

מכון ירושלים לחקר ישראל

## ירושלים – היבטים משפטיים

דפי דיון מס' 3  
מהדורה שניה מורחבת

ערכה: אורה אחימאיר

ירושלים תשמ"ג

# חוק ירושלים – תולדותיו ותוצאותיו

## סטיפן אדלר

במנשר כמחוקק על ידי צבא הגנה לישראל.<sup>3</sup> מאחר שירושלים המערבית הוגדרה כמחוקקת על ידי צבא הגנה לישראל, במנשר חתום על ידי שר הבטחון דאז, דוד בן-גוריון,<sup>4</sup> הרי בתוקף פקודה זו היא הפכה לחלק בלתי נפרד מן המדינה.

### הכרה בירושלים כחלק ממדינת ישראל

מספר מדינות הכירו דה-פקטו בריבונות ישראל בירוש-לים.<sup>5</sup> מדינות אחרות הכירו בה דה-יורה.<sup>6</sup> מדינות עוינות לא הכירו בה כלל. דוגמה להכרה דה-פקטו נמצא במדינת יותה של אנגליה, כפי שנוסחה על ידי שר החוץ שלה לאמור:

"ממשלת הוד מלכותו אינה יכולה להכיר בריבונות ישראל בחלק של ירושלים המוחזקת על ידה. אף כי, והדבר כפוף להחלטה בדבר מעמדה הסופי של ירושלים, אנו מכירים בריבונותה דה-פקטו לגביהם. בהעניקה הכרה באותה עת לממלכת ירדן, לגבי אותם חלקים מפלסטינה המצויים בשלטונה של ירדן ובחזקתה, מחילה ממשלת הוד מלכותו את אותן מגבלות לגבי אותו חלק בירושלים המוחזק ונשלט על ידי ירדן. ממשלת הוד מלכותו מוסיפה לנקוט לגבי מעמד אותו חלק של ירושלים המוחזק בידי ישראל, באותה גישה שאמצה בעת הענקת הכרה דה-יורה למדינת ישראל ב-27 באפריל, 1950."<sup>7</sup>

איטליה הכירה אף היא בריבונות דה-פקטו של ישראל בירושלים והדברים מנוסחים בהחלטת בית הדין האיטלקי לענייני מנהל, לשאלת משרד החוץ האיטלקי, בענין דמי השכירות לבנין הקונסוליה בירושלים: מאחר שלירושלים שליטה דה-פקטו בירושלים, נאמר, ישולמו דמי השכירות עבור הקונסוליה האיטלקית לממונה הישראלי על נכסי נפקדים, כדרישת החוק הישראלי.<sup>8</sup> בכך תידחה התביעה לדמי שכירות מצד בעליו הערבי של בנין הקונסוליה, אשר לפי החוק הישראלי לא היה זכאי לדמי השכירות, משום שעזב את תחומי ישראל ב-1948 ונכסיו הוחזקו על ידי הממונה על נכסי הנפקדים.

גם בתי המשפט הבריטיים הכירו בריבונות דה-פקטו של ישראל בירושלים; במשפט הבנק הערבי בע"מ נגד ברק-ליס בנק בע"מ,<sup>9</sup> דרש התובע, שהסניף שלו היה ממוקם בתחום שליטתה של ירדן, סכומי כסף שהופקדו בסניף

חשיבותו של חוק יסוד ירושלים בירת ישראל, תש"ם – 1980\*, אשר התקבל בכנסת ב-30 ביולי 1980, היא בעיקר הצהרתית, בנסחו מחדש חקיקה ופסיקה קיימות. החוק מאשר למעשה, מציאות חוקית השוררת מכבר בירוש-לים,<sup>1</sup> ולכן משמעותו העיקרית היא מתן ביטוי לשאיפות לאומיות ולקשר היחיד במינו, בין העיר לבין עם ישראל. החוק נקבע כ"חוק יסוד" האמור להיות, ביחד עם חוקי יסוד אחרים, נדבך בחוקת מדינת ישראל, כנאמר ב"החלטת הררי" בכנסת הראשונה, ב-13 ביוני 1950, כדלקמן:

