

בית ספר הארי רדזינר  
למשפטים

אוניברסיטת  
רייכמן



**המאבק באנטישמיות והמשפט הבין-לאומי**

רובי סיבל

**כרך כה, תשפ"ב**



## המאבק באנטישמיות והמשפט הבין-לאומי

רובי סיבל\*

מהי מהות האנטישמיות והאם היא כוללת גם שואה של מדינת ישראל? אין אמנה בין-לאומית המתייחסת במפורש לאנטישמיות. קיימות כמה אמנות זכויות אדם המחייבות מדינות לפעול נגד הפליה גזעית, ומקובל שהפליה כזאת כוללת אנטישמיות, אולם נסיונות לכלול באמנות אלה התייחסות מפורשת לאנטישמיות נכשלו. אמצעי האכיפה של אמנות זכויות האדם חלשים, ובעיקרון מדובר רק בפרסום דוחות ביקורתיים. האם אנטישמיות נחשבת פשע בין-לאומי לפי המשפט המנהגי? רשימה זו בודקת אם האנטישמיות מהווה כיום פשע בין-לאומי או פשע מדינתי, ומתארת את האמצעים של האיחוד האירופי ומועצת אירופה לחייב מדינות חברות לפעול נגד האנטישמיות.

### מבוא

לתופעת האנטישמיות יש היסטוריה ארוכה.<sup>1</sup> אין אומנם הגדרה משפטית מקובלת לתופעת האנטישמיות, אבל כמו לגבי פורנוגרפיה, קל לזהות אנטישמיות כאשר נתקלים בתופעה. אנטישמיות הוגדרה על ידי הפרלמנט האירופי כ"תפיסה מסוימת של יהודים, שיכולה לבוא לידי ביטוי כשנאה כלפי יהודים. ביטויים מילוליים וגופניים של

\* פרופסור למשפט בין-לאומי, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים, ופרופסור אורח בבית הספר הארי רדזינר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה. לשעבר היועץ המשפטי למשרד החוץ.

1 המונח "אנטישמיות" הוטבע בשנת 1879 על ידי וילהלם מאר בחיבורו "נצחון היהדות על הגרמניות" לתיאור שנאת יהודים. ראו בהרחבה משה צימרמן וילהלם מאר: **הפטריארך של האנטישמיות** (1982). ניתוח מקורות האנטישמיות חורג מהיקפו של מאמר זה, אך ראו בנדון, בין היתר, Robbie Sabel, *Anti-Semitism*, in MAX PLANCK ENCYCLOPEDIA OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW (2009), available at [opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1504?prd=EPIL](http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1504?prd=EPIL). כן ראו, לאחרונה, JULIA NEUBERGER, *ANTI-SEMITISM: WHAT IT IS. WHAT IT ISN'T. WHY IT MATTERS* (2019).

אנטישמיות מכוונים כלפי יחידים, יהודים או לא-יהודים, ו-או נגד רכושם, נגד מוסדות של קהילה יהודית ואתרים דתיים.<sup>2</sup> ההגדרה ממשיכה ומביאה דוגמאות לשנאה כזאת. בעיה מיוחדת שמתעוררת בנסיונות להגדיר אנטישמיות היא איך להתייחס לביקורת על ישראל. יותר ויותר ביקורת על ישראל משמשת הסוואה לאנטישמיות. מאחר שאנטישמיות גלויה, כמו כל ביטוי שנאה לקבוצה אתנית או דתית, נחשבת not politically correct במדינות דמוקרטיות, השנאה ליהודים מופנית לעיתים לישראל כמדינה היהודית.<sup>3</sup> הפרלמנט האירופי התייחס לסוגיה זו, ומציין כדוגמאות לאנטישמיות יחס למדינת ישראל הכולל:

- שלילת זכות ההגדרה העצמית של העם היהודי, בין היתר על ידי הטענה שהקמת מדינת ישראל הייתה תופעה גזענית;
- החלת סטנדרטים כפולים על ידי תביעת התנהגות מישראל שאינה מצופה או נדרשת משום מדינה דמוקרטית אחרת;
- הצגת ישראל או ישראלים על ידי שימוש בסמלים ובתדמיות הקשורים לאנטישמיות הקלאסית – למשל, שיהודים הרגו את ישו או עלילות דם למיניהן;
- השוואת מדיניותה של ישראל הנוכחית למדיניות הנאצים;
- טענות שהיהודים באופן קולקטיבי אחראים לכל מעשה שישראל עושה.<sup>4</sup>

הגדרת הפרלמנט האירופי מוסיפה, כדבר מובן מאליו, ש"ביקורת כלפי ישראל הדומה לזו המופנית כלפי כל מדינה אחרת אינה יכולה להיתפס כאנטישמית".<sup>5</sup> תופעת

