבוא תרבותי של דגמים חקיקתיים ודוקטרינריים אמריקניים שנקלטו בדין הישראלי.⁷⁵ מנגנוני הפצה "רכים" מסוג זה מסייעים להפצתם הגלובלית של מודלים אמריקניים של מדיניות משפטית במגוון תחומים של הפללה וענישה,⁷⁶ ובישראל השפעתם מתחזקת על רקע תהליכי אמריקניזציה מואצים של התרבות הפוליטית בעשורים האחרונים.⁷⁷ עם זאת, משטרי הפללה גלובליים נועדו, מעצם טיבם, להתמודד עם מצבים שבהם שקלול האינטרסים והערכים המתבצע ברמה המדינתית לא בהכרח מוביל להתגבשותו של רצון פוליטי להפליל התנהגויות הגורמות נזקים החוצים גבולות מדינותיים. לכן אין תמה על כך, שבתחומים אלה הממשל האמריקני אינו מסתפק בציפייה כי מדינות אחרות יאמצו את הנורמות הרצויות בעיניו באופן וולונטרי; תחת זאת, הממשל מקצה משאבים ניכרים ליצירת מערכות תמריצים שיסייעו בהפצתם הגלובלית של דגמי החקיקה והאכיפה הפלילית הרצויים בעיניו.

בחלק מהתחומים הממשל האמריקני מקדם את פיתוחם של משטרי הפללה גלובליים באמצעות תפיסתה של עמדת הנהגה במסגרות לשיתוף פעולה מולטילטרלי. בהקשר זה הממשל מקבל על עצמו תפקיד מרכזי במימונם של ארגונים בינלאומיים, בהפעלת לחצים על מדינות אחרות להצטרף לארגונים אלה ובניסיונות לעצב את מדיניותם. אסטרטגיה זו חותרת להגביר את הלגיטימיות המיוחסת למודלים המשפטיים שארצות הברית מקדמת, ולנטרל ביקורות על האופן שבו הם מוטים לטובת אינטרסים אמריקניים. כך למשל, בתחום המלחמה בשחיתות ארצות הברית החלה לתעדף את המסלול המולטילטרלי, לאחר שניסיונות מוקדמים לשכנע מדינות אחרות לאמץ נורמות הרצויות בעיניה (כגון הנורמה המחייבת להפליל מתן שוחד עסקי במדינות זרות) באמצעות לחצים דיפלומטיים והסכמים בילטרליים לא נשאו פרי.⁷⁸ ניסיונותיה המוקדמים של ארצות הברית להפיץ נורמות אלה נתקלו בהתנגדות במדינות שונות, אשר נהנו מיתרון תחרותי בשווקים גלובליים כל עוד הן סירבו לאמץ את הסטנדרטים הרגולטוריים המחמירים יחסית הנהוגים במשפט האמריקני בנושא זה. עקב כך הגביר הקונגרס את הלחצים על הממשל לנצל את השפעתו על מדינותם של ארגונים בינלאומיים ואזוריים כדי לקדם במסגרתם הסכמים, אשר יחייבו את כלל המדינות

Ugo Mattei, *A Theory of Imperial Law: A Study of US Hegemony and Latin Resistance*, 74
10 IND. J. GLOB. LEGAL STUD. 383 (2002); GEORGE RITZER, *THE McDONALDIZATION OF*
SOCIETY (2014).

ליאורה בילסקי "יבוא תרבותי: המקרה של הפמיניזם בישראל" עיוני משפט כה 523 (2001).
Trevor Jones & Tim Newburn, *Learning from Uncle Sam? Exploring U.S. Influences*
on British Crime Control Policy, 15 GOVERNANCE 97 (2002)

אורי רם הגלובליזציה של ישראל: מקזורלד בתל-אביב, ג'יהאר בירושלים פרק 4 (2005)
(להלן: רם הגלובליזציה של ישראל); חיים זנדברג "קולוניאליזם תרבותי: האמריקניזציה של
החינוך המשפטי הישראלי" המשפט יד 419 (2010).

Kenneth W. Abbott & Duncan Snidal, *Values and Interests: International Legalization*
in the Fight Against Corruption, 31 J. LEGAL STUD. S141, S162 (2002)

החברות בהם לאמץ חקיקה מסוג זה. לחצים אלה הובילו לאימוץ אמנה נגד מתן שוחד עסקי לעובדי ציבור זרים במסגרת הארגון לשיתוף פעולה ופיתוח כלכלי (OECD), אשר הפעיל לחצים אפקטיביים על ישראל לאמץ עבירה זו בדין המקומי במסגרת מסלול הצטרפותה של המדינה לארגון.⁷⁹ באופן רחב יותר, הממשל פעל לקדם אמנות נוספות במסגרת האו"ם וארגון האומות האמריקניות (Organization of American States, OAS), שסייעו להגביר את התמריצים התדמיתיים של מדינות ברחבי העולם לאמץ עבירות דומות.⁸⁰

לצד ההסתמכות על מסלולי השפעה מולטילטרליים, ארצות הברית הרחיבה בעשורים האחרונים את השימוש במנופי השפעה חד-צדדיים, המופעלים בעיקר כלפי מדינות הזוכות לסיוע חוץ.⁸¹ באמצע שנות השמונים של המאה העשרים אימץ הקונגרס מודל חדש של חקיקה פדרלית, המאפשר לנקוט קו תקיף כלפי מדינות הנכשלות בהתמודדות עם פשיעה חוצת מדינות. חקיקה פדרלית זו יוצרת מנגנונים לפיקוח על מדיניות ההפללה של מדינות ברחבי העולם, ומסמיכה את הממשל להטיל סנקציות על מדינות שאינן מאמצות מודלים מומלצים של חקיקה פלילית או שנכשלות לאכוף חקיקה שכזו בצורה יעילה. מודל חדש זה של חקיקה פדרלית הופיע לראשונה בתחום הסמים. בשנת 1986 אימץ הקונגרס את החוק נגד שימוש לרעה בסמים (Anti-Drug Abuse Act), שכלל דרישה מהממשל לזהות את המדינות המשמשות מוקדי ייצור וסחר של חומרים נרקוטיים הנכללים ברשימת הסמים האסורים שבאמנות האו"ם, לדווח לקונגרס מדי שנה על ממצאי המעקב אחר המצב המשפטי באותן מדינות ולקצץ עד 50% מסיוע החוץ המוענק למדינות אלו.⁸²

בתחום הקניין הרוחני התיקון לחוק הסחר והתחרות שאימץ הקונגרס בשנת 1988 מסמיך את נציג משרד הסחר האמריקני (USTR) לנטר את מצב ההגנה המשפטית על זכויות קניין רוחני ברחבי העולם, ולפרסם מדי שנה דוח המזהה את המדינות שכישלונן לאכוף סטנדרטים מינימליים בתחום זה פוגע באינטרסים מסחריים אמריקניים.⁸³ גם בתחום זה החוק מסמיך את נשיא ארצות הברית להטיל סנקציות כלכליות על מדינות הנכללות בדוח, ובכלל זה לבטל הטבות מכס הניתנות להן. בתחום הסחר בבני אדם הקונגרס אימץ בשנת 2000 את חוק ההגנה על קורבנות סחר (Victims of Trafficking and Violence Protection Act).⁸⁴ חוק זה מסמיך את הנשיא לקצץ בסיוע החוץ הניתן למדינות הנכשלות מלעמוד בסטנדרטים המינימליים שהממשל קובע בנושא. מכוח חוק זה מחלקת המדינה האמריקנית מפרסמת דוח שנתי הכולל דירוג של איכות מאמצי החקיקה והאכיפה שנקטה כל מדינה, על בסיס סולם הערכה המבחין בין שלוש קבוצות: מדינות המיישמות בצורה מלאה את הסטנדרטים המינימליים שקבעה ארצות הברית בתחום הסחר (Tier 1); מדינות אשר אינן מיישמות את

Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions, Nov 21, 1997, 2802 U.N.T.S 225 79
 .Jakobi, *Global Norms* לעיל ה"ש 70, בעמ' 690. 80
 .Gardner, לעיל ה"ש 50. 81
 .Anti-Drug Abuse Act of 1986, 21 U.S.C. 82
 .Omnibus Trade and Competitiveness Act of 1988, 19 U.S.C. § 1301 83
 .Trafficking Victims Protection Act of 2000, 22 U.S.C. § 2A 84

הסטנדרטים בצורה מלאה אך ניכרת התקדמות במאמצייהן (Tier 2);⁸⁵ ומדינות אשר אינן עומדות בסטנדרטים אלה ולא רשמו התקדמות לקראת יישומן (Tier 3). החוקים הראשוניים המשיכו להתפתח בעשורים שלאחר מכן בשלושת התחומים הללו, תוך שהקונגרס משנה את התבחינים של הטלת הסנקציות באמצעות תיקוני חקיקה שוטפים.

החקיקה הפדרלית היוצרת מנגנוני פיקוח ותגמול על מדיניותן הפלילית של מדינות אחרות משלבת בין כמה אסטרטגיות להפצת נורמות גלובליות. האסטרטגיה הראשונה (והגלויה ביותר) מתבססת על יצירתם של אמצעי כפייה ותמרוץ כלכליים. האסטרטגיה המבקשת להפיץ נורמות משפטיות גלובליות באמצעות תפיסה של עמדת הנהגה במסגרות לשיתוף פעולה מולטילטרלי כרוכה בויתור על חופש הפעולה המוקנה לממשל (בשל הצורך לפעול במסגרת הליכי יצירת נורמות המושתתים על עקרון השוויון הפורמלי שבין מדינות ריבוניות ועל האוטונומיה המקצועית-בירוקרטית של ארגונים בינלאומיים). לעומתה, הבחירה להשתמש באמצעי כפייה ותמרוץ כלכליים (כגון התניית תנאים לקבלת סיוע חוץ) מספקת לממשל האמריקני השפעה מרבית על תוכנן של המחויבויות הנורמטיביות שאליהן כפופות מדינות אחרות, גם כאשר מחויבויות אלה אינן מעוגנות במפורש במקורות הפורמליים של המשפט הבינלאומי אלא מתבססות על פרשנותה החד-צדדית של ארצות הברית.⁸⁶ בתחום הפיקוח על מדיניות הקניין הרוחני של מדינות זרות, למשל, הכללתן של דרישות בתחום האכיפה הפלילית כתנאי לקבלת סיוע חוץ אפשרה לארצות הברית לאלץ מדינות אחרות לאמץ סטנדרטים מחמירים יותר של הפללה וענישה מאלה שעוגנו בהסכם ה-TRIPS.⁸⁷ במהלך זה שאבה ארצות הברית מחד הון סימבולי באמצעות עיגון תביעותיה ממדינות אחרות בהוראות ההסכם הבינלאומי, ומאידך כפתה פרשנות מרחיבה יותר של נורמות ההפללה הבינלאומיות מזו שזכתה להסכמה בפועל בעת חתימת ההסכם.