"הכנסת הראשונה מטילה על ועדת החוקה, חוק ומשפט להכין הצעת חוקה למדינה. החוקה תהיה בנויה פרקים פרקים באופן שכל אחד מהם יהווה חוק יסודי בפני עצמו. הפרקים יובאו בפני הכנסת, במידה שהוועדה תסיים את עבודתה, וכל הפרקים יחד יתאגדו לחוקת המדינה."<sup>2</sup>

עד כה חוקה הכנסת שבעה חוקי יסוד. אין נוהל קבוע לקבלתם והתואר "חוק יסוד" אינו מקנה להם תוקף עדיף מבחינה משפטית. כמה מחוקי היסוד שהתקבלו עד כה, כוללים התניות, המעוגנות בחוק עצמו והקובעות ששינויו אפשרי רק בהצבעת רוב. (פסקאות 4, 44 ו-45 בחוק יסוד: הכנסת). המשמעות החוקית של התניה כזו טרם הובררה בבית המשפט. אולם חוק יסוד ירושלים אינו כולל התניה מגבילה ואפשר לשנות את סעיפיו גם ללא הצבעת רוב.

### ירושלים המערבית – חלק ממדינת ישראל

עם תום המנדט הבריטי על ארץ ישראל, הכריזו מצרים, סוריה, ירדן ולבנון מלחמה על מדינת ישראל שזוה עתה נולדה – במטרה להשמידה. צבא ישראל הדף את מית-קפתן במלחמת העצמאות ומדינת ישראל זכתה בתום המלחמה, בשליטה על מערב ירושלים.

לאחר מלחמת העצמאות קבעה ממשלת ישראל את גב-לות המדינה, בהחילה את החוק והמשפט הישראליים על השטחים שבתחומה, ובכללם מערב ירושלים, שנכבשה על ידי צבא הגנה לישראל. הדבר נעשה בסעיף 1 בפקודת שטח השפוט והסמכויות, תש"ח – 1948 לאמור:

"1. כל חוק החל על מדינת ישראל כולה ייראה כחל על כל השטח הכולל גם את שטח מדינת ישראל וגם כל חלק מארץ ישראל אשר שר הבטחון הגדיר אותו

\* נוסח מלא של החוק ר' עמ' 50.

זקנה לזכאים גם כאשר הם מתגוררים בירושלים. באמנה בין בריטניה וישראל בענין שרותי תעופה, מוגדרת הטריטוריה בשתי המדינות כ"שטחי קרקע והמים הטריטוריאליים הסמוכים להם, המצויים בסוברניות, סוברניות, הגנה ונאמנות של המדינה". מסתבר אם כן, שכאשר מדובר בבעיות בעלות משמעות מעשית או חוקית, האומות דלעיל ואחרות, מכירות בירושלים כחלק בלתי נפרד ממדינת ישראל.

מדיניות הכרה של מדינות מבוססת בדרך כלל על שיקולים פוליטיים ויש לה היבטים משפטיים ספורים. התחמקות מהכרה היא על פי רוב אות לאי הסכמה פוליטית, המבוססת על אינטרסים לאומיים. אי הכרה אין משמעה שהמדינה "אינה קיימת" או שאין היא שלטת בתחומה, אלא שטעמים פוליטיים מונעים הסכמה או הכרה בחילופי השלטון.

ארה"ב ואומות אחרות, הרואות למשל בואתיקן מדינה עצמאית, אינן מכירות בה באופן רשמי כמדינה במסגרת החוק הבינלאומי, ואינן מקיימות אתה יחסים דיפלומטיים מלאים הכוללים חילופי שגרירים. דוגמה אחרת היא מזרח ברלין, שאינה מוכרת רשמית על ידי אומות מערביות רבות כחלק מן המדינה המזרח גרמנית – כמחאה פוליטית. אולם, מבחינה מעשית-חוקית נהנית מזרח ברלין מכל ההיבטים של הכרה מלאה.

סרובן של אומות להכיר בירושלים כחלק ממדינת ישראל אינו נוגע לשאלת איחוד העיר ב-1967. הוא נובע מן הסיבות הבאות: (1) מאחר וירושלים נועדה להיות גוף נפרד (*corpus separatum*) בתכנית החלוקה של האו"ם, אי אפשר להכיר בריבונותה של שום אומה בה, עד אשר יחתם חוזה שלום אשר יסדיר את מעמד העיר; (2) מניעים פוליטיים ובעיקר שאיפה לקיים יחסים טובים עם עמי ערב; (3) סרוב להכיר בסוברניות יהודית במקומות הקדושים לנצרות (4) העדר תביעה נחושה מצד ישראל להכרה בריבונותה בירושלים.