2 "הגדרת העבודה לאנטישמיות IHRA" אתר משרד החוץ mfa.gov.il/MFAHEB/PressRoom/Pages/IHRA-adopts-a-working-definition-of-antisemitism260516.aspx. ראו גם החלטה 2315 של הממשלה ה-34 "אימוץ הגדרת עבודה לאנטישמיות" (22.1.2017), www.gov.il/he/departments/policies/2017\_des2315 rights/combating--EUROPEAN COMM'N ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental discrimination/racism-and-xenophobia/combating-antisemitism/definition-antisemitism\_en ("Antisemitism is a certain perception of Jews, which may be expressed as hatred toward Jews. Rhetorical and physical manifestations of antisemitism are directed toward Jewish or non-Jewish individuals and/or their property, toward Jewish community institutions and religious facilities") נוסח זה אומץ על ידי הפרלמנט האירופי בהחלטה מיום 1 ביוני 2017 Resolution on Combating Anti-Semitism, EUR. PARL. DOC. 2017/2692 (RSP), :2017 www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2017-0243+0 Press Release: Government גם ממשלת בריטניה אימצה הגדרה זו. ראו DOC+XML+V0//EN Leads the Way in Tackling Anti-Semitism (Dec. 12, 2016), available at www.gov.uk/government/news/government-leads-the-way-in-tackling-anti-semitism.

3 ראו, למשל, Moshe Zimmermann, *Criticism of Israel: A New Antisemitism?*, in HANDBOOK OF ISRAEL: MAJOR DEBATES vol. 2, 982 (Eliezer Ben-Rafael et al. eds., 2016).

4 "אנטישמיות – מהי?", לעיל ה"ש 2.

5 KEITH KAHN-HARRIS, *UNCIVIL WAR: THE ISRAEL CONFLICT IN THE JEWISH COMMUNITY* (2014).

האנטישמיות ממשיכה להרעיל את העולם,<sup>6</sup> ואפשר במידה רבה לתאר את היחס ליהודים במדינה נתונה כנייר הלקמוס לבדיקת בריאותה הדמוקרטית של אותה מדינה.

## המשפט הבין-לאומי

האם מערכת המשפט הבין-לאומי יכולה לספק כלים להתמודדות עם תופעת האנטישמיות? המשפט הבין-לאומי מתייחס לנושא האנטישמיות (כאשר הוא מתייחס לתופעה) כאל היבט של דיני זכויות האדם, שהם נושא חדש יחסית בתחום טיפולו. המשפט הבין-לאומי הקלסי דן בעיקר ביחסים בין מדינות, ובמידה מסוימת גם ביחסים שבין מדינה לבין אזרחים זרים הנמצאים בתחומה. היחסים בין מדינה לבין אזרחיה בתוך שטחה היא נחשבו בעבר עניין פנימי של אותה מדינה, ולא נכללו במערכת כללי המשפט הבין-לאומי. אולם כיום דיני זכויות האדם קובעים כי גם יחסה של מדינה לאזרחיה שלה הוא עניין של הקהילה הבין-לאומית, וכל מדינה כפופה לכללי זכויות האדם בנושא.<sup>7</sup> דיני זכויות האדם שונים מרוב תחומי המשפט הבין-לאומי גם בכך שאין בהם יסוד של הדדיות. ברוב תחומי המשפט הבין-לאומי מדינה שנפגעה מהפרת כלל על ידי מדינה אחרת רשאית לנקוט צעד של גמול.<sup>8</sup> אין הדבר כך בדיני זכויות האדם; בתחום זה הכללים מחייבים מבלי להתייחס לשאלה אם מדינות אחרות פועלות לפיהם או לא.

השינוי הגדול בהתייחסותו של המשפט הבין-לאומי לנושא זכויות האדם חל בעקבות מלחמת העולם השנייה והשואה. הניסיון הראשון הממשי לנסות להכניס את נושא זכויות האדם למשפט הבין-לאומי נעשה על ידי העצרת הכללית של האו"ם, שאימצה, בשנת 1948, את ההכרזה החגיגית לכל באי עולם בדבר זכויות האדם. ההכרזה כללה התייחסות להפליה כלהלן:

6 ראו מרכז קנטור לחקר יהדות אירופה בימינו דו"ח האנטישמיות השנתי לשנת 2018 (2019) *Global Anti-Semitism: Select Incidents* גם ראו [www.tau.ac.il/news/kantor-center-1-5-2019](http://www.tau.ac.il/news/kantor-center-1-5-2019).  
in 2019, ADL, [www.adl.org/resources/reports/global-anti-semitism-select-incidents-in-2019](http://www.adl.org/resources/reports/global-anti-semitism-select-incidents-in-2019).

7 DAVID P. FORSYTHE, HUMAN RIGHTS IN INTERNATIONAL RELATIONS 20–26 (2nd ed. ראו 2006).

8 Int'l Law Comm'n, Rep. on the Work of Its Fifty-Third Session, Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries, U.N. Doc. A/56/10, art. 22 (2001), available at [legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9\\_6\\_2001.pdf](http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf).

