



מדינת ישראל  
משרד המשפטים  
State of Israel  
Ministry of Justice

Office of the Deputy Attorney General  
(International Law)

ייעוץ וחקיקה (המחלקה למשפט בין-לאומי)

תאריך: י"ב סיון, תשע"ז

06 יוני, 2017

**הנדון: השבת גופות מחבלים בראי המשפט הבין-לאומי**

בעתירות 285/17, 5803/16, 4466/16 מתבקשת העברת גופותיהם של מחבלים לידי משפחותיהם לשם קבורתם.

עמדת המדינה ביחס לגופות אלו נקבעה בהתאם להחלטת הקבינט מתאריך 01.01.17 לפיה:

- א. גופות מחבלים תוחזרנה בתנאים מגבילים הנקבעים ידי גורמי הביטחון.
- ב. גופות מחבלים בשיוך חמאס יוחזקו בידי ישראל.
- ג. גופות מחבלים שביצעו אירוע טרור חריג במיוחד יוחזקו בידי ישראל.

כמו כן הוחלט כי החזקת גופות בידי ישראל תתבצע על ידי קבורה.

בין הגופות שהעברתן מתבקשת בעתירות כאמור, מחבלים משוייכי חמאס (תושבי איר"ש ותושב מזרח ירושלים); ומחבל, קטין, שביצע פעולה בעלת הקשר מיוחד ואינו משויך לחמאס (תושב איר"ש).

בהודעת העדכון שהוגשה לבית המשפט בבג"ץ 4466/16, בתאריך 11.01.17, צוין כי החלטת הקבינט התקבלה לאחר שהוצגו בפני הקבינט הערכות מתאם שו"ן במשרד רוה"מ וכן הערכת שירות הביטחון הכללי בסוגיה. בעקבות הערכות אלו הוחלט כי עיכוב בהשבת גופות מחבלים מזוהי חמאס או גופות מחבלים שבצעו אירוע טרור חריג במיוחד (להלן: גופות בעלות הקשר מיוחד), בעת הזו, עשוי לסייע בהסדר אשר יוביל להשבתם של גופות חיילי צה"ל המוחזקות ברצועת עזה על ידי ארגון הטרור חמאס: סגן הדר גולדין ז"ל, סמ"ר אורון שאול ז"ל, וכן להשבתם של אזרחים ישראלים. הודגש בעמדת המדינה, כי הערכת מתאם שו"ן היא כי השבת גופות בעלות "הקשר מיוחד" עשויה להוות מרכיב נוסף ובעל ערך במו"מ עתידי לביצוע עסקת שו"ן מול חמאס ברצועת עזה, וכי העיכוב בהחזרת הגופות יוכל לסייע בהתוויית פרטי ההסדר שייקבע, ובכך תמונים שיקולי ביטחון משמעותיים. נוכח מכלול שיקולים אלו, התקבלה כאמור החלטת הקבינט.

באשר למסגרת המשפטית הפנים-ישראלית, עמדת המדינה היא שתקנה 133(3) לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 (להלן – תקנות ההגנה), המסמיכה את המפקד הצבאי להורות על מקום קבורת גווייתו של אדם, שעת הקבורה ועל ידי מי ייקבר, מעניקה לו גם סמכות למנוע את החזרת גופתו של מחבל שהיה מעורב בפיגוע טרור לקבורה באזור<sup>1</sup>.

בשנת 2004 נדון נושא מדיניות אי החזרת גופות בפני היועץ המשפטי לממשלה דאז, מר מני מזוז. בישיבה זו קבע היועץ, כי על מנת להימנע מהחזרת גופות מחבלים, יש להוכיח ברמת הסתברות גבוהה, כי צעד זה דרוש לצרכי ביטחון. לפיכך, היועץ קבע כי ככלל יש להחזיר גופות מחבלים, אלא בהתקיים טעמים מיוחדים המצדיקים סטייה מכך. כדוגמה לטעמים מעין אלה, ציין היועץ עסקה קונקרטית של חילופי גופות (דוגמת בג"ץ 6807/94 עבאס נ' מדינת ישראל) או חשש קונקרטי כי החזרת גופה מסוימת תסכן, ברמת הסתברות גבוהה, את ביטחון האזור.

בשנת 2015, התקיים דיון בראשות המשנה ליועץ המשפטי (משפט פלילי), מר רז נזרי, עקב עתירות על רקע החלטת קבינט לפעול ל"הקפאת החזרת גופות מחבלים למשפחותיהם עד להרגעת המצב", בעקבות גל הטרור באותה עת. המשנה ליועץ המשפטי לממשלה סיכם כי ככל שמדובר באי החזרת גופות הנובעת מסיכון ביטחוני קונקרטי – ניתן להצדיק זאת, בכפוף לחו"ד מקצועית בעניין, והבהיר כי יש צורך בבחינה עתית של ההחלטה נוכח טיבה של הסמכות, והזכויות העומדות מנגד.

ביום 30.4.17 התקיים דיון בראשות המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (משפט פלילי) בעניין העתירות התלויות ועומדות, המוזכרות לעיל. כעולה מסיכום הדיון המסווג "סודי" בשל המידע הרגיש המפורט בו, ובשים לב לקביעות היועץ משנת 2004, קבע המשנה ליועץ המשפטי לממשלה כי האיזון החוקתי בעניין הגופות נושא העתירות מאפשר להשהות את החזרתן.

בהמשך לדיון זה וכפי שהתבקש, יציג מזכר זה את עיקרי ההוראות הרלוונטיות בדיון ההומניטרי - דיני הלחימה, וכן בדיני זכויות האדם במשפט הבין-לאומי<sup>2</sup> לשאלת החזקת גופות והחזרתן.

נציין, כי בעניינו של תושב מזרח ירושלים, היות שמדובר בתושב ישראל, מעבר להיבטי המשפט הבין-לאומי הרלוונטיים (דיני זכויות האדם ובנסיבות מסוימות יתכן שדיני הלחימה) הרי הוא נהנה בעיקר מהגנות המוקנות לו על פי הדין הישראלי, ובפרט מכוח חוקי היסוד. היבטים אלו חורגים מעניינו של מזכר זה.

כפי שעולה מן הסקירה להלן, אנו סבורים כי הדין הפנימי, כפי שפורש על ידי היועץ המשפטי לממשלה, עומד בדרישות המשפט הבין-לאומי, ואף מחמיר ביחס אליו. זאת, משום שלא ניתן

<sup>1</sup> 133. חקירות מקרי מות וכו' (3) למרות כל דבר הכלול בחוק כל-שהוא יהיה מותר למפקד הצבאי לצוות כי חללו של כל אדם תקבר באותו מקום שהמפקד הצבאי יורה. המפקד הצבאי רשאי, באותו צו, להורות מי ומי יקבור אותו חלל ובאיזו שעה תיקבר. הצו האמור יהיה הרשאה מלאה ומספקת לקבורתו של אותו חלל, וכל אדם העובר על אותו צו או מפריע לו יאשם בעבירה על התקנות האלה".

<sup>2</sup> וזאת מבלי להכריע, לעת הזו, בשאלת תחולת הדינים.

הצביע על חובה פוזיטיבית מכוח המשפט הבין-לאומי להשיב גופות של מי שמת בהקשר לעימות, אלא דרישה, המותנית בנסיבות מתאימות, להגיע להסדר הסכמי.

עם זאת, אנו סבורים כי טענה לפיה המשפט הבין-לאומי אינו מחייב החזרת גופות עלולה להתברר כחרב פיפיות. זאת בין היתר, בשל ההשלכה על יכולתנו לטעון, בזירה הבין-לאומית, כי מוטלת חובה על ארגון החמאס להשיב את גופות חיילי צה"ל.

### דיני זכויות האדם הבין-לאומיים:

#### כבוד המת בדיני זכויות האדם:

במאמרו "כבוד המת במשפט הבין-לאומי" טוען ניר שני כי ענף דיני זכויות האדם כמעט מתעלם מכבוד המת.<sup>3</sup> שני מציין כי "רובן ככולן של האמנות בענף זכויות האדם אינן מזכירות במפורש את זכויות המתים או קרוביהם. כך לא ניתן למצוא חובה לכבד את המתים, ולא כל שכן חובות לחיפוש אחר המתים, זיהוים או קבורתם בהתאם למנהגי דתם".<sup>4</sup>

שני מציע כי ניתן לאתר דרך פרשנות הזכות לכבוד, המעוגנת באמנות זכויות אדם רבות, גם זכות לכבוד המת (פרשנות כזו קיבלה ביטוי בפסיקת בית המשפט העליון בישראל בהתייחס לדין הישראלי<sup>5</sup>), אך אינו מפנה למקומות בהם נעשה הדבר בפועל. אף בדיקה ראשונית שלנו לא העלתה אימוץ של פרשנות זו על ידי ועדות זכויות האדם המפרשות את אמנות זכויות האדם של האו"ם.

#### הזכות לחיי משפחה:

האמנה האירופאית לזכויות אדם היא אמנה אזורית שאינה מחייבת את מדינת ישראל. עם זאת, נודעת לה ולפסיקה של בית הדין האירופאי לזכויות אדם השפעה ניכרת על שיח זכויות האדם הבין-לאומי.