למעשה, מדיניותן של רוב האומות ביחס לשאלת הריבונות הישראלית בירושלים, היא לאשר ולאפשר את רוב התוצאות והמשמעויות של הכרה דה-יורה, מבלי להעניק הכרה כזו. הסרוב להעניק הכרה דה-יורה מתעלם איפוא מן העובדה, שבשטח מערב העיר ובשטחים בהם מתגוררים יהודים מאז 1967, הריבונות הישראלית מושרשת היטב ואין אפשרות רצינית לערער על היותם בהווה או בעתיד חלק בלתי נפרד ממדינת ישראל.

### ירושלים בירת ישראל

ב-13 בדצמבר 1949 הציע ראש הממשלה, דוד בן-גוריון, שהכנסת ומשרדי הממשלה יקבעו מושבם בירושלים. הכנסת קבלה את ההצעה והתכנסה לראשונה בירושלים

הנתבע לפני 1948. מאחר שסניף הבנק הנתבע בירושלים היה ממוקם בעת התביעה בתחום שליטתה של ישראל, לא איפשר החוק הישראלי את החזרת הכסף לתובע וסניף הבנק הנתבע בבריטניה נדרש לעשות כן. בית הלורדים קבע, שהזכות לקבלת תשלומים תמורת הפקדון בסניף הישראלי, מושהית בשל המלחמה ב-1948, ולאחר המלחמה, משמחזיקה ישראל בתחום שבו ממוקם הבנק, חלים עליו חוקי מדינת ישראל. לפיכך דין התביעה להידר-חות. בפסק דין אנגלי אחר, המלכה נגד מפקד כלא בריקסטון בשם שטרקס,<sup>10</sup> דחה בית הלורדים את בקשת שטרקס לצו שחרור ממאסר (הביאט קורפוס) ואישר הסגרתו לישראל בשל שבועת שקר וחיטפת ילד. שטרקס בצע את הפשע בישראל ובירושלים כאשר השתתף עם אחרים בחטיפת נכדו יוס'לה והעבירו מישראל לבריטניה, בניגוד לצו בית המשפט העליון ובהשבעו שבועת שקר בבית המשפט העליון בירושלים. אחת מטענותיו של שטרקס כנגד ההסגרה היתה, שמאחר שהפשע בוצע בירושלים ומאחר שבריטניה אינה מכירה בריבונות ישראל בירושלים, ומאחר שהסכם ההסגרה ישראל – בריטניה מתייחס ל"טריטוריה ישראלית", אי אפשר להסגירו לירושלים שאינה בבחינת טריטוריה ישראלית.

בית המשפט המחוזי האנגלי דחה טענה זו ואמר:

"מעולם לא היתה ואף כיום אין ריבונות מתחרה לשטח זה. שום מדינה אחרת אינה מוכרת כבעלת ריבונות דה-יורה עליו. שוב, ירושלים היא הבירה, מקום מושבם של הממשלה ובית המשפט העליון ולהוציא את ירושלים מתחומי מדינת ישראל, משמעו בהקשר זה, שלילת כל תוקף אפקטיבי מהסכם ההסגרה" (ע' 181, לורד פארקר).

בית הלורדים דחה את ערעור שטרקס וקבע שלישראל סמכות ושליטה דה-פקטו בירושלים והוסיף: ההבדל בין הכרה דה-פקטו לבין הכרה דה-יורה הוא כהבדל בין החלטה זמנית לקבועה, ולענין צו ההסגרה אין כל הבדל ביניהן.