סעיף ב(1)

"כל אדם זכאי לזכויות ולחירויות שנקבעו בהכרזה זו ללא אפליה כלשהי מטעמי גזע, צבע, מין, לשון, דת, דעה פוליטית או דעה בבעיות אחרות, בגלל מוצא לאומי או חברתי, קניין, לידה או מעמד אחר."<sup>9</sup>

למשפטן הבריטי היהודי קרש לאוטרפכט היה חלק משמעותי בניסוחה של הצהרה זו.<sup>10</sup> אף שההכרזה זכתה במעמד בין-לאומי מכובד ומרבים לצטטה, אין היא מהווה משפט בין-לאומי מחייב. בשנת 1963 אימצה העצרת הכללית של האו"ם החלטה נוספת שהתייחסה באופן ספציפי לצורך במיגור ההפליה הגזעית,<sup>11</sup> אך כיתר החלטות העצרת, גם היא אינה מחייבת מבחינה משפטית.

יש לציין כי במשך יותר משבעים שנות קיומה אין שום החלטה של העצרת הכללית של האו"ם המתייחסת במפורש לתופעת האנטישמיות. ההחלטה בשנת 2005 בנושא השואה מתייחסת אומנם לרצח שלישי מהעם היהודי,<sup>12</sup> אך מבלי להתייחס לאנטישמיות. כאשר שנתיים לאחר מכן החליטה העצרת להקדיש יום מיוחד לזכר השואה, השמיטה ההחלטה אפילו את ההתייחסות לעם היהודי.<sup>13</sup> בשנת 2015 קיימה העצרת דיון לא פורמלי בנושא האנטישמיות, אך לתוצאות של ישיבות לא פורמליות כאלה אין עקבות במסמכי האו"ם.<sup>14</sup>

9 G.A. Res. 217 (III) A, Universal Declaration of Human Rights (Dec. 10, 1948) בעברית נלקח מתוך "ההכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם" מט"ח lib.cet.ac.il/Pages/item.asp?item=7939.

10 Ana Filipa Vrdoljak, *Human Rights and Genocide: The Work of Lauterpacht and Lemkin in Modern International Law*, 20 EUR. J. INT'L L. 1163 (2009); ELIHU LAUTERPACHT, *THE LIFE OF HERSCH LAUTERPACHT* (2010); PHILIPPE SANDS, *EAST WEST STREET: ON THE ORIGINS OF "GENOCIDE" AND "CRIMES AGAINST HUMANITY"* (2017).

11 G.A. Res. 18/1904, United Nations Declaration on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Nov. 20, 1963).

12 G.A. Res. 60/7, Holocaust Remembrance (Nov. 1, 2005).

13 G.A. Res. 61/255, Holocaust Denial (Jan. 26, 2007).

14 מזכ"ל האו"ם לא הופיע באופן אישי לישיבה, אלא רק שלח מסר. ראו U.N. Secretary-General, *Video Message for the Informal Meeting of the General Assembly to Address Concerns of a Rise in Anti-Semitism Worldwide* (Jan. 22, 2015), www.un.org/sg/en/content/sg/statement/2015-01-22/secretary-generals-video-message-informal-meeting-general-assembly.

## אמנות האו"ם

כדי שהוראות המורות למדינות להיאבק בהפליה גזעית יקבלו תוקף משפטי מחייב, היה צורך לשלבן באחד משני המקורות העיקריים של המשפט הבינ-לאומי – המנהג או אמנה. האמנה היא מקור השואב ממשפט פוזיטיבי, דהיינו, התחייבויות שמדינה נוטלת על עצמה באמצעות הצטרפות לאמנה בין-לאומית, דו-צדדית או רב-צדדית. אמנות כאלה מטילות חובות על מדינות להיאבק בתופעה זו באמצעות חקיקה מדינתית ופעולות אחרות. אכן, האמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות מתייחסת להפליה גזעית, אך בלי התייחסות לאנטישמיות.

### סעיף 26

"כל בני אנוש שווים בפני החוק וזכאים, בלא כל הפליה, להגנה שווה מטעם החוק. לענין זה יאסור החוק כל הפליה ויבטיח לכל בני אנוש הגנה שווה ויעילה בפני כל הפליה, במיוחד בשל טעמי גזע, צבע, מין, לשון, דת, דעה מדינית או דעה אחרת, מוצא לאומי או חברתי, רכוש, ייחוס או מעמד אחר."<sup>15</sup>

## האמנה נגד הפליה גזעית

הצעד המשמעותי ביותר שננקט עד כה במסגרת נסיונו של המשפט הבינ-לאומי להטיל חובה על מדינות לפעול נגד הפליה היה כריתת האמנה למיגור הפליה הגזעית לצורתיה בסוף שנת 1965.<sup>16</sup> בסעיף מרכזי באמנה נאמר:

### סעיף 2(1)

"המדינות בעלות האמנה מגנות אפליה גזעית ומתחייבות לנקוט, בכל האמצעים הנאותים, וללא דיחוי, מדיניות של ביעור אפליה גזעית בכל צורותיה ולקדם הבנה בין כל הגזעים, ולתכלית זו:

15 אמנה בינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, כ"א 31, 269 (נפתחה לחתימה ב-1966) (אושררה ב-1991 ונכנסה לתוקף ב-1992); *opened*; International Covenant on Civil and Political Rights, 999 U.N.T.S. 171, Dec. 16, 1966, *for signature*.