בשנת 2013 נדרש בית הדין האירופאי לזכויות אדם, במסגרת אמנה זו, לשאלה של השבת גופות מחבלים למשפחותיהם.<sup>6</sup>

סעיף 8 לאמנה האירופאית מעגן את הזכות לחיי משפחה. בית הדין פסק כי רוסיה הפרה זכות זו כאשר היא סירבה להשיב גופות מחבלים לידי משפחותיהם או למסור למשפחות פרטים על מקום הטמנתם.<sup>7</sup> מניעת מסירת הגופות לקבורה על ידי בני המשפחה נעשתה בהתאם לחוק אשר קבע הסדר גורף ביחס לגופות מחבלים לפיו גופות לא ימסרו לצורך קבורה וכי יוטמנו במיקום שלא יימסר. בית הדין קבע כי הפגיעה בזכות לחיי משפחה נעשתה בהתאם לחוק והוא קיבל את מסקנת

<sup>3</sup> ניר שני "כבוד המת במשפט הבינלאומי" משפט וצבא, גיליון 21(א), ינואר 2015, עמ' 243.

<sup>4</sup> שם, עמוד 262

<sup>5</sup> ע"א 294/91 חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464, 523

<sup>6</sup> Sabanchiyeva and Others v. Russia ECHR 38450/05 (2013).

<sup>7</sup> העותרים טענו גם להפרת סעיף 3 לאמנת האירופית, המעגן את האיסור על עינויים או עונש בלתי אנושי ומשפיל, בית המשפט האירופי לא קיבל טענה זו במקרה זה, וזאת בין היתר, היות שלא ניתן היה לומר שבני המשפחה לא ידעו את גורל קרוביהם – קרי מותם. פסקה 110 לפסה"ד.

בית המשפט החוקתי ברוסיה כי החוק נחקק לתכלית ראויה, דהיינו, על מנת למנוע פגיעה ברגשות של הקורבנות, הפיכת הקבר לאתר תעמולתי המעודד טרור והפרות סדר על רקע הקבורה.

עם זאת, באשר למבחן המידתיות, בית הדין קבע כי הפגיעה בזכות הייתה חמורה במיוחד מכיוון שהיא מנעה מהקרובים כל השתתפות בהליך הקבורה ואסרה לחלוטין על גילוי מקום הקבר. אולם, מכיוון שמדובר באנשים שנהרגו במהלך התקפה חבלנית גדולה, ולאור המתחים האתניים והדתיים החמורים השרויים ברוסיה, בית הדין לא פסל לחלוטין את השימוש באמצעים חמורים אלו. עם זאת, הוא קבע שפגיעה כזו לא יכולה להיעשות באופן גורף, ודרש בחינה פרטנית של מבחן המידתיות במקרה ומקרה.

יוער, כי על אף שישראל אינה מחויבת להוראות סעיף 8 לאמנה האירופאית, הזכות לחיי משפחה מעוגנת בין היתר גם בסעיף 10 לאמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות<sup>8</sup>, שישראל צד לה.

#### יחס בלתי אנושי כלפי בני המשפחה:

במספר פסקי דין, קבע בית הדין האירופי כי התנהגות המדינה שיש בה משום הסתרת גופתו של אדם ומניעת מידע על גורלו מבני משפחתו עלולה לעלות לכדי יחס בלתי אנושי כלפי בני המשפחה, בניגוד לסעיף 3 לאמנה האירופית לזכויות אדם האוסר על עינויים או עונש בלתי אנושי או משפיל<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights of 16 December 1966  
Article 10

"The States Parties to the present Covenant recognize that:

1. The widest possible protection and assistance should be accorded to the family, which is the natural and fundamental group unit of society, particularly for its establishment and while it is responsible for the care and education of dependent children. Marriage must be entered into with the free consent of the intending spouses.

2. Special protection should be accorded to mothers during a reasonable period before and after childbirth. During such period working mothers should be accorded paid leave or leave with adequate social security benefits.

3. Special measures of protection and assistance should be taken on behalf of all children and young persons without any discrimination for reasons of parentage or other conditions. Children and young persons should be protected from economic and social exploitation. Their employment in work harmful to their morals or health or dangerous to life or likely to hamper their normal development should be punishable by law. States should also set age limits below which the paid employment of child labour should be prohibited and punishable by law."

<sup>9</sup> Kurt v. Turkey, App. No. 24276/94, 27 Eur. H.R. Rep. 373 (1998): "Conclusion: violation (six votes to three). iii. article 3 of THE convention in respect of THE applicant herself No serious consideration given by authorities to applicant's complaint – applicant a victim of authorities' complacency in face of her anguish and distress – suffering endured over prolonged period of time and must in circumstances be considered ill-treatment within scope of Article 3."

See also Gongadze v. Ukraine, App. No. 34056/02, 43 Eur. H.R. Rep. 44 (2005);

ראו: במקרה של ורנאוה ואחרים נ' תורכיה בו העתירה דנה בהיעלמותם של בני משפחת העותרים בשנת 1974 לאחר שצבא תורכיה תקף את קפריסין באזור בו שהו הנעלמים. בית הדין קבע כי בהקשר להעלמות לאור המבצע הצבאי אשר הוביל לאובדן חיים, מעצרים נרחבים, מעצרים מנהליים והפרדת משפחות כפויה, הקרובים של הנעלמים סבלו ייסורים מאי הידיעה בדבר גורל יקיריהם. בית הדין קבע ששתיקת הרשויות לאור חששות של הקרובים יכולה רק להיות מתוארת כיחס בלתי אנושי. ראו:

ECtHR, Varnava and others V. Turkey, Grand Chamber, 18 September 2009, para 201;

הוראה דומה לזו של האמנה האירופית קבועה הן בסעיף 7 לאמנה לזכויות אזרחיות ופוליטיות<sup>10</sup> וכן בסעיף 16 לאמנה נגד עינויים<sup>11</sup>, בשתייהן חברה ישראל. ועדת המומחים של האו"ם האמונה על בדיקת יישום האמנה נגד עינויים התייחסה לעיכוב החזרת גופות במסגרותיה המסכמות בעניינה של ישראל משנת 2016<sup>12</sup>. הוועדה ציינה כי היא מודאגת ממידע לפיו המדינה דוחה, על בסיס שיקולי ביטחון, את ההחזרה של 18 גופות של פלסטינים למשפחותיהם. הוועדה המליצה למדינת ישראל

---

Andrew Clapham, Paola Gaeta and Marco Sassoli, *The 1949 Geneva Conventions a Commentary*, Oxford University Press, 294 (2015).

בפס"ד בעניין רוסיה שצוין לעיל, ציין בית הדין החלטות של הוועדה לזכויות אדם אליהן הפנו העותרים - לפיהן הסתרת מידע אודות גורל יקר (מועד מותו של אסיר הנדון למוות) ומניעת מידע על מקום קבורתו בנסיבות שתוארו בפניית עולה כדי הפרת האיסור על יחס בלתי אנושי.

The applicants also referred to seven opinions of the UN Human Rights Committee issued under the International Covenant on Civil and Political Rights in cases against Belarus, Tajikistan and Uzbekistan, in which the authorities had refused to inform the relatives of a prisoner under sentence of death of the date of execution, to return the body for burial or to disclose the place of burial (no. 886/1999, *Bondarenko v. Belarus*, 3 April 2003, paragraph 10.2; no. 887/1999, *Lyashkevich v. Belarus*, 3 April 2003, paragraph 9.2; no. 915/2000, *Sultanova v. Uzbekistan*, 30 March 2006, paragraph 7.10; no. 959/2000, *Bazarova v. Uzbekistan*, 14 July 2006, paragraph 8.5; no. 973/2001, *Khalilova v. Tajikistan*, 30 March 2005, paragraph 7.7; no. 985/2001, *Aliboeva v. Tajikistan*, 18 October 2005, paragraph 6.7; no. 1044/2002, *Shukurova v. Tajikistan*, 17 March 2006, paragraph 8.7). In particular, in the case of *Aliboeva v. Tajikistan* (no. 985/2001) the Human Rights Committee ruled as follows:

"6.7 The Committee has taken note of the author's claim that the authorities did not inform her about [her] husband's execution but continued to acknowledge her intercessions on his behalf following the execution. The Committee notes that the law then in force did not allow for a family of an individual under sentence of death to be informed either of the date of execution or the location of the burial site of the executed prisoner. The Committee understands the continued anguish and mental stress caused to the author, as the wife of a condemned prisoner, by the persisting uncertainty of the circumstances that led to his execution as well as the location of his gravesite. It recalls that the secrecy surrounding the date of execution and the place of burial, as well as the refusal to hand over the body for burial, have the effect of intimidating or punishing families by intentionally leaving them in a state of uncertainty and mental distress. The Committee considers that the authorities' initial failure to notify the author of the execution of her husband and the failure to inform her of his burial place, amounts to inhuman treatment of the author, in violation of article 7 of the Covenant"

*Sabanchiyeva and Others v. Russia* ECHR 38450/05 (2013). Para 93.

<sup>10</sup> International Covenant on Civil and Political Rights of 16 December 1966.

Article 7: "No one shall be subjected to torture or to cruel, inhuman or degrading treatment or punishment. In particular, no one shall be subjected without his free consent to medical or scientific experimentation."

<sup>11</sup> Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment of 10 December 1984.

Article 16

"1. Each State Party shall undertake to prevent in any territory under its jurisdiction other acts of cruel, inhuman or degrading treatment or punishment which do not amount to torture as defined in article I, when such acts are committed by or at the instigation of or with the consent or acquiescence of a public official or other person acting in an official capacity. In particular, the obligations contained in articles 10, 11, 12 and 13 shall apply with the substitution for references to torture of references to other forms of cruel, inhuman or degrading treatment or punishment.