למעשה, הכירו רוב האומות במרומו הכרה דה-יורה בירושלים כחלק בלתי נפרד ממדינת ישראל. חברות הרשומות בירושלים, הליכים רשמיים שבוצעו בה ובעלי תפקידים, הממונים ועובדים בירושלים, מוכרים על ידי רוב האומות. נישואין וגרושין שנרשמו בירושלים מוכרים מחוץ לישראל, וירושלים היא חלק בלתי נפרד מישראל באמנות בינלאומיות בנושאים כגון תקשורת, בריאות, עבודה, בטחון סוציאלי ושרותי דואר.<sup>11</sup>

באמנת הביטוח הלאומי בין ישראל ובריטניה מוגדר שטח ישראל כ"כל השטחים הנשלטים על ידי מדינת ישראל ביום 19 ביולי 1956". באמנת הביטוח הלאומי עם צרפת, תחומי ישראל מוגדרים כתחומי "מדינת ישראל". כך גם באמנה שנחתמה בין ישראל וגרמניה. בתוקף אמנות ביטוח לאומי, משלמות בריטניה, צרפת וגרמניה, קצבות

והכנסת, ומגעים דיפלומטיים עם גורמים ממשלתיים מתקיימים בה מעשה יום ביומו. לפיכך סביר בעיני, שבמקום סרובן להכיר בירושלים כבירת ישראל מסיבות פוליטיות, תנקוטנה המדינות במדיניות הוגנת התואמת את המציאות ותעקנה הכרה "על תנאי" שמשמעה, הכרה המותנית בהסדרת מעמדה של ירושלים באופן סופי בהסכם שלום ביום מן הימים.

### איחוד ירושלים 1967 – חקיקה ופסקי דין

לאחר מלחמת ששת הימים ב-28 ביוני 1967, הפכה הכנסת את ירושלים המזרחית לחלק בלתי נפרד מן המדינה, בהחילה עליה את המשפט, השיפוט והמינהל הישראליים ובהתקינה את פקודת העיריות בדרך המאפשרת את הרחבת הגבול המוניציפלי של העיר.<sup>15</sup> חקיקה זו קובעת במפורש, שירושלים היא חלק מארץ ישראל ובהתאם לפרשנות המקובלת של החוק הישראלי, כל חלק של ארץ ישראל המוחזק על ידי מדינת ישראל הופך לחלק מן המדינה על ידי החלת המשפט, השיפוט והמינהל עליו. החוק הישראלי אינו רואה חלקי ארץ ישראל, המוחזקים על ידי המדינה, כ"מוחזקים" או כ"מסופחים".

למדינת ישראל אין חוק המגדיר במדויק את גבולותיה או הקובע אילו חלקי ארץ הם בתחום המדינה. לפיכך התעוררה השאלה אם תיקון מס' 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט וצו סדרי השלטון והמשפט (מס' 1) תשכ"ז-1961 גרמו לצרוף מזרח העיר לירושלים, או שמא זו החלה של המשפט, השיפוט והמינהל הישראליים על אזורים אלה גרידא. טענה זו מבחינה בין החלת משפט שיפוט ומינהל על חלקי ארץ שהם חלק מן המדינה, לבין החלתם על אזורים שהם מחוץ לגבולותיה. מדינת ישראל יכולה לפי טענה זו, להחזיק בשטח ולהחיל עליו את חוקי המדינה ולא להתכוון להפוך אותו בכך לחלק ממנה. קיימת טענה אחרת, הגורסת ששאלות הקשורות בהגדרת גבולותיה של מדינת ישראל, אינן שפיטות והן יוכחו בבית המשפט על פי אישור שר החוץ.<sup>16</sup> כמו כן, נשמעה טענה שבהתאם לחוק הבינלאומי, אין ישראל זכאית לשלוט בירושלים מתוקף כיבוש צבאי, אלא מכח הסכם שלום אם וכאשר יושג.<sup>17</sup> כל הטענות דלעיל נדחו על ידי בית המשפט העליון אשר פרושו להחלת החוק הישראלי ב-1967 על מזרח ירושלים, מתמצה בדברי השופט י. כהן במשפט רויד ומצ'ס נגד בית המשפט הצבאי נפת חברון: "...ירושלים המזרחית ובכללה כפר סילואן, שבו מחזיקים העותרים חנות עתיקות, סופחה למדינת ישראל, ומהווה חלק משטחה".<sup>18</sup> קביעה זו חוזרת בפסקי דין נוספים של בית המשפט העליון: כמו למשל במקרה חאנזאליס נגד בית הדין של הכנסיה הפטריארכית היווני-נית-אורתודוקסית (י' זילברג וב' הלוי)<sup>19</sup> וכן במשפט בן-רב נגד שר הדתות<sup>20</sup> (י' אגרנט). מומחי חוק תמכו