16 אמנה בין-לאומית בדבר ביעורן של כל הצורות של אפליה גזעית, כ"א 861, 547 (נפתחה לחתימה ב-1966) (אושררה ונכנסה לתוקף ב-1979) (להלן: האמנה נגד הפליה גזעית); International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, Dec. 21, 1965, 660 U.N.T.S. 195.

- (א) כל מדינה בעלת האמנה מתחייבת שלא לעסוק בשום פעולה או נוהג שבאפליה גזעית נגד בני אדם, קבוצות בני אדם או מוסדות, ולהבטיח כי כל הרשויות הציבוריות ומוסדות הציבור, הלאומיים והמקומיים, יפעלו בהתאם לחובה זו;
- (ב) כל מדינה בעלת האמנה מתחייבת שלא ליתן חסותה לאפליה גזעית בידי בני אדם או ארגונים, להגן על אפליה כאמור או לתמוך בה;
- (ג) כל מדינה בעלת האמנה תנקוט באמצעים יעילים כדי לבחון את קווי המדיניות הממשלתית, הן הלאומית והן המקומית, ולתקן, לבטל או לשים לאל כל חוקים ותקנות שתוצאתם יש בה כדי ליצור או להנציח אפליה גזעית, בכל מקום שהיא קיימת;
- (ד) כל מדינה חברה תאסור ותביא לכלל סיום, בכל האמצעים הנאותים, לרבות חקיקה, כפי שדורשות הנסיבות, אפליה גזעית בידי בני אדם, קבוצה או ארגון;
- (ה) כל מדינה בעלת האמנה מתחייבת לעודד, מקום שנאות, ארגונים ותנועות אינטגרציוניים רב-גזעיים, וכל דרכים אחרות לביעורן של מחיצות בין הגזעים, ולהרתיע כל דבר הנוטה לחזק חלוקה גזעית..."

המדינות שהן צד לאמנה גם מתחייבות לחוקק חוקים שיקבעו כי הסתה לגזענות היא עברה פלילית,<sup>17</sup> אך האמנה אינה מעניקה לעברה מסוג זה מעמד של פשע בין-לאומי עם סמכות שיפוט אוניוורסלית. כמו לגבי רוב אמנות זכויות האדם, החולשה היא בדרכי האכיפה. כל מדינה מתחייבת להגיש מדי שנתיים דוח על יישום הוראות האמנה. האמנה הקימה ועדה של שמונה-עשר מומחים אשר עוברת על הדוח, מראיינת את נציג המדינה שהגישה את הדוח ולבסוף מעירה הערות על הדוח. הדוחות והערות המומחים מתפרסמים ומועברים לוועדה החברתית-הכלכלית של עצרת האו"ם.<sup>18</sup> לעיתים קרובות דוחות אלה כוללים ביקורת על המדינה שהגישה הדוח, אך מעבר לכך אין כל סנקציה נגד מדינה שהפרה את הוראות האמנה.

הרקע לניסוח האמנה היה ללא ספק השואה, אך בנוסח האמנה הסופי שהתקבל אין כל התייחסות לנושא האנטישמיות. נתן לרנר מתאר את הנסיונות שכשלו להכניס לאמנה התייחסות מפורשת לאנטישמיות.<sup>19</sup> לפי תיאורו, ארצות הברית הציעה להוסיף לאמנה פסקה שתאמר כי מדינות שהן צד לאמנה מגנות את האנטישמיות וינקטו צעדים מתאימים למיגורה המהיר של התופעה.<sup>20</sup> תחילה הייתה תמיכה רחבה בהצעה

17 ס' 4(א) לאמנה נגד הפליה גזעית, שם.

18 ראו באתר המרשתת של הוועדה: [www.ohchr.org/EN/HRBodies/CERD/Pages/CERD.Index.aspx](http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CERD/Pages/CERD.Index.aspx)

19 NATAN LERNER, THE UN CONVENTION ON THE ELIMINATION OF ALL FORMS OF RACIAL DISCRIMINATION 70–75 (2014).

20 שם, בעמ' 70.



האמריקנית, לרבות של הגוש הסובייטי. נציג ברית המועצות אף הצהיר כי אנטישמיות הינה הפליה גזעית שמעוררת גועל ותופעה חברתית ופוליטית מסוכנת.<sup>21</sup> אולם מדינות ערב, לדברי לרנר, חששו שסעיף כזה יתפרש כתמיכה בישראל ובציונות, ובלחצן שינתה ברית המועצות לחלוטין את גישתה, דחתה הכנסת התייחסות מפורשת לאנטישמיות, ואף הציעה להוסיף לדוגמאות של הפליה גזעית גם את הציונות.<sup>22</sup> בהצבעה פרוצדורלית החליטה הוועידה להשמיט מנוסח האמנה הן את ההתייחסות לאנטישמיות והן את ההתייחסות לציונות. הדוגמה היחידה לגזענות שהושארה באמנה היא אפרטהייד.<sup>23</sup>