2. The provisions of this Convention are without prejudice to the provisions of any other international instrument or national law which prohibits cruel, inhuman or degrading treatment or punishment or which relates to extradition or expulsion."

<sup>12</sup> Concluding Observations on the Fifth Periodic Report of Israel CAT/C/ISR/CO/5;

לנקוט בצעדים הדרושים כדי להחזיר את גופות הפלסטינים שטרם הוחזרו לקרוביהם בהקדם האפשרי כדי שיוכלו להיקבר בהתאם למסורות והמנהגים הדתיים שלהם, ולהימנע מחזרה על מצבים דומים בעתיד.

**סיכום ביניים** - על פני הדברים, ההתייחסות המפורשת של דיני זכויות אדם לסוגיה של החזרת גופות היא מצומצמת מאוד. ישנם מספר עקרונות מהם ניתן להסיק חובה לפעול לכיבוד המת, למניעת הפגיעה בחיי המשפחה ולמניעת גרימה של כאב וסבל בלתי אנושיים, אך היקף הדוגמאות הרלוונטיות ליישום עקרונות אלו מצומצם. לא מצאנו התייחסות בדיני זכויות האדם למבנה של השבה הדדית של גופות.

### הוראות הדין ההומניטרי:

הדין ההומניטרי מכיל מספר הוראות הנוגעות לטיפול ראוי בגופותיהם של חללים במסגרת עימות מזויין, הן כאלו הזכאים למעמד של לוחמים והן אזרחים.

נציין בהקשר זה כי לשיטתה של מדינת ישראל, בהינתן המציאות העובדתית הנוכחית, ניתן לראות במחבלים הפעילים באורגנים רלוונטיים של ארגון הטרור חמאס, דוגמת הזרוע הצבאית, כמהווים חברים ב"קבוצה חמושה" (Organized Armed Group)<sup>13</sup>, במובחן מאזרחים או אזרחים הנוטלים חלק ישיר בלחימה (DPH)<sup>14</sup>. אמנם, מעמד זה בעל נגזרות בעיקר בהיבטים הנוגעים לדיני המטרות אך נוכח מצב עובדתי זה ניתן בראייתנו ללמוד, בדרך של היקש, מההסדרים הרלוונטיים לגבי לוחמים גם לעניינו. במסגרת מזכר זה, לא נדרשנו לניתוח פרטני לצורך שיוך המחבלים שגופותיהם מתבקשות לקטגוריות השונות. זאת, היות שבסיכומו של דבר, וכפי שיפורט להלן, בכל הנוגע לשאלת קיומה של חובת השבת גופות, המסקנה ביחס לקטגוריות השונות שמותם ארע על רקע עימות, דומה.

ההסדרים השונים הנוגעים לגופות מתבססים על שני ערכים מרכזיים – האחד, שמירה על כבוד המת – ועל כן הסדרים הנוגעים לקבורה הולמת; השני – זכות המשפחות לדעת את גורל יקיריהם וכן רצון לאפשר למשפחות לפקוד את קברי קרוביהם. על כן עוגנו חובות זיהוי, תיעוד, העברת מידע וכן הוראות הנוגעות להסדר השבת גופות אפשרי. בעוד שחובות דוגמת תיעוד, זיהוי, קבורה וכן הלאה הן חובות עצמאיות וחד-צדדיות לכל צד לעימות, הרי שהשבת גופות – בין אם לבקשת המשפחות או לבקשת הצדדים לעימות נושאת אופי הסדרי והסכמי יותר.

הסקירה שלהלן תתייחס הן להוראות הרלוונטיות לעימות בין-לאומי, ובכלל זה למצב של כיבוש, וכן לעימות שאינו בין-לאומי, וזאת מבלי להכריע בשאלת סיווג הסכסוך. די לציין בשלב זה שבעוד

<sup>13</sup> The 2014 Gaza Conflict: Factual and Legal Aspects, The State of Israel, 156 (May 2015). Available at: <http://mfa.gov.il/ProtectiveEdge/Pages/default.aspx>

<sup>14</sup> ראו והשוו בג"ץ הסיכולים הממוקדים בג"ץ 769/02 הועד הציבורי נגד עינויים נ' ממשלת ישראל, סב (1) 507 (2006).

שמדינת ישראל נמנעה מהבעת עמדה ברורה באשר לסיווג הסכסוך, בג"ץ קבע בעבר שמדובר בסכסוך בין-לאומי. כך או כך, נראה, כי ההוראות הרלוונטיות לעניינו דומות בשתי המסגרות, אם כי במידת פירוט שונה.

#### ההוראות החלות בעימות בין-לאומי

אמנת ג'נבה הראשונה<sup>15</sup> עוסקת במצבם של פצועים וחולים מבין אנשי הכוחות המזוינים בשדה הקרב. סעיף 16 לאמנת ג'נבה הראשונה מחייב כי צדדים לסכסוך יאספו, בהקדם האפשרי, מידע בנוגע לפצועים, החולים והמתים של הצד השני שנפלו בידיהם אשר יסייע בזיהויים וכי מידע זה יועבר, בהקדם האפשרי, לצד השני באמצעות לשכה מיוחדת (שתוקם לפי סעיף 120 לאמנת ג'נבה השלישית)<sup>16</sup>.

סעיף 17 לאמנה דן בסידורי קבורה ומחייב צד לסכסוך לזהות את המת, לשם עריכת תיעוד, לפני קבורתו<sup>17</sup>. עליו גם לוודא שהמתים נקברים באופן מכובד, ובמידת האפשר, בהתאם למנהגי הדת

---

<sup>15</sup> Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field. Geneva, 12 August 1949.

<sup>16</sup> Art. 16. "Parties to the conflict shall record as soon as possible, in respect of each wounded, sick or dead person of the adverse Party falling into their hands, any particulars which may assist in his identification.

These records should if possible include:

- (a) designation of the Power on which he depends;
- (b) army, regimental, personal or serial number;
- (c) surname;
- (d) first name or names;
- (e) date of birth;
- (f) any other particulars shown on his identity card or disc;
- (g) date and place of capture or death;
- (h) particulars concerning wounds or illness, or cause of death.

As soon as possible the above mentioned information shall be forwarded to the Information Bureau described in Article 122 of the Geneva Convention relative to the Treatment of Prisoners of War of 12 August 1949, which shall transmit this information to the Power on which these persons depend through the intermediary of the Protecting Power and of the Central Prisoners of War Agency...."

<sup>17</sup> Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field. Geneva, 12 August 1949.

Art. 17. "Parties to the conflict shall ensure that burial or cremation of the dead, carried out individually as far as circumstances permit, is preceded by a careful examination, if possible by a medical examination, of the bodies, with a view to confirming death, establishing identity and enabling a report to be made. One half of the double identity disc, or the identity disc itself if it is a single disc, should remain on the body.

Bodies shall not be cremated except for imperative reasons of hygiene or for motives based on the religion of the deceased. In case of cremation, the circumstances and reasons for cremation shall be stated in detail in the death certificate or on the authenticated list of the dead.

They shall further ensure that the dead are honourably interred, if possible according to the rites of the religion to which they belonged, that their graves are respected, grouped if possible according to the nationality of the deceased, properly maintained and marked so that they may always be found. For this purpose, they shall organize at the commencement of hostilities an Official Graves Registration Service, to allow subsequent exhumations and to ensure the identification of bodies, whatever the site of the graves, and the possible transportation to the home country. These provisions shall likewise apply to the ashes, which shall be kept by the Graves Registration Service until proper disposal thereof in accordance with the wishes of the home country.

הרלוונטית. על הצד לוודא שמקומות הקבורה מכובדים, מאורגנים ככל הניתן לפי מדינת האזרחות של המתים ומסומנים כיאות על מנת שתמיד ניתן יהיה לאתרם. למטרה זו, על הצד לסכסוך להקים שירותי מרשם קבורה רשמיים (Official Graves Registration Service) שיאפשרו בעתיד הוצאת הגופות מן הקברים והעברתם למדינת המוצא (the possible transportation to the home country).

בנוסף, מוקדם ככל הניתן, ולא יאוחר מתום הסכסוך, שירותי מרשם הקבורה של כל צד יעבירו לצד השני מידע אודות המיקום המדויק של הקברים ופרטי המתים שנקברו בהם.

באשר לאזכור בסעיף 17 לאפשרות כי הגופות יועברו בעתיד למדינת המוצא, בדברי הפרשנות לאמנה מבהיר המלומד פיקטה, שהתייחסות זו מהווה למעשה פשרה בין נציגי המדינות שהשתתפו בכנס הדיפלומטי לגיבוש האמנה - חלק מן המשלחות הציעו כי החזרת הגופות תהיה בגדר חובה, אחרים ביקשו שלא להזכיר אפשרות זו כלל, זאת היות ש"מנהג הוא בחלק מן המדינות להביא את המתים הביתה בתום הסכסוך, בעוד שאחרים מעדיפים שייקברו בזירה בה נפלו. על מנת ליתן מענה לזו ואף לזו, האפשרות נותרה פתוחה"<sup>18</sup>.