ב-27 בדצמבר 1949. בהצעתו זו הבהיר בן-גוריון את הקונצנזוס הלאומי בסוגיית ירושלים לאמור:

"מאז כינון הממשלה הזמנית העמדנו הדאגה לשלומה, בטחונה וחיוזקה הכלכלי של ירושלים במרכז דאגותינו. בסערת המלחמה, כשירושלים היתה נתונה במצור, היינו נאלצים לקבוע זמנית מושב הממשלה בקריה, על יד תל-אביב, אולם למדינת ישראל היתה ותהיה רק בירה אחת – ירושלים הנצחית. כך היה הדבר מלפני שלושת אלפים שנה, וכך זה יהיה, כפי שאנו מאמינים – עד סוף כל הדורות"<sup>12</sup>.

חוקי ישראל קובעים חד-משמעית שירושלים היא בירת ישראל ומקום מושבם של הכנסת, של נשיא המדינה, של בית המשפט העליון ושל הממשלה.<sup>13</sup> בתקופת המנדט הבריטי ישבו הנציב העליון, המוסדות הלאומיים ובית המשפט העליון בירושלים. הסוכנות היהודית, שזכתה להכרת ארגון האומות המאוחדות כגוף המייצג את יהודי ארץ ישראל, ישבה גם היא בירושלים. מלבד היהודים, לא הכריזה שום קבוצה לאומית היושבת בארץ ישראל על ירושלים כבירתה.

**זכותה של מדינת ישראל לבחור בירושלים כבירה** היא זכות בסיסית של מדינה עצמאית, באשר הבחירה בעיר בירה נקבעת בתוקף חוקיה הפנימיים של המדינה ואין לה כל זיקה לחוק הבינלאומי. גם על זכותה של מדינה מארחת לקבוע באיזו עיר יהיה מושבן של נציגויות דיפלומטיות זרות מעולם לא חל ערעור. עקרון זה היה מובן מאליו כאשר העבירה ברזיל את בירתה לברזיל-ליה ותבעה מן השגרירויות לעקור אל הבירה החדשה עד לחודש ספטמבר 1972. גם בהולנד, שבירתה היא אמסטרדם, בחרה הממשלה לרכז את השגרירויות הזרות בהאג. ואם כי קיימות ממשלות שהיו מעדיפות לשכן את נציגותן באמסטרדם, הן נענו למשאלתה של המדינה המארחת וקבעו אותה בהאג. כאשר מדינות אחדות בקשו לשכן את נציגותן העיקרית בניו-יורק, התנגדה לכך מחלקת המדינה של ארה"ב והשגרירויות מרוכזות כיום בושינגטון הבירה.

ארה"ב, אף שאינה מכירה במזרח ברלין כבירתה של מזרח גרמניה, נענתה לבקשת הממשלה המזרח גרמנית ושגרירי רותה ממוקמת בברלין המזרחית.<sup>14</sup> ירושלים לא זכתה כאמור להכרת אומות אחרות כבירת ישראל. יש לכך משמעות פוליטית יותר מאשר משפטית, ואחת התוצאות הפוליטיות של אי-ההכרה היא קביעת משכנן של שגרירויות בתל-אביב. עם זאת ולמרות העדר הכרה בינלאומית מפורשת בירושלים כבירת ישראל, קיימת הכרה עקיפה ומרומזת מצד כל האומות: כל השגרירים מגישים את כתבי האמנה בירושלים, ראשי מדינות מתקבלים בה באופן רשמי על ידי הנשיא, ראש הממשלה