בפועל ועדת המומחים של האמנה נגד הפליה גזעית אכן מתייחסת לאנטישמיות, אך כאמור אין לכך כל אזכור מפורש באמנה. יתר על כן, אין שום אמנה בין-לאומית שמתייחסת במפורש לתופעת האנטישמיות. היה ניסיון בעצרת הכללית של האו"ם לנסח אמנה נגד הפליה דתית,<sup>24</sup> נוסף על האמנה הקיימת נגד הפליה גזעית, אך הניסיון לא צלח בגלל התנגדותן של מדינות ערב והגוש הסובייטי. הרקע לניסיון זה מתואר בהרחבה במאמרו המקיף של פרופ' לרנר משנת 1971 על כל נושאי האנטישמיות ואמנות זכויות האדם של האו"ם.<sup>25</sup>

## המנהג ואנטישמיות כפשע בין-לאומי?

המקור השני של המשפט הבין-לאומי הוא המנהג, שהוא מקור המחייב את כל המדינות ללא צורך בהסכמתה של המדינה הספציפית. מנהג נוצר כאשר מדינות נוהגות בצורה מסוימת לאורך זמן, בצורה עקבית ומתוך תחושה של מחויבות משפטית לפעול כך.<sup>26</sup> הדעה המקובלת כיום היא כי איסור ההפליה הגזעית הוא גם איסור מטעם המשפט המנהגי,<sup>27</sup> דהיינו, מחייב גם מדינות שאינן צד לאמנה נגד הפליה גזעית, אך קביעה תיאורטית זו אינה תורמת כנראה לאכיפת האיסור.

21 שם, בעמ' 71.

22 שם, בעמ' 72-75.

23 שם; ס' 3 לאמנה נגד הפליה גזעית, לעיל ה"ש 16.

24 G.A Res. 2020 (XX) at 37 (Nov. 1, 1965).

25 Natan Lerner, *Anti-Semitism as Racial and Religious Discrimination Under United Nations Conventions*, in 1 ISR. Y.B. HUM. RTS. 103 (1971).

26 North Sea Continental Shelf (Ger. v. Den.; Ger. v. Neth.), Judgment, 1969 I.C.J. Rep. 3, 44 (Feb. 20). על מקורות המשפט הבין-לאומי ראו רובי סיבל "מקורות המשפט הבינלאומי" משפט

בינלאומי 49 (מהדורה שלישית, רובי סיבל ויעל רונן עורכים, 2016).

27 MALCOLM N. SHAW, *INTERNATIONAL LAW* 208 (7th ed. 2014) ("It is also fair to conclude that in addition to the existence of this Convention, the prohibition of discrimination on racial grounds is contrary to customary international law").

במאבק נגד האנטישמיות היה המשפט הבין-לאומי יכול לפעול על ידי הפיכתה לעברה ישירה על המשפט הבין-לאומי, דהיינו, על ידי הפיכת איסורה לכלל שכל פרט חייב לציית לו בלי קשר לחקיקה של מדינות. כללים כאלה נוצרים בדרך כלל על ידי המנהג. המשפט הבין-לאומי המנהגי מכיר בכמה עברות כ"פשעים בין-לאומיים". הדוגמאות הקלסיות הן סחר עבדים ושוד ימי, ובימינו צורפו לרשימה זו פשעי מלחמה חמורים ופשעים נגד האנושות. הפירוש המעשי הוא החלת כלל השיפוט האוניורסלי, שלפיו כל מדינה רשאית להעמיד עבריין כזה לדין אם הוא נמצא בשטחה, גם אם אין כל קשר בינה לבין העברה המיוחסת לו.<sup>28</sup> במסגרת אמנות בין-לאומיות מן השנים האחרונות צורפו לרשימת העברות הבין-לאומיות כמה סוגים של עברות טרור, כגון חטיפת מטוסים, חטיפת אוניות, תפיסת בני ערובה וחטיפת אנשי או"ם. אמנות אלה מחייבות להעמיד עבריינים כאלה לדין או להסגירם למדינה שמוכנה להעמידם לדין. מאחר שבנושא הטרור מדובר באמנות, חובה זו חלה כמובן רק על מדינות שהן צד לאותן אמנות.

במקרים של פשעי מלחמה חמורים ופשעים נגד האנושות הוקמו בתי דין פליליים בין-לאומיים על מנת לדון את אותם עבריינים "כבדים" ששום מדינה אינה מעוניינת או אינה מסוגלת להעמידם לדין. מועצת הביטחון הקימה בתי דין כאלה לגבי הפשעים שנעשו ביוגוסלביה לשעבר<sup>29</sup> וברואנדה,<sup>30</sup> ובשנת 2002 הוקם בית דין פלילי בין-לאומי קבוע שמושב בו באג.<sup>31</sup> סמכות השיפוט של בית הדין הפלילי הבין-לאומי כבולה בכמה מגבלות, אך הדיון בהן חורג מתחום השתרעותו של מאמר זה.<sup>32</sup> פשעי שנאה, לרבות פשעים הנובעים ממניעים אנטישמיים והפליה על בסיס דתי, גזעי או עדתי, אינם כלולים כיום בהגדרה של פשעים נגד המשפט הבין-לאומי,<sup>33</sup> ולכן סמכות השיפוט האוניורסלית וכן סמכות השיפוט של בית הדין הפלילי

28 להרחבה על סמכות שיפוט אוניורסלית ראו, למשל, רות לפידות ודורון וייץ "סמכות השיפוט האוניורסלית בישראל" המשפט ט 95 (2004); ארנה בן-נפתלי וקרן מיכאלי "סמכות השיפוט האוניורסלית והשיח המשפטי המדינתי" המשפט ט 141 (2004); אמנון רייכמן "סמכות שיפוט אוניורסלית בבתי משפט מדינתיים – קרקוע הריבונות או יצירת סדר עולמי?" משפט וצבא 17, 49 (2004).