בשנת 2016 פרסם הצלב האדום דברי פרשנות מעודכנים לאמנה הראשונה (קומנטאר)<sup>19</sup>. ביחס לסעיף 17, בדברי הפרשנות המעודכנים הורחב הדיון בנושא אופן קבורת המתים. בהתאם לדברי הפרשנות, צד לסכסוך יכול למלא חובה זו בדרכים שונות, לרבות בדרך של החזרת הגופות לידי המשפחות. הקומנטאר מוסיף כי הדרך העדיפה למילוי החובה של קבורה נאותה היא החזרת הגופות למשפחות על מנת שאלו יקברו אותן על פי מנהגי דתם. דרך זו גם מאפשרת למשפחות להתאבל על יקיריהם. לשיטת הקומנטאר המעודכן, ניתן לראות בהשבת מתים למשפחותיהם כמגשימה מטרה הומניטארית בסיסית, המוכרת בדין הבין-לאומי המנהגי וההסכמי<sup>20</sup>. על אף כל האמור, נמנעים דברי הפרשנות מקביעה ברורה כי קיימת הוראת דין מחייבת לעניין החזרת גופות.

הסדרים דומים לאלו הקבועים בסעיפים 16-17 לאמנת ג'נבה הראשונה, עוגנו בסעיפים 19-20 לאמנת ג'נבה השנייה להטבת מצבם של פצועים חולים וניצולי ספינות שנטרפו מבין אנשי הכוחות

---

As soon as circumstances permit, and at latest at the end of hostilities, these Services shall exchange, through the Information Bureau mentioned in the second paragraph of Article 16, lists showing the exact location and markings of the graves, together with particulars of the dead interred therein."

<sup>18</sup> Pictet, page 181: "...Certain delegations at the Conference proposed making the provision imperative; others wished to omit it altogether. It is the custom in some countries to bring the dead home at the close of hostilities, while others prefer to have them buried in the actual theatre where they have fallen. To satisfy both requirements, the clause was left optional".

<sup>19</sup> נציין כי לישראל הסתייגויות שונות מקומנטאר זה, הן באשר למתודולוגיה לביסוס מסקנותיו והן באשר לעמדות המהותיות המובעות בו ביחס לנושאים שונים.

<sup>20</sup> International Committee of the Red Cross, Commentary of 2016, 1644-1645: "The obligation to ensure that the dead are buried or cremated can be satisfied in different ways.... The preferred option is the return of the remains of the deceased to their families so that they may bury or cremate them in accordance with their religious beliefs and practices. Another reason why this option is preferable is that it enables the families to mourn their loved ones. Indeed, return of the dead to their families can be considered a basic humanitarian goal, recognized in both conventional and customary humanitarian law".



המזויינים בים<sup>21</sup>, בסעיף 120 לאמנת ג'נבה השלישית בדבר הטיפול בשבויי מלחמה<sup>22</sup> ובסעיף 130 לאמנת ג'נבה הרביעית בדבר הגנת אזרחים בעת מלחמה<sup>23</sup> הנוגע לטיפול בעצורים מנהליים שמצאו את מותם במהלך המעצר<sup>24</sup>.

---

<sup>21</sup> Convention (II) for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea. Geneva, 12 August 1949.

Art 19. The Parties to the conflict shall record as soon as possible, in respect of each shipwrecked, wounded, sick or dead person of the adverse Party falling into their hands, any particulars which may assist in his identification. These records should if possible include:

- (a) designation of the Power on which he depends;
- (b) army, regimental, personal or serial number;
- (c) surname;
- (d) first name or names;
- (e) date of birth;
- (f) any other particulars shown on his identity card or disc;
- (g) date and place of capture or death;
- (h) particulars concerning wounds or illness, or cause of death. As soon as possible the above-mentioned information shall be forwarded to the information bureau described in Article 122 of the Geneva Convention relative to the Treatment of Prisoners of War of August 12, 1949, which shall transmit this information to the Power on which these persons depend through the intermediary of the Protecting Power and of the Central Prisoners of War Agency.

Parties to the conflict shall prepare and forward to each other through the same bureau, certificates of death or duly authenticated lists of the dead. They shall likewise collect and forward through the same bureau one half of the double identity disc, or the identity disc itself if it is a single disc, last wills or other documents of importance to the next of kin, money and in general all articles of an intrinsic or sentimental value, which are found on the dead. These articles, together with unidentified articles, shall be sent in sealed packets, accompanied by statements giving all particulars necessary for the identification of the deceased owners, as well as by a complete list of the contents of the parcel.

**הקומנטאר המעודכן** לאמנה זו, אשר פורסם בחודש מאי 2017, מפרש את המונח "מהר ככל הניתן" כהעברת המידע באופן המהיר ביותר שהאמצעים הקיימים מאפשרים (לדוגמה - באופן אלקטרוני). הקומנטאר המעודכן מתייחס לקיומה של זכות לבני המשפחה לדעת את גורל קרוביה הנעדרים ומציין כי תחת המשפט המנהגי הבין-לאומי, כל צד לסכסוך נדרש לספק למשפחה מידע שיש ברשותו בדבר גורל יקיריהם. הסתרת המידע במכוון ביחס לנעדרים שולל את הזכות של המשפחה לדעת את גורל יקיריה. הקומנטאר מציין כי למדינה יכול להיות אינטרס מוצדק להסתיר סוג מסוים של מידע, אך באופן כללי גורל יקיריהם, בין אם מת או בשבי, חייב להיות ידוע למשפחה ויש להעבירו. ראו:

ICRC, Commentary on the Second Geneva Convention: Convention (II) for the Amelioration of the Condition of the Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea, 2nd edition, para. 1765 and 1777 (2017). Art 20. Parties to the conflict shall ensure that burial at sea of the dead, carried out individually as far as circumstances permit, is preceded by a careful examination, if possible by a medical examination, of the bodies, with a view to confirming death, establishing identity and enabling a report to be made. Where a double identity disc is used, one half of the disc should remain on the body.

If dead persons are landed, the provisions of the Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field of August 12, 1949 shall be applicable. מדברי הפרשנות של פיקטה עולה כי הגנות בסעיף זה מקבילות להגנות המופיעות בסעיף 17 לאמנת ג'נבה הראשונה בהתאמה לנסיבות הרלוונטיות לים. פיקטה מפרט כי יש לטמון את המתים באופן מכובד, ובמידת הצורך לאור המנהגים הדתיים המתאימים, יש לכבד את הקברים, יש לשמור עליהם ולסמנם. למטרה זו יש לארגן, בראשית העימות (hostility) רשות רשמית לרישום קברים, כדי לאפשר את הוצאתם מהקברים וזיהוי הגופות, והשבתן האפשרית של הגופות למדינת האם. הוראות אלו חלות גם על אפר. מיד כאשר הנסיבות מאפשרות, ולכל המאוחר לאחר תום העימות, על הרשות האמורה להחליף מידע בנוגע למקום המדויק של הקברים והיכן טמונים המתים. סעיף זה חל גם על גופות שנאספו בים. פיקטה 1960, עמ' 174-150.

**הקומנטאר המעודכן** משנת 2017 מציין ביחס לסעיף זה כי ההגנות ביחס לטיפול במתים, וכדוגמה אלו הנוגעות בזיהוי, קשורות בהוראות ביחס לנעדרים וזכות המשפחה לדעת את גורל קרוביה. הקומנטאר מציין כי חובת הצדדים היא לקבור בכבוד את המתים, חובה זו יכולה להתממש בדרכים שונות, אחת מהן יכולה להיות על ידי קבורת הגופות על ידי המשפחה. כמו כן מציין הקומנטאר האפשרות המועדפת לקבורה היא השבת הגופות למשפחה כדי שאלו יוכלו לקבור אותן לפי מנהגי ואורכות הדת שלהם. סיבה נוספת לכך היא מתן אפשרות למשפחה תוכל להתאבל על יקיריה. הקומנטאר מציין כי השבת הגופה למשפחה יכולה להיחשב כמטרה הומניטרית אשר מוכרת במשפט ההומניטארי

בעוד שמעבר להתייחסות האמורה לגופות עצורים מנהליים, אמנת ג'נבה הרביעית<sup>25</sup>, אינה מתייחסת מפורשות לשאלת השבת גופות, סעיף 27 לאמנה נותן הקשר חשוב להחלטות שמתקבלות בהקשר לטיפול בגופות ולהחזרתן, באשר הוא קובע חובה לשמור על כבודה של האוכלוסייה המוגנת<sup>26</sup>, בכל מצב, לרבות זכויות משפחה אמונה ומנהלים דתיים ואורח חיים.

המנהגי וההסכמי. כמו כן מציין הקומנטאר כי אפשרות זו תהיה נתונה ליכולת הרלוונטית של הספינה, האפשרות לעגון (landing) ודרישות מבצעיות.

הקומנטאר מציין כי קבורה בים איננה שוללת את האפשרות של קבורה באדמה (on land) ואף זו עדיפה על הראשונה שכן קבורה בים מקשה על גישת המשפחה למקום הקבורה. עוד מציין הקומנטאר כי לאור הצורך בהתחשבות במשפחת המת, והעדפת הקבורה על ידי המשפחה, על הצדדים לסכסוך לשקול ברצינות אחסון והשבת הגופות לחוף. קומנטאר הצלב האדום (2017), פסקאות 1822-1825.

<sup>22</sup> Convention (III) relative to the Treatment of Prisoners of War. Geneva, 12 August 1949, Article 120: "... The detaining authorities shall ensure that prisoners of war who have died in captivity are honourably buried, if possible according to the rites of the religion to which they belonged, and that their graves are respected, suitably maintained and marked so as to be found at any time. Wherever possible, deceased prisoners of war who depended on the same Power shall be interred in the same place.