אסטרטגיה שנייה להפצת נורמות גלובליות, המקודמת באמצעות החקיקה הפדרלית שתוארה לעיל, מבוססת על הפעלת תמריצים תדמיתיים כדי לעודד רפורמות ברמה המדינתית. חקיקה זו דורשת ממחלקת המדינה לדווח מדי שנה לקונגרס על מידת הציות של המדינות המבוקרות לסטנדרטים המינימליים של יישום מחויבויותיהן הבינלאומיות. דיווחים אלה אמורים לשמש לא רק בסיס להחלטות בנוגע להקצאת סיוע חוץ למדינות אלה, אלא גם מקור מידע המשפיע על תדמיתן הבינלאומית של המדינות המבוקרות ושעשוי לפגוע במאמצייהן להשתלב בשווקים פיננסיים גלובליים ובארגונים בינלאומיים מרכזיים. אסטרטגיה זו מבוססת על יכולתה הייחודית של ארצות הברית להשקיע משאבים ניכרים ביצירת מנגנוני איסוף וניתוח מידע על המצב המשפטי בעשרות מדינות ברחבי העולם. כך למשל, הדוח השנתי שמוציאה מחלקת המדינה בנושא סחר בבני אדם סוקר את מצב החקיקה והאכיפה ב-188 מדינות בהתבסס על נתונים ממקורות שונים, לרבות דיווחים רשמיים של ממשלות של

85 לצד קטגוריה זו ישנה קטגוריית ביניים (Tier 2 Watch List) של מדינות אשר אינן מיישמות את הסטנדרטים אך משקיעות מאמצים ליישמן, ושבעניינן מתקיימים תנאים נוספים (כגון מספר גבוה במיוחד של מקרי סחר במדינה).

86 Nico Krisch, *International Law in Times of Hegemony: Unequal Power and the Shaping of the International Legal Order*, 16(3) Eur. J. Int'l. L. 369 (2005)

87 PETER DRAHOS & JOHN BRAITHWAITE, INFORMATION FEUDALISM: WHO OWNS THE KNOWLEDGE ECONOMY? (2007)

מדינות שונות ודיווחים של גורמי חברה אזרחית במדינות אלה.⁸⁸ כמו כן, אסטרטגיה זו מתבססת על ההנחה כי ארצות הברית נהנית ממוניטין המאפשר לה לשפוט את המידה שבה מדינות אחרות מגשימות ערכים של שלטון החוק, של זכויות אדם ושל יעילות כלכלית. המשך המאמר יראה כי הנחה זו אינה מובנת מאליה, ומידת התממשותה החלקית עומדת לא פעם בבסיס הקושי של מנגנונים אלה להשפיע לא רק על החקיקה הפלילית הפורמלית אלא גם על דפוסי אכיפתה.

אסטרטגיה שלישית המקודמת באמצעות החקיקה הפדרלית שתוארה לעיל מבקשת להשפיע על מדיניות האכיפה הפלילית במדינות זרות באמצעות העצמת שחקנים פוליטיים מקומיים וצידום ככלי שכנוע יעילים כדי להשפיע על דעת הקהל ועל מעצבי המדיניות במדינה.⁸⁹ כך למשל, הדוחות שמפרסם הממשל האמריקני בתחום הסחר בבני אדם סיעו לאורך השנים לארגונים מקומיים הפועלים בתחומים של זכויות עובדים, של זכויות מהגרים ושל המלחמה בזנות להניע מהלכי חקיקה ואכיפה פלילית בכמה דרכים. מנגנון הפיקוח האמריקני מאפשר לארגוני החברה האזרחית הפועלים בתחומים אלה בישראל לרכוש לגיטימציה, ולחזק את התהודה הציבורית של טענותיהם בכך שהם מקשרים אותן עם תביעות נורמטיביות הזוכות לתמיכה ולעידוד בידי שחקנים מרכזיים בזירה הגלובלית. אומנם חלק מארגונים אלה מפרשים את פרקטיקות הכפייה המומשגות כסחר בבני אדם כנטועות במבנים רחבים יותר של ניצול קפיטליסטי, ודוגלים לפיכך בתפיסה רחבה יותר של שינוי חברתי מזו שהממשל האמריקני מבקש לעודד תוך התמקדות בענישת מקרי קצה ולא בשינוי מבני של גורמי העומק של ניצול תעסוקתי. ואולם, עצם יכולתם של ארגוני זכויות אדם להישען על השיח המוסרי שהממשל האמריקני מוביל בנושא זה מסייעת להם לקדם שינויי חקיקה. הדוח בנושא המאבק בסחר בבני אדם מתפרסם מדי שנה, ומתבסס על מעקב שוטף אחר מידת היישום של ההמלצות בשנה החולפת. עובדה זו מספקת לארגוני חברה אזרחית חלון הזדמנויות מועיל להבלטת הפערים שבין המלצות המדיניות לפרקטיקה הקיימת, ולקידום רפורמות כדי לשפר את דירוגה של המדינה בדוח השנתי הבא.⁹⁰ זאת ועוד, הדוח האמריקני בנושא סחר בבני אדם בנוי באופן המעודד השפעה מקומית זו, מכיוון שהוא מתבסס על שילוב מידע הנמסר מאת ארגוני חברה אזרחית במדינה המבוקרת לצד מידע רשמי הנמסר מאת רשויות המדינה.⁹¹ היבט זה של הדוח מאפשר לארגונים המייצגים קבוצות מוחלשות

U.S. Dep't of State, *Trafficking in Persons Report* (2019), <https://www.state.gov/wp-content/uploads/2019/06/2019-Trafficking-in-Persons-Report.pdf> 88

BETH A. SIMMONS, MOBILIZING FOR HUMAN RIGHTS: INTERNATIONAL LAW IN DOMESTIC POLITICS 127-154 (2009) 89

JUDITH KELLEY, SCORECARD DIPLOMACY: GRADING STATES TO INFLUENCE THEIR REPUTATION AND BEHAVIOR 21 (2017) 90

בהקשר זה ניתן לציין למשל את הדוח החשוב שפורסם ביוזמת מוקד סיוע לעובדים זרים: דפנה הקר ואורנה כהן המקלטים בישראל לנשים ולגברים שורדי סחר בבני אדם (מוקד סיוע לעובדים זרים וקש"ת, 2012) <https://hotline.org.il/wp-content/uploads/hebrew.pdf> 91

בזירה הפוליטית המקומית לחזק את מידת השפעתם מכוח מעורבותם בבניית התשתית העובדתית והפרשנית שעליה מסתמך הממשל האמריקני.⁹²

2. כיצד ניתן להסביר את אופני ההשפעה ואת מידת ההשפעה של הממשל האמריקני על פרקטיקות של הפללה וענישה בישראל?

מידת המובהקות של השפעתם של מנגנוני הפיקוח והתמרוץ האמריקניים על התפתחות החקיקה והאכיפה הפלילית בישראל אינה זהה בתחומי פעילותם השונים. נראה כי ההשפעה המובהקת ביותר מצויה בתחום הסחר בבני אדם. ברוח הראשון שהוציאה מחלקת המדינה האמריקנית בנושא בשנת 2001 דורגה ישראל בקטגוריה הנמוכה ביותר (דרגה 3), לצד מדינות כבחריין, קזחסטן וסודן.⁹³ הדוח ציין כי ישראל הייתה יעד מרכזי להברחת קורבנות סחר למטרות זנות, וכי על אף חקיקתה של עבירה פלילית ייעודית נגד סחר בבני אדם בשנה שקדמה לפרסום הדוח,⁹⁴ הרי המדינה נמנעה מלהקצות משאבים להתמודדות עם התופעה ונכשלה מלעמוד בסטנדרטים המינימליים שקבע הממשל האמריקני בנושא.

הביקורת החריפה שספגה ישראל שיקפה את האופן שבו המדינה הזניחה את סוגיית הסחר בבני אדם באותן שנים, כחלק מהדפוס הרחב יותר של היעדר אכיפה משמעותית נגד העוסקים בתעשיית שירותי המין.⁹⁵ כך למשל, בהנחיות אכיפה שפרסם פרקליט המדינה בשנת 1994 נקבע כי אכיפתן של עבירות זנות תוגבל למקרים הכוללים ניצול קטינים, הפרת

92 ניתן למצוא עדות מעניינת למודעותם של מעצבי המדיניות בישראל לכוח שרוכשים ארגוני חברה אזרחית באמצעות מנגנון הפיקוח האמריקני בתגובתם העוינת של נציגי המדינה לפעילות זו בשנים הראשונות לפעילותו של מנגנון זה. כך למשל, בישיבה של ועדת החקירה הפרלמנטרית לסחר בבני אדם, פנה שר המשפטים דאז מאיר שטרית לנציגת מוקד הסיוע לעובדים זרים בדברים הבאים: "אני רוצה לומר ביושר – אני לא מוצא שום הצדקה להכללתה של ישראל ברשימה השחורה של ארצות הברית... זה נבע לצערי הרב בעיקר מכל מיני השמצות של ישראלים שהופיעו שם בארצות הברית וטענו שהמדינה לא נותנת להם ולא מטפלת, אז מה הפלא? ... עם כל הכבוד לך ועם כל הכבוד לארגון שלכם – אתם גרמתם נזק למדינה בקונגרס האמריקני, זו בושה וחרפה, פשוט בושה וחרפה". פרוטוקול ישיבה 25 של ועדת חקירה פרלמנטרית בנושא סחר בבני אדם, הכנסת ה-15 (4.3.2002), https://www.nevo.co.il/law_html/law103/, sachar2002-03-04.htm

93 U.S. Dep't of State, *Trafficking in Persons Report* (2001), <https://2009-2017.state.gov/j/tip/rls/tiprpt/2001/3930.htm>

94 ס' 203-א-203 לחוק העונשין, אשר נוספו בחוק העונשין (תיקון מס' 56), התש"ס-2000, ס"ח 226 (מיום 21.7.2000).

95 הילה שמיר "גישות פמיניסטיות לרגולציה של הזנות: מבט אוהד על הפער שבין המשפט-על-יספר למשפט בפעולה" *מסדירים רגולציה: משפט ומדיניות* 121, 157 (ישי בלנק, דוד לוי-פאור ורועי קרייטנר עורכים 2016); נעמי לבנקרון סחר נשים בישראל: דו"ח עדכני 2001 5 (מוקד סיוע לעובדים זרים, 2001) <https://hotline.org.il/wp-content/uploads/TraffickingInWomen20011.pdf>

הסדר הציבורי או ביצוען של עבירות נוספות, ואילו סוגיית הסחר לא הוזכרה כלל.⁹⁶ אף שגם בהיעדר עבירה עצמאית של סחר בבני אדם היה אפשר להתמודד עם תופעה זו באמצעות אכיפת עבירות קיימות (כגון סרסרות וכליאת שווא), בפועל היה היקף האכיפה זניח על אף ההתרחבות הניכרת בהיקף התופעה לאורך שנות התשעים וחרף הביקורת שהופנתה כלפי ישראל בשנים אלה בדוחות של שחקנים גלובליים אחרים, כגון ארגון אמנסטי והוועדה לזכויות אדם של האו"ם.⁹⁷

השינויים שהתחוללו במדיניות הישראלית בשנים שלאחר כניסתו לפעולה של מגננון הפיקוח האמריקני התבטאו בגידול מידי וניכר בהיקף פעולות האכיפה הננקטות כלפי חשודים בעבירות סחר.⁹⁸ בעוד שבמהלך המחצית הראשונה של שנת 2001 בוצעו 25 חקירות משטרתיות בעבירות סחר, הרי במחצית השנייה של אותה שנה (לאחר פרסום הדוח בחודש יולי) עלה מספר החקירות ל-351.⁹⁹ בחודש ינואר 2002 הוציא פרקליט המדינה הנחיות חדשות, המדגישות את הצורך להקדיש תשומת לב מיוחדת לאכיפה הנוגעת לעבירות של סחר בבני אדם למטרות זנות.¹⁰⁰ במקביל הובילה הביקורת האמריקנית להגברת מאמצי החקיקה בנושא. בשנת 2006 נכנס לתוקפו חוק איסור סחר בבני אדם (תיקוני חקיקה), התשס"ז-2006, הכולל תיקונים לחוק העונשין והקובע עבירות חדשות של החזקה בתנאי עבדות וסחר בבני אדם למטרות נוספות.¹⁰¹ גם בתחום ההפלה של סימני מסחר, הכללתה של ישראל ב"רשימת ההשגחה המיוחדת", שאליה משתייכות המדינות הנכשלות בצורה החריפה ביותר בהגנה על זכויות יוצרים במסגרת הדוח השנתי שמפרסם משרד הסחר האמריקני, שימשה זרז לשינויי חקיקה בדין המקומי.¹⁰² צעדים אלה פעלו לצד התמריצים המטריאליים והתדמיתיים שנסקרו בפרק הקודם בהקשר של ההצטרפות לארגון הסחר העולמי (WTO) ולארגון הקניין הרוחני הבינלאומי (WIPO) כדי להניע את השינויים שאומצו בתחום זה בדין המקומי.¹⁰³

96 ראו דיון אצל יוסי דהאן ונעמי לבנקרון "סחר בבני אדם בישראל בחסות שלטון החוק" תיאוריה וביקורת 9, 28 (2004).