## חופש הדת בירושלים

בתקופת שלטונה של ירדן במזרח ירושלים, הובטח חופש הדת של המאמינים המוסלמים ונשמרה באופן כללי זכות הגישה והתפילה של הנוצרים במקומות המקודשים להם. אולם מיהודים (בעלי נתינות כלשהי) נשלל כליל חופש הגישה והפולחן הדתי במקומות המקודשים ליהדות. לגבי אתרים נוצריים, החילה ממשלת ירדן את דבר המלך במועצה על א"י (המקומות הקדושים) 1924<sup>25</sup> וניסתה להמשיך את הסטטוס קוו בענינם. אולם באותה עת, חיללה את קדושתם ופגעה בבטחונם של כמה מקומות קדושים לנצרות, בהציבה בהם כלי ירי ועמדות צבאיות וגרמה עקב כך לפגיעה בהם בעת מלחמת ששת הימים. לא אחת ניזוקו אתרים נוצריים בתקופת שלטון ירדן, כמו למשל בדליקה בכנסיית הקבר ב-1949. אולם אין הוכחה שממשלת ירדן נושאת באחריות למעשה זה. השליטה הירדנית במקומות הקדושים לא היתה מקובלת על האר מות (ובתוכן מדינות ערב) או על הכנסיות הנוצריות. תרמה לכך הגבלת זכויות הבעלות והרכישה של כנסיות וארגונים נוצריים לגבי נכסי דלא נידי הסמוכים למקומות קדושים, בחוק שנתקבל בירדן בשנת 1953.<sup>26</sup> חוק זה מנע מהפטריארך הרומי-קתולי של ירושלים מלרכוש נכסים בהר הזיתים, משום שכדברי מועצת השרים "ברור שמטרתו של הפטריארך האמור היא לנצל את הנכס".

ב-1964 החמיר הפרלמנט הירדני את הסייגים החלים על רכישת נכסים על ידי מוסדות נוצריים, בהרחיבו את תחולת החוק לירושלים כולה. חבר נוצרי בפרלמנט הירדני מחה על כך וטען שאמצעים אלה הם "אפליה" ו"קיצוץ זכויותיה של קבוצת אזרחים מסוימת". גם כנסיות נוצריות מחו על כך.<sup>27</sup>

יהודים בני כל האומות, היו מנועים על ידי ירדן מגישה ומזכות תפילה במקומות המקודשים ליהדות. ממשלת ירדן נושאת גם באשמת חילולם והריסתם של בתי כנסת, ישיבות ובתי עלמין יהודיים תוך הפרה של האמנה להגנה על נכסי תרבות בעת סכסוך מזויין. ההגבלות חלו גם על מוסלמים אזרחי ישראל שלא הורשו לבקר במקומות הקדושים לאיסלאם במזרח ירושלים. אתרים ארכיאולוגיים ועתיקות לא זכו להגנה על ידי ממשלת ירדן והערכה מסכמת של תקופת שלטונה בירושלים, מובילה למסקנה אחת: ירדן לא מילאה את חובתה ולא הבטיחה את זכויותיהן של כל הדתות. במיוחד בולטת אשמתה בחילול והרס אתרים יהודיים קדושים.

בניגוד למדיניות שהיתה נקוטה בידי ירדן, הקפידה ישראל על שלמותם ובטחונם של האתרים הקדושים לבני שלוש הדתות. לאחר 1967, נתגלו אתרים רבים הקדושים למוסלמים ולנוצרים והם שוקמו כפי ששוקמו אתרים יהודיים על ידי ממשלת ישראל ולעתים קרובות בשיתוף מוסדות דת זרים ואוניברסיטאות בחו"ל.

בפרשנות זו<sup>21</sup> ואם היה ספק בענין, בא חוק יסוד – ירושלים, וקבע ללא עוררין, שירושלים המאוחדת היא בירת ישראל. אפשר אמנם להניח, שהכנסת עשויה להחיל את החוק הישראלי, על אזורים שונים מבלי להפכם לחלק מן המדינה, אולם לא לכך התכוון המחוקק ב-1967. צריך גם להדגיש שהכנסת נהגה ב-1967 כפי שנהגה ב-1948 וקבעה את גבולות המדינה, באמצעות החלת המשפט, השיפוט והמינהל הישראליים, על התחומים שבקשה לכלול בתחום גבולותיה. טיעון מנוגד המסתמך על החוק הבינלאומי, כעילה המונעת בעד ישראל מלאחד את ירושלים, נדחה על ידי בית המשפט העליון.<sup>22</sup>

מבחינת המשפט הבינלאומי, שום מדינה לא היתה בעלת חזקה ושלטון בירושלים לפני ישראל. ירושלים המזרחית נכבשה כיבוש צבאי בידי ירדן ב-1948 וכיבוש זה לא הוכר אלא על ידי שתי אומות בלבד. לפיכך, אין המשפט הבינלאומי והמשפט הישראלי סותרים זה את זה בשאלת זכותה של ישראל להפוך את מזרח ירושלים לחלק מן המדינה. אפילו אם סתירה כזו היתה קיימת, היה החוק הישראלי מכריע את הכף בצורה ברורה: "הלכה פסוקה היא אצלנו שכאשר קיימת סתירה בין הדין הישראלי ובין המשפט הבינלאומי, שומה על בתי המשפט הישראליים, לתת תוקף לדין הישראלי".<sup>23</sup> התביעה, ששר החוץ יודיע