Deceased prisoners of war shall be buried in individual graves unless unavoidable circumstances require the use of collective graves. Bodies may be cremated only for imperative reasons of hygiene, on account of the religion of the deceased or in accordance with his express wish to this effect. In case of cremation, the fact shall be stated and the reasons given in the death certificate of the deceased.

In order that graves may always be found, all particulars of burials and graves shall be recorded with a Graves Registration Service established by the Detaining Power. Lists of graves and particulars of the prisoners of war interred in cemeteries and elsewhere shall be transmitted to the Power on which such prisoners of war depended. Responsibility for the care of these graves and for records of any subsequent moves of the bodies shall rest on the Power controlling the territory, if a Party to the present Convention. These provisions shall also apply to the ashes, which shall be kept by the Graves Registration Service until proper disposal thereof in accordance with the wishes of the home country."

ביחס לשבויי מלחמה ניתן לפנות גם לסעיף 20 לתקנות האג:

Convention (IV) respecting the Laws and Customs of War on Land and its annex: Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land. The Hague, 18 October 1907. Art. 20. After the conclusion of peace, the repatriation of prisoners of war shall be carried out as quickly as possible.

<sup>23</sup> Convention (IV) relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War. Geneva, 12 August 1949.

<sup>20</sup> Art. 130. The detaining authorities shall ensure that internees who die while interned are honourably buried, if possible according to the rites of the religion to which they belonged and that their graves are respected, properly maintained, and marked in such a way that they can always be recognized.

Deceased internees shall be buried in individual graves unless unavoidable circumstances require the use of collective graves. Bodies may be cremated only for imperative reasons of hygiene, on account of the religion of the deceased or in accordance with his expressed wish to this effect. In case of cremation, the fact shall be stated and the reasons given in the death certificate of the deceased. The ashes shall be retained for safe-keeping by the detaining authorities and shall be transferred as soon as possible to the next of kin on their request.

As soon as circumstances permit, and not later than the close of hostilities, the Detaining Power shall forward lists of graves of deceased internees to the Powers on whom deceased internees depended, through the Information Bureaux provided for in Article 136. Such lists shall include all particulars necessary for the identification of the deceased internees, as well as the exact location of their graves.

<sup>25</sup> עמדתה ארוכת השנים של מדינת ישראל היא שאמנת ז'נבה הרביעית אינה חלה דה יורה בשטחים, אך היא מכבדת, דה פקטו, את ההוראות ההומניטאריות של האמנה. ראו: בג"ץ 698/80 קוואסמה נ' שר הביטחון, פ"ד לה (1) 617; בג"ץ 393/82 ג'מעית אסכאן אלמעלמון, אגודה שיתופית רשומה בדין במפקדת איזור יהודה והשומרון נ' מפקד כוחות צה"ל באיזור יהודה והשומרון, פ"ד לז (4) 785, עמ' 194; בג"ץ 7015/02 עג'ורי נ' המפקד הצבאי לאזור יהודה והשומרון, פ"ד נו (6) 352, עמ' 364; בג"ץ 3278/02 המוקד להגנת הפרט נ' מפקד כוחות צה"ל באיזור הגדה המערבית, פ"ד נו (1) 385, עמ' 396; בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח (5) 817, עמ' 827; בג"ץ 7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל, פס' 14 לפסק הדין.

<sup>26</sup> נציין כי סעיף זה הינו סעיף כללי החל ביחס לכלי הארצות מוגן – כלומר כל ארצות – המוצא עצמו בידי צד נגדי לעימות במצב של עימות או כיבוש. אנשים המוגנים תחת יתר אמנות ג'נבה – פצועים, חולים ושבויי מלחמה אינם מהווים מוגנים תחת האמנה הרביעית. ראו סעיף 4 לאמנה:

במקביל, קובע הסעיף כי הצדדים לסכסוך רשאים לנקוט כלפי האוכלוסייה המוגנת באמצעי השליטה והביטחון הנדרשים בעקבות הסכסוך.<sup>27</sup> בדברי הפרשנות לאמנה זו, ציין פיקטה כי סעיף זה הוא הבסיס לאמנה זו והגנות המעוגנות בה, וכי יש לפרש את הזכויות המוגנות תחת סעיף זה באופן רחב ככל הניתן.<sup>28</sup> זכויות המשפחה המוזכרות בסעיף זה, מעוגנות גם בתקנה 46 לתקנות האג, ומשמעותן, כך לפי פיקטה, הגנה על היחידה המשפחתית.<sup>29</sup>

בפסיקתו ביחס לעיכוב השבת גופות והצבת תנאים לגבי אופן קבורתן הבהיר בג"ץ כי בבסיס סעיף 27 עומדת ההכרה בכבוד האדם, ובכלל זה כבוד הנפטר וכבוד משפחתו.<sup>30</sup>

---

Art. 4. Persons protected by the Convention are those who, at a given moment and in any manner whatsoever, find themselves, in case of a conflict or occupation, in the hands of a Party to the conflict or Occupying Power of which they are not nationals.

Nationals of a State which is not bound by the Convention are not protected by it. Nationals of a neutral State who find themselves in the territory of a belligerent State, and nationals of a co-belligerent State, shall not be regarded as protected persons while the State of which they are nationals has normal diplomatic representation in the State in whose hands they are.

The provisions of Part II are, however, wider in application, as defined in Article 13.

Persons protected by the Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field of 12 August 1949, or by the Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea of 12 August 1949, or by the Geneva Convention relative to the Treatment of Prisoners of War of 12 August 1949, shall not be considered as protected persons within the meaning of the present Convention.

<sup>27</sup> Article 27: "Protected persons are entitled, in all circumstances, to respect for their persons, their honour, their family rights, their religious convictions and practices, and their manners and customs. They shall at all times be humanely treated, and shall be protected especially against all acts of violence or threats thereof... However, the Parties to the conflict may take such measures of control and security in regard to protected persons as may be necessary as a result of the war."

<sup>28</sup> J.S Pictet Commentary: IV Geneva Convention- Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, 199 (1952).

<sup>29</sup> מדברי הפרשנות של פיקטה לסעיף 27 עולה כי הזכות לחי משפחה כוללת לא רק את הזכות לשימור הקשר המשפחתי, אלא גם להשיבו במידה ונותק כתוצאה ממצב של מלחמה. זאת ניתן ללמוד מההסדרים של סעיפים 25 (התכתבות עם המשפחה) סעיף 26 וחלק מתתי הסעיפים של סעיפים 39, 40 ו-50.  
ראו:

J.S Pictet Commentary: IV Geneva Convention- Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, 202-203 (1952).

<sup>30</sup> בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד (5) נח(5) 807, 836 (2004); בבג"ץ 3933/92 מוסטפה ברכאת ואח' נ' אלוף פיקוד המרכז, פ"ד מו (5) 1, 7-6 (1992) עמד הנשיא ברק על האיזון בין כבוד בני משפחתו של המחבל ושיקולי הביטחון אותם רשאי לקחת מפקד האזור: "מהי המסגרת הנורמטיבית אשר בה חייב המפקד הצבאי להפעיל את שיקול דעתו? על המפקד הצבאי לקחת בחשבון, מחד גיסא, שיקולים הקשורים בכבוד האדם. שיקול זה כפול הוא, והוא משתרע על כבודו של הנפטר וכבוד משפחתו. בקבורתו המכובדת והנאותה של נפטר, מקיימים את כבוד המת ואת כבוד החי גם יחד... שיקול זה חשוב הוא, ועל המפקד הצבאי ליתן לו משקל ניכר. מאידך גיסא, על המפקד הצבאי להתחשב בצורך לקיים סדר ובטחון באזור. עליו לשמור על שלומם של כוחות הבטחון, ועליו לשמור על בטחונם של תושבי האזור (הערבים והיהודים כאחד). עליו לקיים את הסדר הציבורי באזור ולאכוף בו את החוק."  
...

אכן, נדרש איזון ראוי בין שיקולים הקשורים בכבוד המת ומשפחתו מזה ושיקולים הקשורים בבטחון האזורי והסדר בו מזה. איזון זה מכיר בעליונות השיקול הבטחוני, אך הוא קובע אמות-מידה באשר למצבים אשר בהם עליונות זו משתכללת הלכה למעשה. איזון זה עוסק בעיקרו בשתי שאלות: האחת, מידת ההסתברות לפגיעה בבטחון, בשלום ובסדר הציבורי אם תינתן מלוא ההכרה לשיקול בדבר כבוד המת ומשפחתו; השנייה, מידת הנזק בבטחון, בשלום ובסדר הציבורי המצדיקה צמצום או הגבלה של השיקול בדבר כבוד המת ומשפחתו.

מעבר לכך, ביחס להחזרת גופות אזרחים שמתו "מסיבות הקשורות בכיבוש" הפרוטוקול הנוסף הראשון לאמנת ג'נבה קובע הסדר מיוחד, כמפורט להלן.

**הפרוטוקול הנוסף הראשון לאמנות ג'נבה** (1977)<sup>31</sup> הינו המסמך הראשון בו עוגנה דרישה מפורשת להסדרת השבתן של גופות, בנסיבות המתאימות כמפורט סעיף 34 לפרוטוקול. נזכיר כי ישראל לא הצטרפה לפרוטוקול ואינה רואה בו כמבטא משפט מנהגי בין-לאומי. עמדה לפיה סעיף 34 האמור אינו מהווה משפט מנהגי הובעה אף בעמדת המדינה בבג"ץ ג'אנם 9893/03.