97 אמנסטי אינטרנשיונל (הסניף הישראלי) אשה – סחורה: הפרות זכויות אדם של נשים הנסחרות ממדינות ברית המועצות לשעבר לתעשיית המין בישראל (2000).

98 Janet Halley, Prabha Kotiswaran, Hila Shamir & Chantal Thomas, *From the International to the Local in Feminist Legal Responses to Rape, Prostitution/Sex Work, and Sex Trafficking: Four Studies in Contemporary Governance Feminism*, 29(2) HARV. J. L. & GENDER. 335 (2006).

99 דהאן ולבנקרון, לעיל ה"ש 96, בעמ' 25.

100 שם, בעמ' 28.

101 חוק איסור סחר בבני אדם (תיקוני חקיקה), התשס"ז-2006, ס"ח 2. העבירות שנוספו מעוגנות בסעיף 375 וסעיף 377 לחוק העונשין.

102 ראו למשל: Ambassador Ronald Kirk, Office of U.S. Trade Rep., *Special 301 Report 29* (2011), http://www.sice.oas.org/ctyindex/USA/USTR_Reports/IP_301_Report_2011.pdf.

103 לדיון בשינויים שנערכו בשנים אלה בדין הישראלי, ראו ה"ש 45 והטקסט הצמוד לה.

ניתן להיעזר בגישות תאורטיות בחקר היחסים הבינלאומיים כדי להציע הסברים אפשריים לאופי ההשפעה של אסטרטגיות הפיקוח והתמרוץ האמריקניות על המשפט הפלילי הישראלי. נקודת הפתיחה הטבעית למהלך זה מצויה בשדה התאורטי של הגישה הריאליסטית, הרואה בקליטתן של נורמות בינלאומיות במשפט המדינתי תוצר של אינטרסים המעוצבים בידי יחסי כוח בין-מדינתיים.¹⁰⁴ מנקודת מבט זו, נכונותם של מעצבי המדיניות בישראל לאמץ שינויים בדין הפלילי המקומי נובעת מתחשיב תועלתני, המשקלל את הנזק שצפוי להיגרם מהפעלת תג המחיר הפוליטי והכלכלי שהממשל האמריקני מצמיד להימנעות מאימוצן של המלצות הרפורמה שלו אל מול האינטרסים המקומיים התומכים בהתמדה במדיניות ההפלה הקיימת. המסר הברור שהעביר הממשל האמריקני בהכללתה של ישראל ברשימה השחורה בתחומי הסחר בבני אדם והקניין הרוחני חידד את הצורך באימוץ הרפורמות הנדרשות כדי להימנע מספיגת סנקציות. חשיבותו של צורך זה גדולה במיוחד בהקשר הישראלי, שבו הסיוע האמריקני מהווה נדבך מרכזי בכלכלה המקומית ותמיכתה המדינית של ארצות הברית בפורומים בינלאומיים נתפסת כבעלת חשיבות מכרעת בקידום יחסי החוץ של המדינה.¹⁰⁵ לעומת זאת, ייתכן שהעובדה שישראל לא זוהתה בידי מנגנוני הפיקוח האמריקניים כמדינה שעשויה להיות חשופה לסנקציות בתחום האכיפה הפלילית של עבירות סמים מסייעת להסביר את מרחב התמרון הרחב יחסית שעמד לרשות ישראל בתחום אי-ההפללה של קנבים בשנים האחרונות, בייחוד על רקע הקשיים שבהם נתקל הממשל הפדרלי בעידן של לגליזציה גוברת של צריכת קנבים ושיווקו במדינות שונות בארצות הברית עצמה.¹⁰⁶ פרשנות ריאליסטית זו אינה נעדרת כוח הסברי. עם זאת ייתכן שאימוצה מוביל להערכת יתר של חשיבות הפן הכוחני של מנגנוני ההשפעה האמריקניים. מעקב אחר דפוסי היישום של מנגנוני הפיקוח והתמרוץ האמריקניים מלמד, כי בפועל ארצות הברית ממעטת להשתמש באפשרות להטיל סנקציות על מדינות הנכללות ברשימה השחורה. מנגנון הפיקוח האמריקני בתחום הסחר בבני אדם זוכה לעיתים קרובות לביקורת על כפיפותו לשיקולים רחבים של יחסי חוץ, תוך שהממשל נמנע מלהטיל סנקציות על מדינות ידידותיות הנכשלות בעקביות מלעמוד בסטנדרטים המינימליים, ומייחד את השימוש בכלי זה למדינות שארצות הברית מצויה עימן ביריבות פוליטית.¹⁰⁷ גם בתחום הקניין הרוחני הממשל האמריקני נמנע בעקביות מלהשתמש בסמכותו לנקוט סנקציות מסחריות (כגון ביטולן של הטבות מכס) כדי לתמרץ את המחוקק הישראלי ליישם את המלצותיו, והעדיף לפעול בערוצים דיפלומטיים רכים יותר. לאור ממצאים אלה נראה שההסתברות להטלתן של סנקציות על ישראל, המשמשת

104 לדיון בהנחות המוצא של הגישה הריאליסטית, ראו: Richard H. Steinberg, *Wanted – Dead or Alive: Realism in International Law*, in INTERDISCIPLINARY PERSPECTIVES ON INTERNATIONAL LAW AND INTERNATIONAL RELATIONS: THE STATE OF THE ART 146 (Jeffrey Dunoff & Mark Pollack eds., 2012).

105 אורי רם ה"ג הגדולה: מקדונלד'ס והאמריקניזציה של המולדת" תיאוריה וביקורת 23, 179, DYNAMICS OF DEPENDENCE: U.S.-ISRAELI RELATIONS (Gabriel Sheffer; (2003) 199-198 .ed., 2019).

106 Aaronson, לעיל ה"ש 62, בעמ' 94.

107 Kelley, *Scorecard Diplomacy*, לעיל ה"ש 90, בעמ' 80-81.

בת־ברית מרכזית של ארצות הברית, היא נמוכה יחסית, וספק אם איום היפותטי זה היה הסיבה המרכזית לשינויי המדיניות הניכרים שנרשמו בתחומים אלה.

לנוכח הדברים נראה, כי הניסיון להסביר את אופני ההשפעה של מנגנוני הפיקוח והתמרון האמריקניים על הדין הפלילי בישראל אינו יכול להסתמך בלעדית על הנחותיה של התאוריה הריאליסטית. בעוד שהתאוריה הריאליסטית מתמקדת בהשפעת האיום להפעיל מקלות וגזרים מטריאליים ותדמיתיים על מעצבי המדיניות, היא מחמיצה דרכי השפעה נוספות, המושגות באמצעות השימוש האסטרטגי בפרקטיקות תיוג וכיוש ובאמצעות הכלים שמנגנון הפיקוח האמריקני מספק לשחקנים מקומיים. באשר לדרכי השפעה אלה נראה כי ניתן להפיק תועלת פרשנית רבה מהסתייעות בתובנות שמציעה הגישה הקונסטרוקטיביסטית, המדגישה כי הקליטה של נורמות בינלאומיות במשפט המדינתי אינה מושפעת בראש ובראשונה בידי אינטרסים כלכליים ופוליטיים אלא בידי מרכיבי זהות תרבותית.¹⁰⁸ נדמה כי לנקודת המבט הקונסטרוקטיביסטית יש רלוונטיות מיוחדת בהקשר הישראלי, שבו, כפי שטוען הסוציולוג אורי רם, מוטיבים סימבוליים אמריקניים משמשים מוקד הזדהות וחקיקי מרכזי במגוון רבדים של העשייה הפוליטית, העסקית והצרכנית במדינה, ובכך רוכשים השפעה מעצבת על תודעת הפרטים.¹⁰⁹

לשיטתה של הגישה הקונסטרוקטיביסטית, הכללתה של ישראל ברשימה השחורה בדוחות המעקב שפרסם הממשל האמריקני בתחומי הסחר בבני אדם והפרות קניין רוחני הניעה שינוי במשפט הישראלי. שינוי זה בא לידי ביטוי בחידוד הציפיות הנורמטיביות אשר לאורן נבחנת הלגיטימיות של מדיניות ההפללה הישראלית, ובהבהרת האופן שבו המדיניות הישראלית נכשלת מלעמוד בסטנדרטים הבסיסיים המקובלים על מועדון המדינות שישארל שואפת להיות חברה בו. על פי פרשנות זו, המניע המרכזי לאימוצן של הרפורמות המיישמות את המלצות המדיניות האמריקנית בישראל לא נבע מן החשש האינסטרומנטלי מסנקציות כלכליות; הוא נבע מן המבוכה שחשו שחקנים פוליטיים מקומיים לנוכח הכללתה של ישראל ברשימות שחורות שפרסם הממשל האמריקני, ומשאיתם להשתמש ברפורמות כדי לשקף ולבטא את הזדהותה של החברה הישראלית עם הערכים הליברליים שרפורמות אלה מייצגות. בניגוד לגישה הריאליסטית, המתמקדת בתחשיבי האינטרסים שממשלות מבצעות כאשר הן שוקלות אם להיענות לתמריצים החיצוניים המוצבים בפניהן, הגישה הקונסטרוקטיביסטית מסייעת להסביר כיצד השפעתם של השיקולים התדמיתיים מחלחלת למסגרות החשיבה של שחקנים משפטיים ופוליטיים. כך למשל, בתחום הפרת זכויות יוצרים, ניכרת נכונות של שופטים להתייחס להכללתה של ישראל ברשימות השחורות של משרד הסחר האמריקני כשיקול המצדיק החמרה בענישה במקרים פרטניים. כפי שנימקה השופטת דבורה ברלינר מבית המשפט המחוזי בתל אביב, "מדינת ישראל הפכה לאימפריה בתחום זה, ונכללת ברשימה השחורה של המדינות בהן מפרים זכויות יוצרים. אין צורך להבהיר כי לא זה התחום שמדינת

Thomas Risse & Kathryn Sikkink, *The Socialization of International Human Rights Norms into Domestic Practice: Introduction*, in *THE POWER OF HUMAN RIGHTS: INTERNATIONAL NORMS AND DOMESTIC CHANGE 1* (Thomas Risse, Steve Ropp & Kathryn Sikkink eds., 1999).

109 רם הגלובליזציה של ישראל, לעיל ה"ש 77, בעמ' 198-202.

ישראל צריכה ושואפת להצטיין בו".¹¹⁰ כמו כן, מכיוון שהגישה הקונסטרוקטיביסטית אינה מתמקדת בהיבטי הכפייה והתמרוץ של מנגנוני ההשפעה האמריקניים אלא ביכולתם לעצב ציפיות נורמטיביות, נראה שהיא מחזיקה בכוח הסברי רב יותר באשר להשפעה העקיפה של ארצות הברית בתחומים שבהם היא בוחרת לפעול דרך נתיבי השפעה מולטילטרליים (כך למשל תחום המלחמה בשחיתות), ובתחומים שבהם ישראל מעולם לא זוהתה כמועמדת להטלת סנקציות (כך למשל תחום הסמים).