לבית המשפט אילו תחומים הם שטחה של המדינה, סותרת החלטה קודמת של בית המשפט העליון<sup>24</sup> וחלק מפקודת שטח השיפוט והסמכויות שצוטטה לעיל. שר החוץ אמור להודיע לבתי המשפט מהם גבולות המדינה לפי אמנה, הסכם שלום, או הסכם להפסקת אש ושר הבטחון מודיע מהו השטח המוחזק על ידי מדינת ישראל. אולם, אין הם רשאים לקבוע מהם גבולות המדינה ולא כל שטח המוחזק על ידי ישראל מהווה חלק ממנה. גבולות ישראל לא נקבעו בהסכם שלום. הסכם כזה קיים רק עם מצרים. הסכמים להפסקת אש אינם קובעים גבולות, לפיכך על המחוקק לקבוע בחוק מהם גבולות המדינה על ידי החלת המשפט, השיפוט והמינהל או על ידי אישור הסכם שלום.

ההבחנה בין מעמדה החוקי של מזרח ירושלים לזה של יהודה ושומרון, צוינה בפסק דין של רוידי. מדובר בעתירה על החלטת בית הדין הצבאי בחברון, שגרס כי הוא בעל זכות השיפוט, במקרה שבו היתה עבירה לכאורה על חוק העתיקות הירדני, האוסר העברת חפצי עתיקות לחו"ל. החפצים שבהם דובר, הועברו מחברון לירושלים. בית המשפט החליט, שהחוק הירדני מוסיף לשרור ביהודה ושומרון בתוקף מנשר של צה"ל ובהתאם לחוק זה, העברת העתיקות מיהודה ושומרון לירושלים היא בבחינת העברה לחו"ל, באשר ירושלים היא חלק בלתי נפרד ממדינת ישראל.

איחוד ירושלים ב-1967 שם קץ לאפליה כנגד נוצרים ויהודים, הכנסיות הנוצריות מגלות בדרך כלל הערכה למדיניות שאימצה מדינת ישראל וליחסה בפועל למקור מות הקדושים. תחת שלטון ישראל נהנות כל הדתות מחופש גישה ותפילה ובית המשפט העליון קבע: "זוהי הפעם הראשונה אחרי כל גלגולי הכיבוש ושינויי המשטר הרבים, שעברו על ארץ ישראל מאז חורבן בית השני, כי בעקבות נצחון צבאי נחקק על ידי השלטון האזרחי חוק המכיר בזכויות של בני כל הדתות, ללא העדפת אחת על אחרת..."<sup>28</sup>

מדיניות ישראל בענין זה נוסחה לאחרונה בהודעת שגריר ישראל למועצת הבטחון של האו"ם כלהלן: "ניהולם החופשי והבלתי תלוי של המקומות הקדושים על ידי כל דת ומוסדותיה הנבחרים מובטח ויהא מובטח, וזאת תוך שיתוף פעולה ותאום עם הרשויות בעניני דת הנוגעות בכך".<sup>29</sup>