סעיף 32 לפרוטוקול קובע את העיקרון הכללי לפיו ביישום הסעיפים הרלוונטיים לטיפול בנעדרים ומתים (ס' 32 – 34) על הצדדים לסכסוך לפעול בעיקר על מנת להגשים את זכות המשפחות לדעת מה עלה בגורל קרוביהם<sup>32</sup>.

סעיף 34<sup>33</sup>, מתייחס לשרידיהם של בני אדם שמתו "מסיבות הקשורות בכיבוש" (דברי הפרשנות מבהירים כי גופות אנשים מוגנים בשטח כבוש שמתו שלא מסיבות הקשורות בכיבוש, חוסות תחת ההגנה של סעיף 27)<sup>34</sup>, או "במעצר כתוצאה מכיבוש או ממעשי איבה". כמו כן מתייחס הסעיף

---

<sup>31</sup> Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), 8 June 1977.

<sup>32</sup> Article 32: "General principle in the implementation of this Section, the activities of the High Contracting Parties, of the Parties to the conflict and of the international humanitarian organizations mentioned in the Conventions and in this Protocol shall be prompted mainly by the right of families to know the fate of their relatives."

<sup>33</sup> Article 34: "Remains of deceased 1. The remains of persons who have died for reasons related to occupation or in detention resulting from occupation or hostilities and those of persons not nationals of the country in which they have died as a result of hostilities shall be respected, and the gravesites of all such persons shall be respected, maintained and marked as provided for in Article 130 of the Fourth Convention, where their remains or gravesites would not receive more favourable consideration under the Conventions and this Protocol. 2. As soon as circumstances and the relations between the adverse Parties permit, the High Contracting Parties in whose territories graves and, as the case may be, other locations of the remains of persons who have died as a result of hostilities or during occupation or in detention are situated, shall conclude agreements in order: a) to facilitate access to the gravesites by relatives of the deceased and by representatives of official graves registration services and to regulate the practical arrangements for such access; b) to protect and maintain such gravesites permanently; c) to facilitate the return of the remains of the deceased and of personal effects to the home country upon its request or, unless that country objects, upon the request of the next of kin. 3. In the absence of the agreements provided for in paragraph 2 b) or c) and if the home country of such deceased is not willing to arrange at its expense for the maintenance of such gravesites, the High Contracting Party in whose territory the gravesites are situated may offer to facilitate the return of the remains of the deceased to the home country. Where such an offer has not been accepted the High Contracting Party may, after the expiry of five years from the date of the offer and upon due notice to the home country, adopt the arrangements laid down in its own laws relating to cemeteries and graves. 4. A High Contracting Party in whose territory the gravesites referred to in this Article are situated shall be permitted to exhume the remains only: a) in accordance with paragraphs 2 c) and 3, or b) where exhumation is a matter of overriding public necessity, including cases of medical and investigative necessity, in which case the High Contracting Party shall at all times respect the remains, and shall give notice to the home country of its intention to exhume the remains together with details of the intended place of reinterment."

<sup>34</sup> Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949 (1987):

1298 It therefore covers the following categories:

a 'Persons who have died for reasons related to occupation'

לשרידיהם של בני אדם שאינם בעלי הלאום של המדינה בה מתו כתוצאה ממעשי האיבה<sup>35</sup>.  
סעיף 34(2)(ג) קובע, כי מיד כשהנסיבות והיחסים בין הצדדים מאפשרים זאת, על הצדדים להגיע

1299 **The whole population of occupied territories seems to be covered by this provision. Nevertheless, the following are excluded:**

- civilian internees, as these enjoy greater protection under the Conventions (see above);
- the nationals of the Occupying Power. (1) However, under Article 75 ('Fundamental guarantees') the latter are entitled to humanitarian treatment if they are detained for reasons related to the conflict, (2) and it is clear that such [p.367] humanitarian treatment implies a respect for their remains and a decent gravesite;
- persons who have died for reasons not related to the occupation.** However, with the exception of nationals of States not Parties to the Conventions, **such persons are covered by Article 27** of the fourth Convention, which provides in particular that they are entitled in all circumstances "to respect for their persons, their honour, their family rights, their religious convictions and practices, and their manners and customs", and that "they shall at all times be humanely treated". It is clear here, too, that such a provision implies, at the very least, a respect for the remains of the dead and a decent burial in accordance with their religious practices.

1300 As regards Article 34, paragraph 1, this is concerned more specifically, as shown above, with persons who have died "for reasons related to occupation". **The connection between the occupation and the death is not defined more precisely. It basically relates to persons who are victims of armed conflicts, particularly of bombardments, and to persons killed by the armed forces of the Occupying Power for failing to comply with security regulations related to the occupation, such as curfews. It is probably advisable to limit this category to clear-cut cases such as these, and to exclude cases which are less clear, such as death which is to some extent hastened by a lack of medication or by the grief resulting from separation** (it may be recalled that respect for the remains and gravesites of persons who have died for such reasons is, in any case, implicitly imposed by Article 27 of the fourth Convention). (3)

1301 Finally, nationals of States not Parties to the Conventions should also be considered to be covered by this provision, (4) if they have died for reasons related to the occupation.

....  
הדגשה אינה במקור

<sup>35</sup> 1303 These are persons who are in the territory of a Party to the conflict and who are:

- neither nationals of that Party to the conflict ;
- nor persons who fall under a more favourable régime under the Conventions and Protocol I. (7)

1304 They therefore comprise:

- nationals of States not Parties to the conflict or co-belligerent States who are in the territory of a Party to the conflict where the State of which they are nationals has a "normal diplomatic representation", (8) and who are therefore excluded from the protection of Part III of the fourth Convention. In the event of their death, such persons are therefore covered by this provision, even if the problem should in principle be solved without recourse to international humanitarian law;
- nationals of the adverse Party (other than prisoners of war and civilian internees), nationals of States not Parties to the conflict and nationals of co-belligerent States who are in the territory of a Party to the conflict where the State of which they are nationals does not have a "normal diplomatic representation". In fact, such persons are covered by Part III of the fourth Convention, but apart from the general provisions of Article 27 (9), Part III does not contain any provisions concerning the remains and gravesites of the dead;
- nationals of States not Parties to the fourth Convention, who are therefore not Parties to the Protocol either.

1305 All such persons are covered by this provision of Article 34, **if they have died as a result of hostilities**. Death may be due in particular to bombardment or other attacks, possibly aimed directly at such persons in violation of international humanitarian law, or they may be victims of incidental

**להסכם** על מנת, בין היתר, (א) לאפשר גישה לאתרי הקבורה לקרובי הנפטרים ולהסדיר את הסידורים הנדרשים לצורך גישה זו (ב) להגן על אתרי קבורה ולתחזקם בקביעות (ג) לאפשר את החזרת שרידיהם של המתים וחפציהם האישיים לארץ מוצאם, על פי בקשתה או, אלא אם אותה מדינה מתנגדת, על פי בקשת השארים.

דברי הפרשנות לפרוטוקול מבהירים כי סעיף זה אינו חל ביחס לגופות בעניינן קיים הסדר מיוחד באמנות משנת 1949 (דהיינו, לוחמים (סעיף 17 לאמנת ג'נבה הראשונה), לוחמי-ים (סעיף 20 לאמנת ג'נבה השנייה), שבוי מלחמה (סעיף 120 לאמנת ג'נבה השלישית) ועצורים מנהליים (סעיף 130 לאמנת ג'נבה הרביעית))<sup>36</sup> אך עשויה לשמש מתווה לפעולה גם ביחס למקרים אלה, בפרט בהתייחס להשבת שרידים<sup>37</sup>.

בהתייחס להסדרת הגישה, דברי הפרשנות לפרוטוקול מסבירים כי יהיה צורך לאפשר את כניסתם של קרובי המשפחה לתוך שטח המדינה, במידת הצורך, בדרך של מתן אשרת כניסה. בשל הקושי הכרוך בכך, במיוחד במהלך הסכסוך, הפרוטוקול מטיל על המדינה המחזיקה בגופות לקבוע את ההסדרים הפרקטיים הדרושים, לרבות תחבורה, תאריכי ביקור, פקידים שיסיעו באיתור הקברים וכל יתר האמצעים הנדרשים על מנת לממש את זכויות בני המשפחה לבקר בקבר הנפטרים<sup>38</sup>.

סעיף 34(3) לפרוטוקול קובע הסדר למקרה שהצדדים לא מגיעים ביניהם להסכם בעניינים אלו, והוא כי הצד שבשטחו מצויים אתרי הקבורה רשאי להציע כי תתאפשר החזרתם של הנפטרים לארץ

---

damage resulting from attacks on military objectives. (10) Their death may be immediate or not. For example, if a man spends a year in hospital because of injuries caused by bombardment, and dies after this period from his injuries, he is of course covered. [p.369] But here, too, there may be borderline cases where the causal link between death and hostilities is not clear. **However, there must undoubtedly be a direct causal link.** (11)

**הדגשה אינה במקור**

<sup>36</sup>1297 Thus it concerns only remains and gravesites that "would not receive more favourable consideration under the Conventions and this Protocol". It therefore excludes:

- combatants who have died in battle and who are covered by Articles 15-17 of the first Convention, and by Articles 18-20 of the Second Convention;
- prisoners of war who have died during a period of detention and who are covered by Articles 120 and 121 of the Third Convention;
- protected civilians who have died during internment and who are covered by Articles 129-131 of the fourth Convention."