עם זאת גם הגישה הקונסטרוקטיביסטית אינה חפה ממגבלות מבחינת כוחה ההסברי באשר ליישום המלצות המדיניות של הממשל האמריקני במשפט הפלילי המקומי. בעידן הנוכחי, סנטימנטים אנטי-אמריקניים וספקות רווחים באשר למהיבנותה של ארצות הברית עצמה לערכים ליברליים פוגעים במידה שבה הביקורת שהיא מפנה כלפי מדינות אחרות אכן נתפסת כבעלת משקל מוסרי. החלתה של הגישה הקונסטרוקטיביסטית בעידן זה מחייבת לפיכך בחינה ביקורתית של התממשות הנחת היסוד בדבר יכולתו של הממשל האמריקני לעצב ציפיות נורמטיביות המשפיעות על התנהגותם של גורמי חקיקה ואכיפה במדינות זרות. בעוד שהקמפיין נגד סחר בבני אדם מהווה נקודת מפגש לכווחות פרוגרסיביים ושמרניים, תוך שהוא זוכה לתמיכה הן מצד ארגוני זכויות אדם והן מצד המצדדים בהרחבת הסמכויות המדינתיות בתחום ההגירה והפשע, ¹¹¹ הרי בתחומים אחרים המדיניות האמריקנית זוכה לביקורת פנימית ובינלאומית נרחבת נגד סמכותה המוסרית לבקר מדינות שאינן מוכנות לאמץ את המלצות המדיניות שלה. בישראל בלטה בהקשר זה המחלוקת סביב אמינותם של הגינויים שספגה המדינה מהממשל האמריקני בתחום ההגנה על קניין רוחני. בעוד שגינויים אלה השפיעו על החקיקה ועל הפסיקה במדינה, היו מי שפטרו את הביקורת האמריקנית כלא-אמינה וכמוכוונת לקידום האינטרסים של תאגידים אמריקניים המתחרים בחברת טבע בשווקי פארמה גלובליים.¹¹² ככל שביקורת זו קונה אחיזה בתודעה הציבורית, היא

110 ע"פ (מחוזי ת"א) 70043/08 יוחננוב נ' מדינת ישראל, פס' 5 לפסק דינה של השופטת ברלינר (נבו) 30.6.2008. ניתן לזהות בפסיקה התייחסויות דומות לצורך להחמיר את הענישה כדי לשפר את תדמיתה הבינלאומית של ישראל לנוכח הכללתה של המדינה ברשימה השחורה של הממשל האמריקני. ראו למשל: ת"פ (שלום רמ') 3045/08 מדינת ישראל נ' שם טוב, 2-3 (נבו) 9.12.2010 ("חומרה יתרה רואה אני בעבירות של הפרת זכויות יוצרים זאת נוכח העובדה כי יש בביצוען משום הוצאת דיבתה של ישראל לרעה בקרב הקהילה הבינלאומית. נפירותן של עבירות אלו בישראל הביאה לכך שיצא שמה לרעה מה שגרם וגורם לנזקים בהתקשרויות המסחריות עם מדינות אחרות"); ע"פ (מחוזי ת"א) 71833/07 זיונץ נ' מדינת ישראל, 2 (נבו) 3.3.2008. ("למרבח הצער, מדינת ישראל נחשבת כ'אמפריה' של זיופים של מוצרים שונים, דבר שגורם למדינה לא רק נזק כלכלי אלא אף נזק תדמיתי וסיכון לפגיעה ביחסיה עם מדינות אחרות"). להנמקה דומה להצדקת ההחמרה בעונשו של נאשם בעבירת סחר בבני אדם, ראו: תפ"ח (מחוזי ים-5) 5049/02 מדינת ישראל נ' חסון, פס' 14 לפסק דינו של השופט רביד (נבו) 13.11.2002.

111 Janie A. Chuang, *Rescuing Trafficking from Ideological Capture: Prostitution Reform and Anti-Trafficking Law and Policy*, 158 U. Pa. L. Rev. 1655, 1658 (2010)

112 ררור מתתיהו "ארה"ב מענישה את ישראל ללא סיבה" הארץ – כללי (25.5.2005) <https://www.haaretz.co.il/misc/1.1013369>; אלה לוי-וינריב "אנחנו ברשימה השחורה של הקניין

מקשה על הממשל האמריקני להתבסס על מנגנוני "עוצמה רכה" כדי להשפיע על תפיסות נורמטיביות רווחות בחברה המקומית.

הדיון הנוכחי הציג את ריבוי האסטרטגיות שהממשל האמריקני מפעיל כדי להניע רפורמות במשפט הפלילי המקומי של מדינות זרות ואת מגבלות כוחן ההסברי של גישות פרשניות הנשענות על תאוריות בולטות, כגון התאוריה הריאליסטית והקונסטרוקטיביסטית. כל אלה מצדיקים לככר גישה פלורליסטית המשלבת רכיבים ממסגרות תאורטיות שונות, תוך בחינת האופן שבו המאפיינים של מקרי מבחן קונקרטיים (כך למשל מידת ההסתברות להפעלתן של סנקציות והמשקל המוסרי המיוחס לעמדתו של הממשל האמריקני בקרב האוכלוסייה המקומית) משפיעים על המשקל הפרשני שיש לתת להסברים השונים. הפרק הבא יראה, כי לשאלות פרשניות אלה באשר למידת ההשפעה היחסית של כוח כלכלי-פוליטי אל מול הכוח לעצב ציפיות נורמטיביות יש נפקות גם כאשר מבקשים להעריך את הלגיטימיות של השינויים המתחוללים במשפט הפלילי הישראלי בעקבות מאמצי ההשפעה האמריקניים.

ג. השפעת משטרי הפללה גלובליים על מידת ההגשמה של תכליות המשפט הפלילי

נקודת מוצא מקובלת לבחינת ההצדקה הנורמטיבית להטלתם של איסורים ושל עונשים פליליים בחברה דמוקרטית מבוססת על זיהוין של התכליות החברתיות שהמשפט הפלילי נועד להגשים, ועל בחינת האופן שבו הליכי היצירה והאכיפה של איסורי הדין הפלילי מאפשרים להגשים תכליות אלה.¹¹³ הדיון ארוך השנים בשאלה של תכליות המשפט הפלילי התמקד באופן מסורתי בפולמוס שבין שתי עמדות קוטביות: מחד, עמדה (הנשענת על תפיסות דאונטולוגיות ואקספרסיביות) הרואה במשפט הפלילי מוסד חברתי שתכליתו לשקף ולכוון גינוי ציבורי של התנהגויות שגויות מבחינה מוסרית; מאידך, עמדה (הנשענת על תפיסות תועלתניות) הגורסת כי מטרתו המרכזית של המשפט הפלילי היא להכווין התנהגות ולצמצם את שכיחותן של התנהגויות מזיקות או מסוכנות, בין היתר באמצעות הרתעה, שיקום ושליטת היכולת של עבריינים בכוח.¹¹⁴ התחזקות השפעתם של משטרי הפללה גלובליים על החקיקה ועל האכיפה הפלילית המדינתית מאירה את הצורך לחשוב על אחת השאלות

הרוחני כי מנסים לסרס אותנו" גלובס (6.5.2010) <https://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000557798>.

VICTOR TADROS, THE ENDS OF HARM: THE MORAL FOUNDATIONS OF CRIMINAL LAW 21-40 (2011).

114 הספרות העוסקת במחלוקת שבין הגישות היא ענפה במיוחד. לניסוח בולט של העמדה הגמולית-דאונטולוגית, ראו למשל: MICHAEL S. MOORE, PLACING BLAME: A THEORY OF THE CRIMINAL LAW (1997); לניסוח בולט של העמדה הגמולית-אקספרסיבית, ראו למשל: ANDREW VON HIRSCH, CENSURE AND SANCTIONS (1993); לניסוח בולט של העמדה התועלתנית, ראו למשל: Gary Becker, *Crime and Punishment: An Economic Approach*, 76 J. POL. ECON. 169 (1968). מובן שלצד תאוריות המתמקמות באופן מובהק במסגרת אחת הגישות, ישנן תאוריות המערבות יסודות גמוליים ותועלתניים. ראו למשל: H.L.A. HART, PUNISHMENT AND RESPONSIBILITY (1968).

המכוננות את מסגרת הדין של הצדדים הניצים במחלוקת על תכליות המשפט הפלילי: האם ובאיזו מידה יש להתחשב בערכים המוסריים ובשיקולים הרגולטוריים של ציבורים המצויים מחוץ למדינה כאשר מתקבלות החלטות בנוגע להפלתן של התנהגויות ולענישת מבצעה? האם לקהילה הפוליטית של אזרחי מדינת הלאום מוקנית זכות בלעדית לעצב את תוכני המשפט הפלילי במדינה, או שמא עידן הגלובליזציה יוצר מציאות חדשה שבה ראוי לאפשר לקהילות פוליטיות החוצות גבולות מדינתיים להשפיע השפעה משמעותית יותר על תהליכי ההגדרה והאכיפה של עבירות פליליות במשפט המדינתי? בפרק זה תיבחן שאלה זו בנוגע לשתי הפרדיגמות המתחרות באשר לתכליות המשפט הפלילי.

1. משטרי הפללה גלובליים ומטרות הגיוני המוסרי של המשפט הפלילי

יש הסבורים כי תכליתו המרכזית של המשפט הפלילי היא לשקף גינוי חברתי קולקטיבי של התנהגויות שגויות מן הבחינה המוסרית ולהבטיח גמול הוגן למבצעהן של התנהגויות אלה, במנותק משיקולים של תועלת עתידית שהאיסור הפלילי וצעדי הענישה הנקטים מכוחו צפויים להביא לחברה.¹¹⁵ תפיסה זו מעוררת את השאלה מיהו הקולקטיב שהמדינה פועלת בשמו כאשר היא מגדירה התנהגויות מסוימות כשגויות מבחינה מוסרית. התמודדות עם שאלה זו עומדת בבסיס התאוריה שגיבש הפילוסוף אנטוני דאף כדי להסביר את מקור הסמכויות השלטוניות שהמדינה מפעילה באמצעות המשפט הפלילי ואת מהותן.¹¹⁶ לדידו של דאף, סמכותה של המדינה להפעיל את אמצעי האלימות הממוסדת והטלת הקלון הייחודיים של המשפט הפלילי מושתתת על כך שהיא עושה זאת בשמה של קהילייה אזרחית שהחברות בה מטילה חובות מוסריות, אשר נועדו לאפשר את מימושם של הטובין המשותפים הייחודיים שקהילייה שכזו מספקת לחברה.¹¹⁷ תפיסה זו של המשפט הפלילי מתממשת באמצעות הליכי חקיקה, המאפשרים לחברי הקהילה הפוליטית להשתתף השתתפות פעילה בהגדרת החובות המוסריות אשר הפרתם פוגעת במרקם החיים האזרחיים המשותפים, ובאמצעות מיסודם של מנגנונים המבטיחים את האחוריות (accountability) של גורמי האכיפה בפני ציבור האזרחים. בניגוד לגישות דאונטולוגיות הגורסות כי סמכות ההפלה של המדינה מתבססת על אי-המוסריות האינטרניזית של ההתנהגות המופללת,¹¹⁸ גישה זו גורסת כי סמכות ההפלה של המדינה עשויה להיות מופעלת בצורה לגיטימית רק כאשר היא נטועה בתוך המסגרות המוסריות שהמדינה מספקת כדי לאפשר לאזרחיה להגיע להכרעות המשקפות את ערכיהם המוסריים המשותפים.