29 S.C. Res. 827 (May 1993). The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia ראו S.C. Res. 827 (May 1993).

30 S.C. Res. 955 (Nov. 8, 1994). The International Criminal Tribunal for Rwanda ראו S.C. Res. 955 (Nov. 8, 1994).

31 The International Criminal Court ראו Rome Statute of the International Criminal Court, July 17, 1998, 2187 U.N.T.S. 3 (entered into force July 1, 2002).

32 להרחבה על בתי הדין הבין-לאומיים ביוגוסלביה וברואנדה ועל בית הדין הפלילי הבין-לאומי ראו עמיחי כהן "המשפט הפלילי הבינלאומי" משפט בינלאומי 445, 447-457 (מהדורה שלישית, רובי סיבל ויעל רונן עורכים, 2016).

33 למעט באמנה המגדירה את האפרטהייד כ"פשע נגד האנושות", אך ספק רב אם אמנה זו מהווה משפט מנהגי. ראו International Convention on the Suppression and Punishment of the Crime of Apartheid, art. 1, opened for signature Nov. 30, 1973, 1015 U.N.T.S. 243.

הבין-לאומי אינן חלות עליהם. לנוכח המציאות הפוליטית הבין-לאומית, אין סיכוי סביר שיחול שינוי בנושא זה בעתיד הנראה לעין.

## תהליך העמדה לדין

מאחר שאין טריבוונל בין-לאומי שמוסמך להעמיד אנשים לדין בגין הפליה גזעית, האפשרות היחידה להעמיד אנשים כאלה לדין היא כאשר מדינות מחוקקות בעצמן חוקים כאלה. חוקים כאלה מעוררים לעיתים סוגיה בדיני העונשין, מאחר שלפי עקרונות דיני העונשין, על מנת שמעשה ייחשב עברה פלילית, יש צורך ביסוד נפשי<sup>34</sup> וביסוד עובדתי.<sup>35</sup> שנאת יהודים לבדה אינה כוללת את שני היסודות. אדם הבוחר לשנוא אנשים מקבוצה מסוימת אינו עובר עברה. יתר על כן, גם אם הוא זומם בליבו לפגוע בקבוצה כזו או במישהו מהקבוצה, הוא אינו עובר עדיין עברה. מחשבות לבדן אינן בנות ענישה.

בחלק גדול מהמדינות הדמוקרטיות הפליה על בסיס עדתי, גזעי או דתי מהווה עברה. רוב רובם של החוקים מסוג זה אינם מתייחסים במפורש לאנטישמיות, אם כי הפליה שנעשית ממניעים אנטישמיים נכללת בעברה כזו. בחלק מהמדינות יש כמה חוקים הקובעים כי אם עברה פלילית רגילה, כגון תקיפה, נעשית ממניעים של שנאה גזעית, דתית או עדתית, הדבר מחמיר את אופי העברה, אבל הדבר רלוונטי כאמור רק אם המעשה הוא עברה כשלעצמו:

"In recent years, some jurisdictions have created offences (or statutory aggravations to existing offences) of assault motivated by prejudice toward particular characteristics of the victim such as their race or religion."<sup>36</sup>

34 *Mens Rea*. ראו יורם רבין ויניב ואקי דיני עונשין 143 (מהדורה ראשונה, 2008); ס' 19–20 לחוק העונשין, התשל"ז-1977.

35 *Actus Reus*. ס' 18 לחוק העונשין.

36 THE OXFORD HANDBOOK OF CRIMINAL LAW 735 (Markus D. Dubber & Tatjana Hörnle eds., 2014). ראו גם TALIA NAAMAT & IDIT DEUTCH, LEGISLATING AGAINST ANTISEMITISM AND HOLOCAUST DENIAL (Kantor Ctr. for the Stud. of Contemp. European Jewry, 2013), available at [www.osservatorioantisemitismo.it/wp-content/uploads/2014/01/Laws-against-Antisemitism-and-Holocaust-Denial.pdf](http://www.osservatorioantisemitismo.it/wp-content/uploads/2014/01/Laws-against-Antisemitism-and-Holocaust-Denial.pdf).