<sup>37</sup> 1330 It should be noted that the Conventions do not provide for the repatriation of the remains of deceased persons which are dealt with by specific provisions. (29) They do not, of course, exclude this, but they do not contain any procedure to be followed. Thus this provision can again serve as an example, not only for the dead explicitly covered, but also for those covered by the Conventions. When they presented the initial proposal, the co-sponsors clearly indicated that although they intended to extend the procedure to cases which had not been previously covered, their aim was still "a clarification of the procedure and time with respect to the duty to allow the exhumation and return of the remains of a deceased person". (30)

<sup>38</sup> ICRC, Commentary on the First Geneva Convention: Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field, 2nd edition, 2016. Para 760. available at:

<https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Comment.xsp?action=openDocument&documentId=59F6C DFA490736C1C1257F7D004BA0EC>

מוצאם. מקום בו הצעה כזו אינה מתקבלת, רשאי הצד, לאחר שפקעו חמש שנים ממועד ההצעה ובהודעה מתאימה למדינת המוצאה, לאמץ את הסידורים הקבועים בחוקיו שלו בקשר לבתי קברות וקברים.

הינה כי כן, גם ההסדר הקבוע בפרוטוקול הראשון אינו מחייב צד לסכסוך להחזיר גופות באופן חד צדדי. נהפוך הוא, מוטלת חובה הדדית על שני הצדדים להגיע להסדר מוסכם לעניין זה. חובה זו קמה "כשהנסיבות והיחסים בין הצדדים מאפשרים זאת". בדברי הפרשנות לפרוטוקול מצוין שהתיבה "כשהנסיבות והיחסים בין הצדדים מאפשרים זאת" נדונה ארוכות. נוסח זה אומץ, בשונה מהנוסח בסעיף 33 המגביל את הנסיבות לכאלו המתקיימות "לכל המאוחר עם תום מעשי האיבה". נראה כי הסיבה לכך, על פי דברי הפרשנות היא הקושי להגיע להסכמים מסוג זה בזמן שנמשכים מעשי האיבה. עוד על פי דברי הפרשנות, ניתן להתייחס ליחסים בין הצדדים לעימות כ"נסיבות" המאפשרות או שאינן מאפשרות הגעה להסדר ועל הצדדים לקבוע זאת.

עד הגעה להסדר, סעיף 34(1) קובע כי על המדינה שמחזיקה בגופות לכבדן ולכבד, לסמן ולתחזק את מקום קבורתן<sup>39</sup>.

#### הוראות החלות בעימות מזוין שאינו בין-לאומי

ההוראה המרכזית המתייחסת לעימותים שאינם בין-לאומיים הינה סעיף 3 המשותף לאמנות ג'נבה. סעיף זה אינו מתייחס במפורש לטיפול בגופות, אם כי ניתן לראות באיסור על פגיעה בכבוד ככולל

---

<sup>39</sup>Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), 8 June 1977.  
Article 34: "Remains of deceased 1. The remains of persons who have died for reasons related to occupation or in detention resulting from occupation or hostilities and those of persons not nationals of the country in which they have died as a result of hostilities shall be respected, and the gravesites of all such persons shall be respected, maintained and marked as provided for in Article 130 of the Fourth Convention, where their remains or gravesites would not receive more favourable consideration under the Conventions and this Protocol. 2. As soon as circumstances and the relations between the adverse Parties permit, the High Contracting Parties in whose territories graves and, as the case may be, other locations of the remains of persons who have died as a result of hostilities or during occupation or in detention are situated, shall conclude agreements in order: a) to facilitate access to the gravesites by relatives of the deceased and by representatives of official graves registration services and to regulate the practical arrangements for such access; b) to protect and maintain such gravesites permanently; c) to facilitate the return of the remains of the deceased and of personal effects to the home country upon its request or, unless that country objects, upon the request of the next of kin. 3. In the absence of the agreements provided for in paragraph 2 b) or c) and if the home country of such deceased is not willing to arrange at its expense for the maintenance of such gravesites, the High Contracting Party in whose territory the gravesites are situated may offer to facilitate the return of the remains of the deceased to the home country. Where such an offer has not been accepted the High Contracting Party may, after the expiry of five years from the date of the offer and upon due notice to the home country, adopt the arrangements laid down in its own laws relating to cemeteries and graves. 4. A High Contracting Party in whose territory the gravesites referred to in this Article are situated shall be permitted to exhume the remains only: a) in accordance with paragraphs 2 c) and 3, or b) where exhumation is a matter of overriding public necessity, including cases of medical and investigative necessity, in which case the High Contracting Party shall at all times respect the remains, and shall give notice to the home country of its intention to exhume the remains together with details of the intended place of reinterment."

איסורים על פגיעה בגופות וכן הלאה<sup>40</sup>. בנוסף, מציינים דברי הפרשנות המעודכנים לאמנה הראשונה כי בעוד שאין התייחסות מפורשת לחובות כלפי המתים, חובות כאלו מעוגנות בדין המנהגי ובכלל זה זיהוי, והשבת גופות למשפחות היכן שאפשרי לצורך קבורתן.<sup>41</sup>

הפרוטוקול הנוסף השני לאמנות ג'נבה (1977)<sup>42</sup>, עוסק בעימות שאינו בין-לאומי. גם לפרוטוקול זה לא הצטרפה ישראל ואינה רואה בו כמשקף משפט מנהגי. הפרוטוקול אינו כולל הוראות פרטניות בנוגע לקבורה או להשבת גופות, אך סעיף 8 לפרוטוקול<sup>43</sup> מעגן חובה לחפש אחר המתים, למנוע את ביזויים ולפנותם באופן ראוי. לדברי המלומד סיוקומארן, חובות אלו נתפשו על ידי מנסחי הפרוטוקולים כבעלות חשיבות רבה יותר בעימותים מסוג זה מאשר בעימותים בין-לאומיים<sup>44</sup>. בראייתו, מדובר בחובות בעלות מעמד מנהגי – וזאת בהתבסס על מחקר הצלב האדום לזיהוי משפט הומניטרי מנהגי. בספרו הבוחן את ההוראות הקיימות ביחס לעימותים שאינם בין-לאומיים, מציין המלומד סיוקומארן שלוש מחויבויות נוספות – העולות ביחס למתים. הראשונה היא כי על צדדים לסכסוך לשמור תיעוד בכל הנוגע למתים והנעדרים (זאת בהתאם לכלל 116 למחקר הצלב האדום למשפט הומניטרי מנהגי). סיוקומארן מסביר כי חובה זו קשורה לזכות לאמת בהקשר של "היעלמות כפויה" ולעקרון המקביל הכללי המצוי בפרוטוקול הנוסף הראשון, ביחס לזכות המשפחה לדעת את גורל יקירה. מחויבות שניה היא לסמן את קברים, מחויבות זו קשורה ומסייעת לחובה לחפש אחר המתים והנעדרים. כמו כן, קשורה מחויבות זו גם למחויבות השלישית – על צדדים לסכסוך להשתדל (must endeavor) לאפשר השבת הגופות לפי בקשת הצד לסכסוך אליו הן שייכות או לבקשת השארים. סיוקומארן מציין כי שלוש המחויבויות הללו נגזרות מכללי המשפט המנהגי, ומזכיר כי האסיפה הכללית של האו"ם קראה לצדדים לסכסוך מזויין, במנותק מסיווג הסכסוך,

<sup>40</sup> הקומנטאר המעודכן לאמנת ג'נבה השנייה (2017), ראו:

"611 The first value protected by the prohibition of violence to life and person is human life. This prohibition underlines the all-encompassing importance of respect for the lives of persons benefiting from the protection of common Article 3. Where not even their lives are respected, the provision's ultimate purpose, humane treatment, is unattainable." Para 611;

"633 The prohibition of mutilation in common Article 3 applies only to the living and does not extend to the mutilation of corpses. The protection from *permanent* disfigurement or loss of an organ or appendage necessarily presupposes that the victim is a living human being at the time of the prohibited act. Hence, the object and purpose of the prohibition of mutilation in common Article 3 does not relate to the dead. The mutilation of dead bodies is, however, prohibited under common Article 3 as it constitutes an outrage upon personal dignity. It is also a distinct prohibition under customary international law." Para 633.

ראו גם קלפהם עמ' 292.

<sup>41</sup> ICRC, Commentary on the First Geneva Convention: Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field, 2nd edition, 2016. Para 760. See at: <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Comment.xsp?action=openDocument&documentId=59F6CDFA490736C1C1257F7D004BA0EC>

<sup>42</sup> Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II), 8 June 1977.

<sup>43</sup> Art 8. "Search Whenever circumstances permit and particularly after an engagement, all possible measures shall be taken, without delay, to search for and collect the wounded, sick and shipwrecked, to protect them against pillage and ill-treatment, to ensure their adequate care, and to search for the dead, prevent their being despoiled, and decently dispose of them."