115 לדיון בתאוריות שונות לביסוס ההצדקה הגמולית של המשפט הפלילי, ראו: RETRIBUTIVISM:

.ESSAYS ON THEORY AND POLICY (Mark D. White ed., 2011)

.R.A. Duff, *Towards a Modest Legal Moralism*, 8 CRIM. L. PHIL. 217 (2014) 116

R.A. Duff, *Responsibility, Citizenship, and Criminal Law*, in PHILOSOPHICAL FOUNDATIONS 117

.OF CRIMINAL LAW 125 (R.A. Duff & Stuart P. Green eds., 2011) .לביקורת על עמדה זו,

ראו: VICTOR TADROS, *WRONGS AND CRIMES* 33-109 (2017)

118 ראו למשל: Paul Robinson, *Competing Conceptions of Modern Desert: Vengeful*,

.*Deontological, and Empirical*, 67(1) CAM. L.J. 145, 148 (2008)

מנקודת מבט זו אפשר לבקר את המגמות שנסקרו בפרקים הקודמים כחלק מתופעה כללית יותר של גירעון דמוקרטי, המתהווה בעקבות התחזקות השפעתם של מנגנוני ממשל גלובלי על המשפט המדינתי. אומנם ברמה הפורמלית משטרי הפללה גלובליים אינם מייתרים את חשיבותם של מוסדות המדינה כזירות חקיקה וככלי אכיפה. עם זאת יהיו מי שיטענו, כי הלגיטימציה הדמוקרטית שמשטרי הפללה גלובליים שואבים מכך שהם מסתמכים בהרחבה על חקיקה מדינתית היא חלולה, שכן מידת יכולתו של הציבור במדינה להשפיע בפועל על נוסח החקיקה ועל הפוסי אכיפתה היא מצומצמת למדי.¹¹⁹ לשיטתם, השימוש הנרחב בסנקציות כלכליות ובתמריצים פוליטיים כדי לעודד מדינות לאמץ מודלים של חקיקה ואכיפה פלילית המעוצבים בזירה הגלובלית מדלל את יכולתו של הציבור המקומי להכריע בצורה קולקטיבית אילו התנהגויות ראויות להיחשב כעבירות פליליות במדינה ומהו סטנדרט הענישה אשר ראוי להחילו בנוגע לעבירות אלה.

קושי זה מתחדד לאור האבחנה, כי חלק ניכר מההליכים המשמשים ארגונים בינלאומיים ומדינות הגמוניות בזירה הבינלאומית להפצה ולאכיפה של מודלים גלובליים של חקיקה פלילית רחוקים מלעמוד בסטנדרטים של שקיפות ושיתוף הציבור. קושי זה מופיע במלוא חריפותו כאשר אנו מאמצים את הפרספקטיבה הריאליסטית לפרשנות הגורמים המניעים את מעצבי המדיניות המקומיים לאמץ מודלים אלה. לעיתים קרובות, המלצות המדיניות לאמץ מודלים אלה מבוססות על הליכי קבלת החלטות, אשר אינם מתקיימים באופן פומבי ואשר נשלטים בידי קואליציות של פקידים ומומחים המכריעים בדילמות נורמטיביות סבוכות באופן המטשטש את ההשלכות הערכיות של החלטותיהם באמצעות שיח טכנוקרטי, המציג המלצות אלה כבעלות תוקף אובייקטיבי וא-פוליטי.¹²⁰ כפי שכותב ניקו קריש, הרחבת ההסתמכות על תהליכי קבלת החלטות ריכוזיים בידי ארגונים בינלאומיים ועל אימוצם של צעדים חד-צדדיים בידי הממשל האמריקני משקפת את התפיסה הגורסת, כי ההתמודדות עם אתגרי פשיעה חוצת גבולות בעידן הנוכחי מחייבת לעקוף את הדרישות ההליכיות המסורתיות של המשפט הבינלאומי; כמו כן היא מחייבת לכונן מסגרות חלופיות של יצירת נורמות המתאפיינות בהליכי קבלת החלטות גמישים יותר ומקילים יותר מבחינת ההסמכה להפעלת כוח בידי הגמונים גלובליים.¹²¹ אחד הרציונלים של הליכי החקיקה הקונבנציונליים במשפט הבינלאומי הוא לשקף את קיומה של הסכמה פנימית בקרב המדינות המכפיפות את עצמן לנורמות בינלאומיות – לא רק ברמה הפורמלית, אלא גם ברמה המהותית. מבחינה זו, הרחבת המעורבות של ארגונים בינלאומיים ושל הממשל האמריקני בעיצוב נורמות גלובליות של חקיקה ואכיפה פלילית חותרת במודע לצמצם את יכולתם של ציבורי אזרחים במדינות

119 חשוב להבהיר כי אף שטיעון זה מוצג כאן מנקודת מבט הבוחנת את הלגיטימיות של איסורים פליליים בנוגע לתקינות ההליכים שהובילו ליצירתם (input legitimacy), הרי לגירעון הדמוקרטי יש השלכות שליליות גם מנקודת מבט הבוחנת את יכולתם של איסורים אלה להשיג תוצאות חברתיות רצויות (output legitimacy). הטעם לכך הוא שמידת ההלימה שבין תוכני החקיקה הפלילית לתפיסות ציבוריות רווחות באשר למעמדה המוסרי של ההתנהגות המופללת משפיעה השפעה ניכרת על היקף האכיפה ואיכותה.

JENS STEFFEK, INTERNATIONAL ORGANIZATION AS TECHNOCRATIC UTOPIA (2021) 120

Krisch, *Decay of Consent*, לעיל ה"ש 6. 121

שונות להגיע להכרעות נורמטיביות שאינן עולות בקנה אחד עם האינטרסים הרגולטוריים של הגמונים גלובליים.

מנגד, אפשר לפרש חלק מן הדוגמאות שהוצגו בפרקים הקודמים כמעידות דווקא על יכולתם של משטרי הפללה גלובליים להוביל להעמקת הדין המתנהל ברמה המדינתית בנוגע לצורך להשתמש במשפט הפלילי ככלי לגינוי מוסרי (בייחוד אם הנטייה היא לאמץ את הפרשנות שמציעה הגישה הקונסטרוקטיביסטית להבנת המניעים המובילים לאימוץ מודלים גלובליים בחקיקה הפלילית המקומית). דוגמה אחת נוגעת לשינויים שאומצו בתחום הסחר בבני אדם בשני העשורים האחרונים. שינויים אלה הכירו בחובתה של מערכת המשפט להגן על נפגעי עבירה המשתייכים לאוכלוסיות שאינן זוכות להשפעה אפקטיבית על עיצוב ההסדרים המשפטיים המשליכים על נסיבות חייהן. התעלמותה של מערכת המשפט הישראלית מדפוסי האלימות והניצול של קורבנות סחר בתעשיית המין ובענפים נוספים בכלכלה הישראלית מדגימה את נטייתן המובנית של קהילות פוליטיות המתארגנות על בסיס סטטוס האזרחות המדינתית להדיר אוכלוסיות מהגרים מהשתתפות בעיצוב המדיניות הציבורית.¹²² בישראל נטייה זו מקבלת גוון ייחודי, על רקע השאיפה לשמר את מעמדם הלימינלי של מהגרי עבודה ולהציב חסמים בפני השתלבותם בקהילה הפוליטית, אשר הזהות היהודית היא מרכיב מרכזי בכינון תפיסתה העצמית.¹²³ התמסדותו של משטר ההפללה הגלובלי נגד סחר בבני אדם אילץ את מעצבי המדיניות בישראל להקצות משאבי חקיקה ואכיפה להגנה על אוכלוסיות אלה. האפקט המשמעותי של השפעה זו מתחדד על רקע הממצאים המעידים על אכיפת החסר שנרשמה בשנים אלה בנוגע להיבטים אחרים של תעשיית שירותי המין,¹²⁴ וכן בנוגע לדפוסים אחרים של אלימות כלפי מהגרים בתחומים שבהם אין פיקוח גלובלי על פעילותה של משטרת ישראל.¹²⁵

מבחינה תאורטית, ניתן לפרש מקרה בוחן זה כדוגמה ליכולתה של הגלובליזציה להוביל לשרטוט מחדש של גבולות הקהילה הפוליטית המשתתפת בניסוחם של איסורים פליליים מדינתיים. במסגרת שרטוט מחדש זה, ארגוני חברה אזרחית הפועלים במרחב הפוליטי הטרנס-לאומי (כך למשל, אקטיביסטים הפועלים לקידום יעדים של צדק מגדרי והגירתי בזירות ממשל גלובלי כגון הקונגרס האמריקני וארגון העבודה הבינלאומי) הניעו תהליכים של יצירת נורמות, אשר הובילו את המחוקק הישראלי לחדול מעצימת העיניים לנוכח מצוקתן של אוכלוסיות מהגרים המודרות מהשתתפות בקהילה הפוליטית המבוססת על השתייכות אזרחית למדינת לאום. במונח זה, הגלובליזציה לא רק מעצבת את השינויים המתחוללים בחברה הישראלית והיוצרים צורך בשינוי תוכני המשפט הפלילי (באמצעות האצה של מגמות הגירה שהובילו להשתלבותם של מבקשי מקלט ושל מהגרי עבודה החשופים

122 גיא מונדלק "עובדים או זרים בישראל? 'חוזה התשתית' והדפיציט הדמוקרטי" עיוני משפט כו 467, 423 (2003).

123 טלי קריצמן-אמיר "נרטיבים ושינוי חברתי בפסיקת בית המשפט העליון בעניין משטר האשרות החל על מהגרי-עבודה בישראל: מבג"ץ הכבילה לבג"ץ מהגרת-העבודה ההרה" משפט ועסקים יח 509, 522 (2014).

124 שמיר, לעיל ה"ש 95, בעמ' 157.

125 הרר דנציג-רוזנברג ונעמי לבנקורן "אלימות הגירתית" עיוני משפט לז 341 (2015).