כמו כן יש מספר מצומצם של מדינות שהגדירו את שלילת השואה כעברה פלילית נפרדת.<sup>37</sup> הסתה לגזענות נקבעה בגרמניה כעברה פלילית,<sup>38</sup> וגם בישראל דיני העונשין אוסרים פרסום הסתה לגזענות.<sup>39</sup>

## אירופה

המקום היחיד שבו יש פעילות משפטית משמעותית נגד האנטישמיות הוא במסגרת מועצת אירופה והאיחוד האירופי.<sup>40</sup> אמנת זכויות האדם של מועצת אירופה<sup>41</sup> זהה כמעט לחלוטין לאמנה הכללית משנת 1966 בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות,<sup>42</sup> אך עם הבדל משמעותי אחד: האמנה האירופית הקימה בית דין לזכויות אדם, המוסמך לאכוף את הוראות האמנה על המדינות שהן צד לאמנה, הכוללות כיום את כל מדינות אירופה. במסגרת סמכותו זו נתן בית הדין כמה החלטות המורות למדינות לבטל מעשים שיש בהם יסודות אנטישמיים. כך, בפסק הדין בעניין *Ivanov v. Russia*<sup>43</sup> קבע בית הדין כי אדם שפרסם, בין היתר, כי היהודים הם מקור כל הרע ברוסיה אינו זכאי להסתמך על הזכות להביע דעה שנקבעה באמנה. בית הדין הגיע לאותה מסקנה לגבי ספר ששלל את קיום השואה,<sup>44</sup> וכן לגבי התבטאויות אנטישמיות של הברדרן הצרפתי מ'באלה

37 ראו Michael Whine, *Expanding Holocaust Denial and Legislation Against It*, 20(1–2) JEWISH POL. STUD. REV. 57 (2008); Aleksandra Gliszczyńska-Grabias, *Penalizing Holocaust Denial: A View from Europe*, in GLOBAL ANTISEMITISM: A CRISIS OF MODERNITY 237 (Charles Asher Small ed., 2013); Michael Whine, *Combating Antisemitic Incitement Through the European Courts and Online*, 57 JUSTICE 4 (2016), available at [intjewishlawyers.org/justice/no57/files/assets/basic-html/page-4.html#](http://intjewishlawyers.org/justice/no57/files/assets/basic-html/page-4.html#)

38 Strafgesetzbuch [STGB] [Penal Code], § 130, translation at [www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_stgb/index.html](http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/index.html) (הסעיף נקרא "Volksverhetzung", שלפי התרגום הרשמי לאנגלית משמעותו "Incitement of masses").

39 ס' 144 ב לחוק העונשין.

40 ראו באופן כללי R. Amy Elman & Marc Grimm, *Augmenting the European Union's Response to Antisemitism*, 10 ISR. J. FOREIGN AFF. 457 (2016); Michael Whine, *Can the European Agencies Combat Antisemitism Effectively?*, 11 ISR. J. FOREIGN AFF. 371 (2017).

41 Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Nov. 4, 1950, E.T.S No. 5, 213 U.N.T.S. 221

42 אמנה בינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, לעיל ה"ש 15.

43 *Ivanov v. Russia* (dec.), no. 35222/04, Feb. 20, 2007

44 *Garaudy v. France* (dec.), no. 65831/01, ECHR 2003-IX

מ'באלה.<sup>45</sup> בעניין *W.P. v. Poland* קבע בית הדין כי תאגיד שכלל קטעים אנטישמיים במטרתו אינו יכול ליהנות מהזכות להתאגד הקבועה באמנה.<sup>46</sup> מוסדות האיחוד האירופי פועלים גם הם נגד תופעת הגזענות, והחלטה משנת 2008 מחייבת מדינות חברות לחוקק חוקים נגד גזענות. בהחלטה זו יש אומנם התייחסות עקיפה לשלילת השואה, אך בגוף ההחלטה אין כל אזכור של אנטישמיות.<sup>47</sup> בין הגופים הבינ-לאומיים הפעילים נגד האנטישמיות יש לציין את ה-International Holocaust Remembrance Alliance (IHRA), אשר הוקם במסגרת מועצת אירופה ומורכב מנציגי מדינות ומנציגי ארגונים לא ממשלתיים.<sup>48</sup> גוף זה נאבק בנסיונות לשלילת השואה, לרבות רצח הצוענים, וכן נגד האנטישמיות. לאחורונה חזר הארגון והזהיר כי יש להיאבק נגד העלייה באנטישמיות.<sup>49</sup> עם זאת, החלטות הגוף אינן מחייבות מדינות.

### תביעות אזרחיות?

באשר לעתיד, קיים סיכוי קלוש בלבד שאנטישמיות תוגדר עברה פלילית לפי המשפט הבינ-לאומי. ייתכן אפוא שכדאי להעביר את עיקר המאמצים לתחום התביעות האזרחיות. שיטות משפט רבות מאפשרות הגשת תביעה אזרחית במקרה של הפליה על בסיס דתי, גזעי או עדתי. נטל הראייה במשפט האזרחי הוא מאזן ההסתברויות, והדבר מקל על התביעה ביחס לנטל במשפט הפלילי, שם מדובר בהוכחה מעבר לכל ספק סביר. עם זאת, בעולם הדמוקרטי כבר אין רואים שלטים של "אין כניסה ליהודים ולכלבים", וקשה בדרך כלל להוכיח שהפליה מסוימת הייתה בגלל היות אדם יהודי. בחלק ממדינות ערב יש הפליה מובהקת נגד יהודים, אך בהעדר מערכת משפט עצמאית ובלתי תלויה במדינות אלה, אין סיכוי לתובע לזכות בתרופה ממערכת המשפט המקומית. בגלל עקרון