<sup>44</sup> Sandesh Sivakumaran, The Law of Non-International Armed Conflict, Oxford University Press, 280 (2012)



לקיימן<sup>45</sup>. עם זאת סיוקומארן מציין כי המעמד הנורמטיבי של שלוש המחויבויות הללו נתון למחלוקת, כאשר ביחס למחויבות השלישית – לעניין השבת גופות - מחקר הצלב האדום למשפט הומניטארי מנהגי מציין כי אין זה ברור אם דרישה זו מתבססת על תפיסה של חובה חוקית (sense of legal obligation)<sup>46</sup>. למרות אי הבהירות, סבור סיוקומארן כי ניתן למצוא בסיס לכל אחת מהדרישות הללו, בין היתר בפרקטיקה של קבוצות לוחמות<sup>47</sup>. המלומדת גבשון, מציגה עמדה מסתייגת יותר מתחולתו של הכלל ביחס להשבת גופות וחפצים אישיים בעימותים שאינם בין-לאומיים, אם כי גם בראייתה ניתן למצוא במחקר הצל"א תימוכין לכך שמדינות סבורות שהכלל חל גם בעימותים מסוג זה<sup>48</sup>.

#### מחקר הצלב האדום לזיהוי כללי המשפט ההומניטרי המנהגי

כפי שניתן לראות לעיל, עמדת הצל"א בדברי הפרשנות המעודכנים כמו גם עמדות מלומדים לעניין שאלת השבת גופות מפנה לכללי המשפט המנהגי שזוהו על ידי צל"א. לאחר מחקר שביצע הארגון פרסם הצל"א בשנת 2005 אגד כללים המשקפים בראייתו את המשפט ההומניטרי המנהגי. במסגרת זו, הצביע הצל"א על כלל מספר 114, לפיו על צדדים לסכסוך, בין-לאומי ושאינו בין לאומי, להשתדל לאפשר השבת שרידי גופות על פי בקשת הצד לעימות לו הן שייכות או לבקשת קרובי משפחה. בקביעה זו מתבסס הצל"א על ההוראות ההסכמיות שנסקרו לעיל, ובפרט סעיף 34 לפרוטוקול הראשון וכן לבחינה שביצע הארגון ביחס לפרקטיקה מדינתית. לעמדת הצל"א הפרקטיקה המדינתית מצביעה על האופי המנהגי של החובה ביחס לסכסוך בין-לאומי וכן הכרה גוברת גם בקיומה בסכסוך שאינו בין-לאומי.

במסגרת זו נבחנו מדריכים צבאיים של מדינות שונות וכן נבחנה פרקטיקה של מדינות בנוגע לחילופי גופות. המחקר שנערך מצביע על קבלה של מדינות את העמדה לפיה החזרת גופות עשויה להתבצע, בהסכמה בין הצדדים, בתום הסכסוך. כך, לדוגמה, במדריכים הצבאיים של אוסטרליה, בריטניה, צ'אד, קרואטיה, צרפת, הונגריה, הולנד, וארצות הברית<sup>49</sup>. עוד מפנה המחקר למספר מקרים בהם הוחזרו גופות בתום סכסוך. כך למשל, החזרה של גופות נופלים בהסכם בין מצרים לבין ישראל בשנות 1975 ו-1976. הסכם שביתת הנשק משנת 1953 בקוריאה בו נקבע כי נציגים מן הצד השני יהיו רשאים להיכנס לשטח הצד האחר על מנת לפנות את גופות חייליהם מקבריהם<sup>50</sup>.

<sup>45</sup> UN General Assembly, Res 3220 (XXIX).

<sup>46</sup> סיוקומארן, עמ' 238.

<sup>47</sup> סיוקומארן, עמ' 283.

<sup>48</sup> קלפהם, עמ' 293.

<sup>49</sup> [https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2\\_rul\\_rule114](https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_rul_rule114)

<sup>50</sup> Agreement between the Commander-in-Chief, United Nation Command, on the one hand, and the Supreme Commander of the Korean People's Army and the Commander of the Chinese People's Volunteers, on the other hand, Concerning a Military Armistice in Korea, Panmunjom, 27 July 1953. Article II(13)(f) of the 1953 Panmunjom Armistice Agreement provides:

[T]he Commanders of the opposing sides shall:

...

f. In those cases where places of burial are a matter of record and graves are actually found to exist, permit graves registration personnel of the other side to enter, within a definite time limit after this Armistice Agreement becomes effective, the territory of Korea under their military control, for the

ולהסכם סיום המלחמה והשבת השלום בווייטנאם משנת 1973 בו נקבעו הוראות אשר נועדו לאפשר השבה של גופות<sup>51</sup>.

גם מחקר זה, מצביע כאמור על כלל המגדיר דרישה להסדרה הסכמית אשר תאפשר השבת גופות.

### **סיכום ביניים**

ניתן לראות, כי הן ביחס ללוחמים והן ביחס למי שאינם לוחמים לא קיימת חובה פוזיטיבית להשבת גופות, אלא דרישה, המותנית בנסיבות מתאימות, להגעה להסדר הסכמי. החובות הקיימות נוגעות לקבורה הולמת הבאה לשמר את כבוד המת, וחובות לתיעוד וזיהוי במטרה לאפשר למשפחות המתים לדעת את גורלם, ולייצר תשתית שתאפשר השבת גופות ככל שהנסיבות יאפשרו זאת.

בהתייחס לתושבים מוגנים, בוודאי בנסיבות של כיבוש, ניתן לראות בסעיף 27 דרישה לאיזון ראוי בין השמירה על זכות המשפחה לבין שיקולי בטחון גם בנוגע להשבת גופות.

ככלל, התפתחות הדין, ובפרט הוראות הפרוטוקול הראשון (בו חברות מרבית מדינות העולם) מצביעות על מגמה המייחסת חשיבות להשבת גופות, וזאת מטעמים של הגנה על זכויות המשפחות.

### **לסיכום**

ההוראות הקיימות במשפט הבין-לאומי, הן בדיני זכויות האדם והן בדין ההומניטרי מבקשות להגן על שני ערכים מרכזיים – כבוד המת מחד, וזכות המשפחה מאידך. זכות המשפחה באה לידי ביטוי בעיקר, בזכות המשפחה לדעת את גורל יקיריה. זכות רחבה יותר למשפחה, כמו גישה לקברים ושאיפה לקבורה בידי המשפחה (בין היתר לשם מילוי כבוד המת) אינה מעוגנת מפורשות, אם כי ניתן לראות כי היא עומדת בבסיס ההוראות הקיימות בדין ההומניטרי ביחס להשבת גופות. כך, ההוראות הרלוונטיות הנוגעות למצבי סכסוך מזוין מאפשרות החזקת גופות, כאשר על צדדים לעימות לעשות מאמץ להשיבן, בהינתן נסיבות המאפשרות זאת. התנעת מהלך השבה שכזה יכול שיעשה לבקשת המשפחות, כפי שנעשה בעתירות בעניינו. בהתייחס לתושבים מוגנים, בוודאי בנסיבות בהן גם לשיטתנו חלים דיני התפיסה הלוחמתית, ניתן לראות בסעיף 27 דרישה לאיזון ראוי בין השמירה על זכות המשפחה לבין שיקולי בטחון גם בנוגע להשבת גופות.

---

purpose of proceeding to such graves to recover and evacuate the bodies of the deceased military personnel of that side, including deceased prisoners of war.

<sup>51</sup> Agreement on Ending the War and Restoring Peace in Viet-Nam, signed on behalf of the United States of America, the Republic of Viet-Nam, the Democratic Republic of Viet-Nam and the Provisional Revolutionary Government of South Viet-Nam, Paris, 27 January 1973. Art 8(b):

"The parties shall help each other to get information about those military personnel and foreign civilians of the parties missing in action, to determine the location and take care of the graves of the dead so as to facilitate the exhumation and repatriation of the remains, and to take any such other measures as may be required to get information about those still considered missing in action."

לאור כל האמור, מסקנתנו היא שהדין הפנימי החל בענייננו, קרי, תקנה 133(3) לתקנות ההגנה, כפי שפורשה בפסיקת בית המשפט העליון ועל ידי היועץ המשפטי לממשלה, עומד בדרישות המשפט הבין-לאומי, ואף מחמיר ביחס אליו.

עם זאת, כאמור בפתח הדברים, עולה חשש כי הטענה שלא קיימת כל חובה במישור המשפט הבין-לאומי להשבת גופות, עלולה להיות חרב פיפיות. העלאת טענה זו חותרת תחת דרישתה של מדינת ישראל להשבת גופות חלליה. גורמי חמאס יוכלו לטעון כי גם לשיטתה של ישראל אין חובה עליהם להשיב ללא תנאי גופות של חללים ישראלים. דומה כי כמדינה המייחסת ערך של ממש להשבת גופות חלליה, האינטרס של מדינת ישראל הוא בפיתוח הדין באופן שירחיב את החובה המשפטית להשבת חללים, ולא דווקא יצמצמה. חשוב כי שיקול זה יוצג גם בפני קובעי המדיניות בתחום רגיש זה.

בנסיבות אלה, על אף שלטעמנו ניתן מבחינה משפטית להגן על עמדה לפיה הדין הבין-לאומי אינו מחייב השבת גופות של מחבלים למשפחותיהם, המלצתנו היא לנקוט במשנה זהירות בהעלאת טענות הנסמכות על הדין הבין-לאומי בהקשר זה. נוכח רגישות העניין, ככל שתהיה כוונה לטעון טענה זו, המלצתנו היא כי הדבר ייעשה על דעת היועץ המשפטי לממשלה, לאחר שהוצגו בפניו כלל השיקולים הצריכים לעניין.

בברכה,

דניאל מארקס,

ייעוץ וחקיקה  
(המחלקה למשפט בין-לאומי)

הילה קוגלר-רמות,

ממונה- משפט בין-לאומי הומניטרי,  
ייעוץ וחקיקה  
(המחלקה למשפט בין-לאומי)