במיוחד לסיכוני ניצול ואליםות),¹²⁶ אלא גם מעודדת את הפצתן הבינלאומית ואת קליטתן המקומית של צורות חשיבה מסוימות על המשמעויות הנורמטיביות של שינויים חברתיים אלה והפתרונות המשפטיים שהם מצריכים.¹²⁷

כפי שדוגמה זו ממחישה, במציאות פוליטית וחברתית המתאפיינת ברמה גבוהה של השפעה הדדית החוצה גבולות מדינתיים, אין מקום להניח הנחה גורפת כי קהילות פוליטיות המבוססות על גוף האזרחים המדינתי הן הפורום המיטבי להתדיינות קולקטיבית על האופן שבו יש להשתמש במשפט הפלילי כדי להגשים את תכליתו ככלי לגינוי מוסרי. אכן, הספרות בנושא קהילות פוליטיות מספקת בסיס פורה לחשיבה החורגת מההנחות הווסטפליאניות, המתנגדות למעורבותם של "יזמים נורמטיביים" הפועלים מחוץ למדינה בהנעת שינויים במשפט הפלילי המקומי. ספרות זו מדגישה את האופן שבו היווצרותן והתפתחותן של קהילות פוליטיות מתבססת על מערכות סימבוליות שאינן מוגבלות באמצעות מיקום וקרבה פיזית.¹²⁸ כפי שהראה בנדיקט אנדרסן בספרו הקלאסי "קהילות מדומיינות", גם הקהילה הפוליטית המושגת על סטטוס אזרחי במדינת לאום מתבססת על מערכות סימבוליות המכוננות אתוס של סולידריות ושל זהות קולקטיבית בין זרים החשופים לתהליכי חיברות (סוציאליזציה); תהליכים אלה מעניקים משמעות מלכת ליחסי הגומלין הכלכליים, הדמוגרפיים והתרבותיים שביין הקבוצות השונות המרכיבות את הקהילה, גם כאשר מציאות היחסים שביניהן כוללת ממדים של ניצול ושל אי-שוויון.¹²⁹ תובנה זו סייעה להפרות את הכתיבה המצביעה על אפשרויות ההתפתחות של קהילה פוליטית אוניברסלית, המקנה לבתי משפט פליליים בינלאומיים את הסמכות להעניש את מבצעייהן של פשעי מלחמה ושל פשעים נגד האנושות במקרים שבהם הוכח כי המדינה הרלוונטית אינה מסוגלת או אינה מעוניינת לנהל הליך פלילי ראוי.¹³⁰ ואולם בהשוואה לכתיבה זו בתחום המשפט הפלילי הבינלאומי, האפשרויות התאורטיות הגלומות במושג "קהילות פוליטיות" טרם פותחו בצורה מספקת כאשר למשפט הפלילי הטרנס-לאומי, שאינו מתבסס על יצירת חלופות על-לאומיות למנגנוני המשפט הפלילי של המדינה אלא על תמרוצן של ממשלות מדינתיות להרחיב את השימוש בכלי המשפט הפלילי המקומי.

דאף סבור כי הגינוי המוסרי של המשפט הפלילי המדינתי חייב להתבסס על תהליכי התדיינות קולקטיבית של אזרחי המדינה. בניגוד לעמדתו, ניתן לטעון כי בעידן המתאפיין במעבר נרחב של בני אדם, של סחורות ושל הון באופן החוצה גבולות מדינתיים נוצר בסיס להתפתחותן של קהילות פוליטיות טרנס-לאומיות המגבשות רעיונות מלכדים סביב החשיפה המשותפת של חבריהן לסיכונים אקולוגיים, ביטחוניים ופיננסיים הנטועים במציאות

126 אדריאנה קמפ ורבקה רייכמן עובדים וזרים (2007).

127 בהקשר זה, ראו למשל: מעין סודאי "פמיניזם משילותי בישראל: פונדקאות כמקרה מבחן" **מעשי משפט** ט 55 (2018).

128 ANTHONY P. COHEN, *THE SYMBOLIC CONSTRUCTION OF COMMUNITY* (1985).

129 בנדיקט אנדרסן *קהילות מדומיינות* (דן לאור מתרגם) (1999).

130 על היחס שביין המודל המדינתי למודל האוניברסלי של קהילה פוליטית, ראו: בילסקי "בין סמכות שיפוט טריטוריאלית לאוניורסלית", לעיל ה"ש 11.

הגלובלית.¹³¹ מנקודת מבט זו, ניתן לראות בפעילותן של רשתות טרנס-לאומיות של רגולטורים ושל מומחים ובדיאלוג הטרנס-לאומי המתפתח בין בתי משפט מדינתיים¹³² דוגמאות לאופן שבו שחקנים הפועלים במסגרת מוסדות הממשל והחברה האזרחית של מדינה מסוימת עשויים לפעול מתוך מחויבות מקצועית ואתית לקידום רווחתן של אוכלוסיות שאינן משתייכות לגוף האזרחים המדינתי. רשתות טרנס-לאומיות אלה רוכשות השפעה על בסיס הכרה בחשיפה המשותפת לסיכונים הנובעים מן האופי חוצה הגבולות של רבות מהפעילויות החברתיות המתקיימות במציאות הגלובלית שבה אנו חיים.¹³³

מפרספקטיבה זו, הביקורת הגורסת כי השפעתם של משטרי הפללה גלובליים מובילה בהכרח לשחיקת היכולת להגשים את התכלית המוסרית של המשפט הפלילי מושתתת על הנחות מוצא הרואות במדינת הלאום את הפלטפורמה הטבעית לזיהוי הערכים החברתיים שהמשפט הפלילי נועד להגן עליהם. ביקורת זו נטועה בגישה שתיאר הסוציולוג הגרמני אולריך בק כ"לאומיות מתודולוגית" (methodological nationalism). גישה זו נוטה להיות עיוורת לאופן שבו הצבתה של מדינת הלאום כיחידת הניתוח הבסיסית של שאלות הנוגעות ללגיטימיות של המדיניות הציבורית אינה מותאמת למציאות שבה חלק ניכר מהאזרחים שעומים מתמודדות מדינות הם בעלי אופי חוצה גבולות, ומחייבים חשיבה מעמיקה על האופן שבו חוקים מדינתיים משליכים על זכויותיהן של אוכלוסיות המצויות מחוץ לגבולות המדינה.¹³⁴ כמו בכל קהילה פוליטית, היכולת להשפיע על המדיניות הפלילית של מדינות אינה מוקצית באופן שוויוני בין כלל המשתתפים בתהליכי העיצוב של המדיניות הציבורית. כפי שראינו מוקדם יותר, היכולת של הממשל האמריקני ושל ארגונים בינלאומיים מסוימים להשפיע על מדיניות ההפללה והענישה של מדינות היא דיספרופורציונית יחסית לשחקנים אחרים הפועלים במסגרת קהילות טרנס-לאומיות. כך למשל, כאשר הממשל האמריקני בוחר ליצור רשימה שחורה בתחום מסוים של אכיפה פלילית ומאיים בסנקציות כלפי מדינות הנכללות בה, הוא לא רק מצייד ארגונים מקומיים בישראל בכלים יעילים כדי לתמרץ את מעצבי המדיניות לאמץ מודלים גלובליים של הפללה, אלא גם רוכש השפעה על האופן שבו ארגונים אלה מייצגים את הקושי המוסרי של ההתנהגות המופללת ומשרטטים את האמצעים הנדרשים כדי להתמודד עימו.

אכן, ייתכן שאילו הוענקה לקורבנות סחר בבני אדם השפעה משמעותית יותר על עיצוב השיח הנוגע למצבם, הם לא היו בוחרים לשים דגש על הצורך בהחמרת הענישה כלפי סוחרים אלא על ערוצי התמודדות חלופיים, כגון הרחבת רשת התמיכה הסוציאלית המוענקת להם וחיוזוק יכולתם לפעול באופן מאורגן בשווקי העבודה שבהם הם פועלים.¹³⁵ ואולם מנגד ניתן לטעון, כי ללא המעורבות הנרחבת של הממשל האמריקני ושל ארגון

EYAL BENVENISTI & GEORGE NOLTE, COMMUNITY INTERESTS ACROSS INTERNATIONAL LAW 131 (2018).

.Anne-Marie Slaughter, *A Global Community of Courts*, 44 HARV. INT'L L.J. 191 (2003) 132

Eyal Benvenisti, *Sovereigns as Trustees of Humanity: On the Accountability of States to Foreign Stakeholders*, 107 AM. J. INT'L L. 295 (2013) 133

אולריך בק קוסמפוליטיות: תיאוריה ביקורתית למאה ה-21 (איה ברזיר מתרגמת 2011). 134

Hila Shamir, *A Labor Paradigm for Human Trafficking*, 60 UCLA L. REV. 76 (2012) 135

העבודה הבינלאומי היו אקטיביסטים מקומיים מתקשים להגיע להישגים דומים בהגברת המודעות הציבורית לסבלם של קורבנות סחר ובהנעת שינויי חקיקה המבטאים גינוי של צורות האלימות שלהן הם חשופים. מעורבות בינלאומית זו מסייעת, אם כך, לקהילות פוליטיות המתבססות על אזרחות מדינתית לפרש את התפיסה הרואה במשפט הפלילי כלי לגינוי התנהגויות לא-מוסריות באופן המותאם למציאות גלובלית שבה ציבור הנפגעים הפוטנציאליים מן ההתנהגות המופללת אינו משתייך בהכרח לגוף האזרחים המדינתי. אך אין להתעלם מכך שמעורבות זו גם מטמיעה את ההנחות האידיאולוגיות הדומיננטיות בקרב שחקנים הגמוניים בזירה הגלובלית במסגרת המרקם התרבותי המקומי.

2. משטרי הפללה גלובליים והתכלית המניעתית-הרתעתית של המשפט הפלילי

גם כאשר אנו מבקשים להעריך את השפעתם של משטרי הפללה גלובליים מבעד לאספקלריה של גישות תועלתניות המתמקדות בתכליותיו המניעתיות-הרתעתיות של המשפט הפלילי, מתחדד הצורך בחשיבה מחודשת על התפיסה המקנה לקהילייה האזרחית המדינתית השפעה בלעדית על האופן שבו המדינה משתמשת בכלי ההפללה והענישה העומדים לרשותה. חשיבה מחודשת זו מבוססת על ההכרה בכך, שבעידן הגלובליזציה כישלון או אי-נכונות של מדינות מסוימות לנצל את כלי ההרתעה והמניעה של המשפט הפלילי המדינתי עשויים להגביר את חשיפתם של אזרחי מדינות אחרות לסיכונים שהמשפט הפלילי נועד לצמצם. כמו כן, כפי שמראים תומר ברודי ודורון טיימון, בהיעדר תיאום בין התגובות המשפטיות של מדינות שונות לנוכח פשיעה חוצת גבולות, גם ניסיונותיהן של מדינות מסוימות להגן על אזרחיהן באמצעות אימוץ חקיקה ואכיפה מחמירה אינן בהכרח מקדמות את יעד הצמצום של פשיעה זו מנקודת המבט הגלובלית. למעשה, החמרה שכזו מובילה לעיתים קרובות להתקת (displacement) הפעילות הפלילית לשטחן של מדינות אחרות, מבלי שהיא מצמצמת את הסיכונים שמעמידה פעילות פלילית זו בפני יציבותן של מערכות פיננסיות, פוליטיות ואקולוגיות גלובליות.¹³⁶ במציאות שבה נחלשת תקפותה של ההנחה בדבר קיומה של חפיפה בין המרחב שבו מדינה מסוימת מפעילה את סמכות השיפוט הטריטוריאלית שלה לבין המרחב הגאוגרפי שבו מצויות אוכלוסיות המושפעות ממעשיה וממחדליה, התפיסה הווסטפליאנית, המאפשרת לכל מדינה ריבונית לבצע תחשיב תועלתני משלה כדי לקבוע את הצורך בהפללתה של התנהגות מסוימת, ניצבת בפני אתגר משמעותי. משטרי הפללה גלובליים מספקים דרך אפשרית כדי למסד את השפעתם של ציבורים המצויים מחוץ למדינה על אופן השימוש של אותה המדינה בכלי החקיקה והאכיפה של המשפט הפלילי. על פי גישה זו, גם אם יצירתם של משטרי הפללה גלובליים מתבססת בצורה נרחבת על יחסי כוח כלכליים ופוליטיים בין מדינות, הרי משטרים אלה מספקים טובין ציבוריים גלובליים שמדינות אינן מסוגלות לספק לאזרחיהן ללא מיסודם של מנגנוני פיקוח על-לאומיים על פרקטיקות חקיקה ואכיפה מדינתיות.¹³⁷

136 Broude & Teichman, לעיל ה"ש 17.

137 לדיון ברציונל של טובין ציבוריים גלובליים בהצדקת מיסודם של משטרים בינלאומיים בתחומי

ביטחון, ראו: Krisch, "Decay of Consent", לעיל ה"ש 6.