<sup>45</sup> M'Bala M'Bala v. France (dec.), no. 25239/13, ECHR 2015-VIII

<sup>46</sup> W.P. v. Poland (dec.), no. 42264/98, ECHR 2004-VII

<sup>47</sup> Council Decision 2008/913/JHA, on Combating Certain Forms and Expressions of Racism and Xenophobia By Means of Criminal Law, 2008 O.J. (L 328) 55, available at eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32008F0913&from=EN; Council Joint Action 96/443/JHA, 1996 O.J. (L 185) 5, available at eur-lex.europa.eu/legal-Michael ראו באופן כללי content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31996F0443&from=EN Whine, *Improving Legal and Other Protections for Europe's Jews*, 59 JUSTICE 7 (2017), available at intjewishlawyers.org/justice/no59/#6

<sup>48</sup> International Holocaust Remembrance Alliance (IHRA), COUNCIL OF EUROPE, www.coe.int/en/web/roma-genocide/ihra

<sup>49</sup> IHRA 2020 Ministerial Declaration, IHRA, www.holocaustremembrance.com/about-us/ ("[W]e, the IHRA Member Countries... [e]xpress our 2020-ihra-ministerial-declaration .deepest concerns about rising antisemitism")

החסינות של מדינות זרות גם אין אפשרות לחבוע את המדינות הללו במערכת משפטית של מדינות אחרות שבהן יש מערכות עצמאיות. ייתכן שבעתיד כדאי לשים דגש בתביעות אזרחיות נגד חברות ממדינות המפלות נגד יהודים. לחברות אלה, דוגמת חברות תעופה ממדינות ערב מסוימות, יש עסקים במדינות המערב, והן אינן נהנות מחסינות.<sup>50</sup> חברות כאלה המסרבות מטעמים אנטישמיים להעסיק יהודים, ולעיתים אף לעשות עסקים איתם, יכולות בהחלט להיות מטרה לתביעות אזרחיות במדינות המערב.

## סיכום

הנתונים מצביעים על עלייה באנטישמיות בעולם.<sup>51</sup> בכמה מדינות דמוקרטיות הוטלו איסורים על הפליה גזעית, ובתי המשפט באותן מדינות מתייחסים לאנטישמיות כתופעה של הפליה גזעית, אך במישור המשפט הבין-לאומי האנטישמיות אינה נחשבת פשע בין-לאומי. אין גם התייחסות מפורשת לאנטישמיות בהחלטות העצרת הכללית, שמטבען אינן מחייבות. יש כמה אמנות המטילות חובה על מדינות להיאבק בהפליה גזעית, ומקובל לגרוס כי הפליה כזו כוללת גם את האנטישמיות, אך כל הנסיונות לכולל התייחסות מפורשת לאנטישמיות באמנות אלה הוכשלו על ידי מדינות ערב. אמצעי אכיפה של אמנות זכויות האדם של האו"ם הם בעיקר פרסום דוחות המצביעים על הפרות. בזירה האירופית המאבק נגד האנטישמיות יעיל יותר, וגם האיחוד האירופי וגם מועצת אירופה מנחות מדינות במפורש לפעול נגדה. ייתכן שבעתיד יהיה אפשר להיאבק בתופעה על ידי הגשת תביעות אזרחיות נגד חברות המיישמות מדיניות אנטישמית.

50 מאבק משפטי אזרחי כזה מנוהל נגד בנקים ממדינות ערב שנתנו סיוע לטרור. ראו, לדוגמה, Jesner v. Arab Bank, PLC, 138 S. Ct. 1386 (2018).

51 ראו *Global Anti-Semitism: Select Incidents in 2019*, לעיל ה"ש 6. בסקר משנת 2018 נמצא כי כ-89% מהנשאלים (ממדינות אירופה) הרגישו שאנטישמיות היא תופעה גוברת בארצם בחמש השנים שחלפו. ראו: FRA, EXPERIENCES AND PERCEPTIONS OF ANTISEMITISM: SECOND SURVEY ON DISCRIMINATION AND HATE CRIME AGAINST JEWS IN THE EU 11, 15 fra.europa.eu/sites/default/files/fra\_uploads/fra-2018-experiences-and-perceptions-of-antisemitism-survey\_en.pdf (2018), available at



## **Combatting Antisemitism and International Law**

Robbie Sabel

The article examines the question as to whether international law can help in attempts to combat antisemitism. After a short description of the international law of human rights, the article relates to international criminal law and to the distinction between offences directly attributable to international law and those requiring national legislation.

The article goes on to examine how international law has dealt with the issue of racial discrimination and the unsuccessful attempts to have explicit reference to antisemitism in international instruments. There is a discussion as to what extent criticism of Israel is to be regarded as antisemitism. There is a reference to the very welcome efforts by the Council of Europe and by the European Union to outlaw antisemitism.

In the summary, the author suggests that it might be useful to place greater emphasis on submitting civil claims against antisemites rather than concentrating on the criminal law.







## **Combatting Antisemitism and International Law**

Robbie Sabel

**Volume 25, 2022**