הצדקות תועלתניות אלה של משטרי הפללה גלובליים מתבססות למעשה על ההנחה בת שני החלקים הבאים: (א) ההמלצות המותוות בידי משטרי הפללה גלובליים משקפות צעדי מדיניות שיעילותם מוכחת; (ב) יישומן בישראל צפוי להוביל לתוצאות רצויות דומות. ואולם, שני חלקיה של ההנחה אינם בהכרח מתקיימים בנוגע לחלק ניכר מן הרפורמות שאומצו בישראל בהשפעת שחקני ממשל גלובלי.

באשר לחלקה הראשון של ההנחה, הדיון בחלקים הקודמים של המאמר הראה כי הצלחתם של שחקני ממשל גלובלי לעצב סטנדרטים רגולטוריים אוטוריטיביים בתחום ההפללה והענישה נשענת במידה רבה על יכולתם לנצל יחסי כוח בין-מדינתיים כדי לאלץ או כדי לתמרץ מדינות לאמץ את המודלים המשפטיים הרצויים בעיניהן, ולא דווקא על שכנוע ענייני באשר ליתרונות המוכחים של מודלים אלה. דוגמה לכך הם המודלים שאומצו לאורך השנים בישראל ובמדינות אחרות בידי משטר ההפללה הגלובלי של סמים. מודלים אלה עודדו מדינות לנקוט אכיפה וענישה מחמירה גם כלפי משתמשים בסמים קלים (כגון קנביס), והניאו אותן מלאמץ התערבויות תרפויטיות שאינן בעלות אופי עונשי שנועדו לצמצם את הנזקים הנגרמים מסמים קשים. הדומיננטיות של הגישה האוסרנית בתחום הסמים אל מול גישות מתחרות המתמקדות בפתרונות לא-עונשיים מתחום בריאות הציבור לא נבעה מקיומן של ראיות אמפיריות מוצקות להצלחתה בארצות הברית או במדינות אחרות. אדרבה, החובות שהוטלו על מדינות להפיל שימוש בסמים קלים התבססו על הנחות קרימינולוגיות הנתונות במחלוקת עמוקה (כך למשל ההנחה כי השימוש בסמים קלים מהווה מקפצה לשימוש בסמים קשים), ואשר נכשלו בעקביות בצמצום היקף השימוש בסמים באוכלוסייה הכללית, ובייחוד בקרב בני נוער.¹³⁸ למעשה הייתה זו ההתרופפות בדומיננטיות של הגישה האוסרנית בתחום הסמים הקלים בארצות הברית עצמה – בעקבות אתגרים שהוצבו ברמה המדינתית והמוניציפלית לעומת המדיניות המסורתית של הממשל הפדרלי – אשר אפשרה למדינות אחרות לאמץ מודלים חדשים של אי-הפללה ולגליזציה, ולנצל את קשייו הפנימיים של הממשל הפדרלי בנושא כדי לבחון לראשונה את יעילותם של מודלים לא-אוסרניים של רגולציה סמים.¹³⁹ ייתכן של חזינו בהתרופפות דומה בתמיכתו של הציבור האמריקני בהסתמכות הנרחבת על המשפט הפלילי כדי להתמודד עם בעיות חברתיות אחרות (כגון הפרת סימני מסחר), היו נוצרים תנאים פוליטיים המאפשרים למדינות אחרות לבחור במודלים רגולטוריים שאינם עונשיים, ולהתנסות ביתרונות ובחסרונות היחסיים של מודלים אלה אל מול הפתרונות הענישתיים שהופצו לאורך העשורים האחרונים בידי משטרי הפללה גלובליים. זאת ועוד, גוף הולך ומתרחב של ספרות מציע, כי בחירתם של שחקני ממשל גלובלי לשים דגש על חיובן של מדינות להגביר את האכיפה הפלילית מובילה לא פעם לצמצום ההשקעה בערוצי מדיניות אחרים, שעשויים ליצור אפקט עמוק וארוך טווח יותר על הבעיות הרלוונטיות. כך למשל, הילה שמיר מציגה טיעון מקיף נגד התערופן של שימוש באמצעי ענישה במסגרת האג'נדה הנוכחית של המאבק בסחר בבני אדם, וטוענת כי ההתמקדות הנרחבת בחיזוקם של פתרונות עונשיים באה על חשבון ההשקעה בפיתוחם של כלי התמודדות חיוניים

Ethan A. Nadelmann, *Drug Prohibition in the United States: Costs, Consequences, and Alternatives*, 245 SCIENCE 939, 940 (1989).

Aaronson, לעיל ה"ש 62, בעמ' 94.

מתחומי משפט אחרים.¹⁴⁰ מדובר בין היתר על פתרונות כגון חיזוק יכולתם של עובדים מוחלשים להתאגד ולפעול באופן קולקטיבי בשוק התעסוקה, יצירתם של חוקים המסייעים לעובדים מוחלשים להשתחרר מתנאי תעסוקה נצלניים ומיסוד ערכים של אחריות חברתית בקרב תאגידיים וצרכנים. בתחום הסמים, מיסודן המתרחב בשני העשורים האחרונים של חלופות לגישה האוסרנית באירופה ובצפון אמריקה מעידות גם הן על פוטנציאל ההשגה של תוצאות רגולטוריות עדיפות על אלה שמצמיח המשפט הפלילי.¹⁴¹ מנקודת מבט זו, ייתכן שדווקא השבחים אשר ישראל זוכה להם במקרים של היענות ללחצים אמריקניים ובינלאומיים להגביר את השימוש בהפללה מסווים את הכישלון המתמשך לפתח מנגנונים רגולטוריים מקיפים יותר להתמודדות עם הבעיות החברתיות העומדות על הפרק.

גם חלקה השני של ההנחה נתון בספק. כפי שמלמד גוף נרחב של ספרות בנושא מורכבות היישום של שתלים משפטיים בהקשרים מקומיים, הרי גם אם מודלים של חקיקה ואכיפה פלילית הצליחו להשיג תוצאות רצויות במדינות זרות, הם לא בהכרח ייצרו אפקט רגולטורי דומה במסגרת האקלים התרבותי, המוסדי והפוליטי המובחן שבתוכו פועלת שיטת המשפט הישראלית.¹⁴² למעשה, הניסיון של שחקני ממשל גלובלי ליצור סטנדרטים רגולטוריים אוניברסליים, אשר לרוב מתבססים על מודלים שצמחו קודם לכן בארצות הברית ובכלכלות מפותחות אחרות, נוטה להערכת חסר של האופן שבו התנאים המקומיים שבתוכם מיושמים כללים משפטיים משפיעים על התוצאות החברתיות שכללים אלה מניבים.¹⁴³ כך למשל, אחת הביקורות הרווחות כלפי המודלים המשפטיים שמפיץ ארגון ה-FATF להפללת הלכנת הון ומימון טרור היא, שמודלים אלה מתבססים על תפיסה מאחידה (size fits all), המתעלמת מהאופן שבו מגוון מאפיינים מקומיים (כך למשל, המבנה של מערכת השירותים הפיננסיים במדינה, רמת ההתפתחות המוסדית של מנגנונים מקומיים של רגולציה פיננסית, דפוסי החשיפה של הכלכלה המקומית להשקעות זרות והשפעתם של סדרי עדיפויות מקומיים על הנכונות להקצות משאבי אכיפה למלחמה בהון השחור) משפיעים על אופי הכללים הרגולטוריים הנדרשים כדי להתמודד עם העברות הון לא-כשרות המתבצעות במדינה.¹⁴⁴ במצב זה אימוצה של חקיקה מקומית המיישמת את המודלים המקודמים בידי משטרי הפללה גלובליים אינה בהכרח תורמת להשגת המטרה של חיזוק מערכי האכיפה של מדינות אשר אינן מעוניינות או מסוגלות להילחם בהתנהגויות היוצרות נזק חוצה גבולות; ייתכן כי חקיקה זו אף משמשת ליצירת מראית עין של התקדמות, ובכך

140 Shamir, *Labor Paradigm*, לעיל ה"ש 135.

141 Caitlin Elizabeth Hughes & Alex Stevens, *What Can We Learn From the Portuguese Decriminalization of Illicit Drugs?*, 50 BRIT. J. CRIMINOLOGY 999 (2010)

142 ראו למשל: Inga Markovits, *Exporting Law Reform: But Will It Travel?* 37 CORNELL INT'L L.J. 95 (2004)

143 Ely Aaronson & Gregory Shaffer, *Defining Crimes in a Global Age: Criminalization as a Transnational Legal Process*, 46 L. & SOC. INQUIRY 455, 472-6 (2021); (Aaronson & Shaffer, *Defining Crimes*

144 J.C. SHARMAN & PERCY S. MISTRY, CONSIDERING THE CONSEQUENCES: THE DEVELOPMENT IMPLICATIONS OF INITIATIVES ON TAXATION, ANTI-MONEY LAUNDERING AND COMBATING THE FINANCING OF TERRORISM 125 (2008)

מצמצמת את הביקורת הבינלאומית ומאפשרת למדינה להנציח את דפוסי תת-האכיפה המאפשרים לפעילות הפלילית להתבצע בשטחה. למעשה יש מי שסבורים, כי קושי מסוג זה הולך ונחשף במציאות הישראלית בתחום ההתמודדות עם סחר בבני אדם. הרקע לכך הוא ממצאים המעידים על התעלמות הרשויות מבעיות מבניות ההופכות ענפים מסוימים בכלכלה הישראלית – ובהם ענפי החקלאות, הסיעוד והבניין – לחשופים במיוחד לתנאי ניצול קיצוני, על אף ההתקדמות בתחום תעשיית המין, הממקדת אליה את מרבית תשומת הלב.¹⁴⁵ האפשרות ששינויים במשפט הפלילי עלי ספר ישמשו בעיקר למטרות לגיטימציה, תוך ניצול קשיי הפיקוח של גופים בינלאומיים על פרקטיקות האכיפה היום-יומיות של כוחות השיטור המקומיים, היא נקודת תורפה טיפוסית של משטרי הפללה גלובליים.¹⁴⁶ נקודת תורפה זו היא העומדת לא פעם בבסיס הכישלון לצמצם את הפגיעה הנגרמת למערכות גלובליות של פעילות פיננסית, דמוגרפית או אקולוגית עקב קיומן של "חוליות חלשות" (או "איי תת-אכיפה") שאליהן מותקת (displaced) הפעילות הגורמת נזק חוצה גבולות, דווקא על רקע חיזוק מאמצי האכיפה במדינות אחרות.

סיכום

המשפט הפלילי הישראלי עובר בשנים האחרונות שינוי משמעותי, המתאפיין בהשפעה הולכת וגוברת של שחקני ממשל גלובלי על תוכני החקיקה הפלילית ועל דפוסי אכיפתה. המאמר סקר מגמה זו, ובחן את השאלות הנורמטיביות המתעוררות לנוכח האופן שבו היא מאתגרת את התפיסה רבת-ההשפעה הרואה במשפט הפלילי תוצר של הכרעות ערכיות המתקבלות בתוך המסגרות הפוליטיות והאזרחיות המדינתיות. המנגנונים הממסדים את השפעתם של שחקני ממשל גלובלי על המשפט הפלילי הישראלי מבוססים על אסטרטגיות שונות ומגוונות. חלקם מבוססים על יצירת אילוצים משפטיים, פוליטיים ותדמיתיים (כך למשל באמצעות הטלת חובות משפטיות ויצירת "רשימות שחורות" של מדינות הנכשלות בהתמודדות עם דפוסי פשיעה חוצי מדינות). חלקם מבוססים על יצירת תמריצים כלכליים להצטרף לארגונים בינלאומיים סלקטיביים ויקרתיים, ולשדר לשווקים גלובליים את מחויבותה של המדינה לנורמות מקובלות בתחומים של רגולציה כלכלית וזכויות אדם. חלקם שואפים לסייע בסוציאליזציה של שחקנים הפועלים במרחבי החברה האזרחית ומערכת הממשל המדינתית, ולרתום שחקנים מקומיים אלה לקידום קליטתם של מודלים גלובליים של חקיקה ואכיפה פלילית. לעיתים אותו מנגנון עצמו משרת כמה אסטרטגיות במקביל ופונה לקהלי נמענים שונים, תוך ניסיון ליצור אפקט סינרגטי בין אילוצים פוליטיים, תמריצים תדמיתיים והסתמכות על שחקנים מקומיים ליצירת שינוי תודעתי.

כפי שראינו לאורך המאמר, פעילותם של המוסדות הבינלאומיים ושל שחקני הממשל הגלובלי המעצבים את התפתחותו של המשפט הפלילי המדינתי נשענת על מבנים רחבים של הגמוניה פוליטית. מבנים אלה מאפשרים למדינות דומיננטיות בזירה הבינלאומית להתגבר על החסמים הנובעים מן התפיסה הווסטפליאנית המסורתית של מושג הריבונות,

145 קשתי, לעיל ה"ש 20.

146 Aaronson & Shaffer, *Defining Crimes* 146, לעיל ה"ש 143, בעמ' 478.

ולרכוש השפעה משמעותית על האופן שבו מדינות ברחבי העולם משתמשות בסמכויות ההפללה והענישה שלהן. מובן שיחסי הכוח הפוליטיים שעיצבו את המבנה של משטרי ההפללה הגלובליים אשר נסקרו במאמר אינם בלתי-הפיכים. למעשה כבר כיום ארצות הברית מתמודדת עם תהליכי שחיקה במעמדה ההגמוני במגוון זירות.¹⁴⁷ ארגונים בינלאומיים מרכזיים מתמודדים כיום עם אתגרי לגיטימציה משמעותיים גדולים: חלקם משקפים את הכולטות הציבורית הגוברת של ביקורות מסורתיות על הגירעון הדמוקרטי המאפיין את פעילותם;¹⁴⁸ חלקם נובעים מהתחזקות מגמות של בדלנות ושל פופוליזם לאומני;¹⁴⁹ וחלקם משקפים העדפה לפעול להשגת מטרות לאומיות ובינלאומיות באמצעים טכנולוגיים שאינם כבולים במגבלות הלגליסטיות והמוסדיות המעצבות את דפוסי פעילותם של ארגונים בינלאומיים.¹⁵⁰ עם זאת גם בראייה ארוכת טווח אני סבור כי יהיה זה משגה להמר על דעיכתה העתידית של המגמה שנסקרה במאמר זה, ולא רק על רקע ההתחזקות העכשווית של גישות הדוגלות בהנהגת יוזמות מולטילטרליות במדיניות החוץ שמוכיל ממשל ביידן בארצות הברית ועל רקע קריאות לחיזוקם של מוסדות בינלאומיים כחלק מלקחי ההתמודדות עם משברי הקורונה.¹⁵¹ למעשה, אפשר לומר כי גם הריאקציוניזם הפופוליסטי, שהתבטא בתופעות כגון עליית הטראמפיזם והברקזיט בעשור הקודם, לא בהכרח סיכן את המשך התפתחותם של משטרי הפללה גלובליים. הדבר נובע מכך, שמטרתם המרכזית של משטרים אלה (חיזוק ההתמודדות עם פשיעה חוצת גבולות) מאפשרת שילוב רעיוני של זרמים ליברליים התומכים בשיתופי פעולה בין-מדינתיים ושל זרמים סמכותניים (authoritarian) התומכים בחיזוק סמכויות השיטור והענישה של מדינות. עדות לכך ניתן למצוא במאמציו של ממשל טראמפ לחיזוק אמצעי הפיקוח והסנקציות בתחומים כגון סחר בבני אדם והברחות סמים, חרף התנגדותו להרחבת תחומי הפעילות של המשפט הבינלאומי במגוון הקשרים אחרים.¹⁵² ארגונים בינלאומיים מצידם עשויים לחזק את התמקדותם בנושאי פשיעה גם בתקופות שבהן הם נתקלים בקשיים לגבש תמיכה סביב פלטפורמות שאפתניות יותר של שיתוף פעולה בהתמודדות עם אתגרים אזוריים וגלובליים. כפי שהראתה הספרות הסוציולוגית במגוון הקשרים מדינתיים ובינלאומיים, קמפיינים העוסקים באיומי פשיעה ובפטרונות ענישתיים

William W. Burke-White, *Power Shifts in International Law: Structural Realignment and Substantive Pluralism*, 56 HARV. INT'L L.J. 1 (2015)

Robert Dahl, *Can International Organizations be Democratic? A Skeptic's View*, in DEMOCRACY'S EDGE 19 (Ian Shapiro & Casino Hacker-Cordon eds., 1999)

Mark Copelovitch & Jon C. Pehouse, *International Organizations in a New Era of Populist Nationalism*, 14 REV. INT'L ORG. 169 (2019)

Eyal Benvenisti, *Upholding Democracy Amid the Challenges of New Technology: What Role for the Law of Global Governance?* 29 EUR. J. INT'L L. 9 (2018)

Gregory Shaffer & David L. Sloss, *Introduction to the Symposium on the Biden Administration and the International Legal Order*, 115 AM. J. INT'L L. UNBOUND 40 (2021); כהן, לעיל ה"ש 66.

Joan Muwahed, *Trump Signs Executive Order Expanding Efforts to Combat Human Trafficking*, ABC NEWS (Jan. 31, 2020), <https://abcnews.go.com/Politics/anti-human-trafficking-groups-boycotting-ivanka-trumps-white/story?id=68615924>

מסייעים לשחקנים פוליטיים לגייס תמיכה ציבורית בהרחבת הסמכויות השלטוניות גם בעיתות של קיטוב פוליטי ושל קושי לגייס קונצנזוס סביב פרויקטים מלכדים אחרים. תורתם לכך יכולתם לעקוף מחלוקות אידאולוגיות הנוגעות לדילמות חלוקתיות, ולכך מחנות שונים סביב הצורך להתגונן מפני אויב משותף (אמיתי או מדומיין).¹⁵³ בהקשר הבינלאומי תוכנה זו מתחזקת על רקע האבחנה, כי סוג הדרישה הנורמטיבית שמשטרי הפללה גלובליים מציינים בפני מדינות כרוך בחיזוק יכולותיהן השיטוריות והענישתיות, ולפיכך זוכה לעיתים קרובות לתמיכה של גורמים בממסדי החקיקה והאכיפה המדינתית.¹⁵⁴ כמו כן, חשוב להוסיף כי למנגנוני ממשל גלובלי יש אינרציה מוסרית שעשויה לאפשר להם להמשיך ולפעול גם לאחר התערעורתם של יחסי הכוח שהובילו ליצירתם, ואף לנוכח ספקות מתמשכים באשר ליעילותם.¹⁵⁵ במובן זה, המגמה שתוארה במאמר זה היא "כאן כדי להישאר", אם כי ניתן לצפות לתנודות בתחומים ובאופנים שבהם היא תבוא לידי ביטוי.

השאלות הנורמטיביות שנבחנו במאמר זה, אם כך, אינן עומדות להתפוגג. במציאות חברתית המתאפיינת בהשפעה ניכרת של תהליכים דמוגרפיים, כלכליים ואקולוגיים המתרחשים במדינות שונות ובקיומן של עלויות שקועות בהנצחת מוסדות קיימים של ממשל גלובלי, שיטת המשפט הישראלית תמשיך להיות חשובה ללחצים לעצב דפוסים מקומיים של חקיקה ואכיפה פלילית בהתאם למגמות גלובליות בתחומים רגולטוריים שונים. כפי שהמאמר הראה, מגמה זו עשויה להוביל לרדודל השיח הציבורי באשר למידה שבה חקיקה ואכיפה פלילית בתחומים הרלוונטיים משקפת איזון נורמטיבי ראוי בין האינטרס הציבורי, זכויות נאשמים וחשודים וזכויותיהם של נפגעי עבירה. עם זאת במגמה זו טמון גם פוטנציאל חיובי יותר, הגלום באפשרויות שהיא פותחת להתגבר על כשלים הנובעים מן הזיקה המסורתית שבין המשפט הפלילי למדינת הלאום. המאמר הראה שפוטנציאל זה מתממש בהקשרים מסוימים שבהם משטרי הפללה גלובליים מסייעים לחדד את חובתה של המדינה להגן על נפגעי עבירה המודרים מהשתתפות אפקטיבית בזירה הפוליטית הישראלית ולצמצם את כוחן של קבוצות אינטרס מקומיות המצליחות לסכל מהלכי חקיקה ואכיפה פלילית שיש בהם כדי להיטיב עם אזרחי המדינה. כמו כן הראה המאמר, כי משטרי הפללה גלובליים מסייעים להפנות זרקור לאופן שבו אכיפת חסר פלילית משליכה לרעה על זכויותיהן ועל רווחתן של אוכלוסיות המצויות מחוץ לגבולות המדינה. היכולת לממש פוטנציאל חיובי זה אינה תלויה רק בחברה הישראלית. כך למשל, יכולתם של מעצבי המדיניות בישראל לפתח דיאלוג עם הציבור בנוגע להחלטות המתקבלות במישור הבינלאומי תלויה באופן שבו ארגונים בינלאומיים והממשל האמריקני יאמצו רמה גבוהה יותר של שקיפות באשר לשיקולים

153 ראו למשל: JONATHAN SIMON, GOVERNING THROUGH CRIME: HOW THE WAR ON CRIME TRANSFORMED AMERICAN DEMOCRACY AND CREATED A CULTURE OF FEAR, 106-10 (2007).

154 Marina Zaloznaya & John Hagan, *Fighting Human Trafficking or Instituting Authoritarian Control? The Political Co-Optation of Human Rights Protection in Belarus*, in GOVERNANCE BY INDICATORS: GLOBAL POWER THROUGH QUANTIFICATION AND RANKING 344 (Kevin Davis et al. eds., 2012).

155 Sally Engle Merry, *Conclusions: A Processual Approach to Transnational Legal Orders*, in TRANSNATIONAL LEGAL ORDERING OF CRIMINAL JUSTICE 369, 372 (Gregory Shaffer & Ely Aaronson eds., 2020).

המעצבים את הסטנדרטים הרגולטוריים שהם מחילים.¹⁵⁶ לולא אימוצם של שינויים אלה, יש חשש כי משטרי הפללה גלובליים ימשיכו לסבול מגירעון דמוקרטי גם כאשר הם מקדמים מטרות רגולטוריות רצויות כשלעצמן. האתגר שמציבה המציאות הגלובלית הוא לפתח את התשתית האזרחית והמוסדית המאפשרת לבנות קהילות פוליטיות חדשות, אשר יחליפו את התפיסה המסורתית, המעריכה את הלגיטימיות הדמוקרטית של המשפט הפלילי על סמך יכולתו לשקף את בחירותיהם של אזרחי מדינת לאום בתפיסה חדשה המותאמת לדפוס התלות ההדדית המאפיינים את יחסיהם של בני אדם ממדינות שונות במציאות גלובלית.

156 כמובן זה, עתידם של משטרי הפללה גלובליים קשור קשר הדוק לעתידו של המשפט המנהלי הגלובלי. ראו: Nico Krisch & Benedict Kingsbury, *Introduction: Global Governance and Global Administrative Law in the International Legal Order*, 17 Eur. J. INT'L L. 1 (2006).