## ירושלים כיום

כהצהרה פוליטית שנתמכה על ידי הקואליציה והאופוזיציה כאחד, מבטא חוק ירושלים לא רק את השאיפות הלאומיות בישראל, אלא מציאות קיימת. העיון בהבטיו השונים מביאנו לידי מסקנה, שהחוק לא שינה באופן משמעותי ומעשי את המצב המשפטי שנהג עד קבלתו. אולם ברור לכל, שכל הסדר שלום לגבי ירושלים בעתיד, יושפע לא רק מהלכות משפטיות, אלא בעיקר מן המצב הדמוגרפי. יותר ממאה שנים היהודים הם רוב באוכלוסיית העיר וכיום הם 71% מתושביה. הצעות אחרות הנשמעות גם כיום ביחס להסדר בירושלים, גורסות את חלוקתה מחדש והחזרת אזורי מזרח העיר לריבונות ערבית. פתרון כזה היה אולי אפשרי ב-1967, כאשר רוב האוכלוסייה היהודית היתה מרוכזת במערב העיר והאוכלוסייה הערבית — בתחומים שנשלטו קודם לכן על ידי ירדן. אולם כיום (הנתונים נכונים לדצמבר 1981), מתגוררים במזרח ירושלים 85,000 יהודים והם מהווים 42% מאוכלוסיית האזור שהיה נתון לשליטת ירדן. זוהי אחת הסיבות לכך, שערבים מתונים רבים נזחו את הדרישה לחלוקת העיר. יתר על כן, מאחר שאמת המידה ההוגנת ביותר לקבוע איזון מדינה תשלוט בירושלים, היא רצונם של התושבים, ברור כי רובם יתבע שירושלים תהיה חלק בלתי נפרד ממדינת ישראל. ירושלים המאוחדת של היום מהווה יחידה כלכלית אחת וחלק בלתי נפרד מכלכלת מדינת ישראל. חלוקת העיר אינה פתרון הגיוני או יעיל. אין טעם בביתורה של עיר יפה ושלווה ובהקמת חייץ בטון עטור תייל בליבה. כל הקוראים לחלוקת ירושלים, קוראים למעשה להרס העיר, באשר שלום מעולם לא גרם לחלוקת עיר, לא כן מלחמה. נסיונה של ישראל מאז 1967 הוכיח כי

חופש הדת בעיר מובטח לכל. אזרחי כל האומות ובני כל הדתות, ובכלל זה נתיני ארצות ערב המצויות במצב מוצהר של מלחמה עם ישראל, חופשיים לעלות לרגל לירושלים ולפקוד את המקומות הקדושים להם. בשנות שלטונה של ישראל בעיר המאוחדת שופצו אתרים קדושים, חל שיפור רב באיכות החיים של כל התושבים, שלום הציבור נשמר והשלטון בירושלים הושתת על כבוד הדדי ועל פשרה וסובלנות כלפי כל אזרחי העיר וכלפי הנושאים אליה עיניהם בתפילה.

## הערות

1. ראה שטנר נ. ממשלת ישראל, פד"י לה (4) (תשמ"ב — 1981), עמ' 673.
2. דברי הכנסת, כרך 5, עמ' 1743.
3. מועצת המדינה הזמנית, ישיבה י"ח (16.9.48), נספחות ב', עמ' 30.
4. מנשר מס' 1 של שלטון צבא הגנה לישראל בירושלים, עתון רשמי, 12 (2.8.48), עמ' 66.
5. בריטניה ואיטליה. המדינות הבאות התנו הכרתן בריבונות מדינת ישראל, בהחלטת האו"ם בקשר לירושלים: אוסטרליה, צרפת, ניו זילנד, דרום אפריקה, טורקיה.
6. המדינות הבאות לא התנו את הכרתן במדינת ישראל ושכנו שגרירותן בירושלים: בוליביה, הרפובליקה המרכז אפריקנית, צילה, קולומביה, דהומי (שיוצגה על ידי שגרירות חוף השנהב), קונגו (ברזוויל), קונגו — רפובליקה דמוקרטית (כיום: זאיר), קוסטה ריקה, אקוודור, גאבון, גואטמאלה, חוף השנהב, מדגסקר, הולנד, ניג'ר (שיוצגה על ידי שגרירות חוף השנהב), פנמה, וולטה העלית, אורוגוואי וונצואלה.
7. לאחר שנחקק חוק ירושלים העבירו המדינות, שעדיין היו להן שגרירויות בירושלים, את נציגותיהן לתל אביב. באוגוסט 1982 החזירה קוסטה ריקה את שגרירותה לירושלים. המשלחת האמריקנית לוועידת וינה ליחסים דיפלומטיים קבעה: "אם בירה שוכנת בשטח שנוי במחלוקת, קביעת שגרירות בה מהווה, כפי הנראה, הכרה בריבונות טריטוריאלית".
8. *Whiteman's Digest of International Law*, vol. 7 (1970), p. 8.
9. *Hansard, Parliamentary Debates, House of Commons*, 5th Series, vol. 474, cols. 1137-1139.
10. *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, editor: H. Lauterpacht, vol. 15 (1948), p. 573.
11. 1954 All E.R. (2) 226; 1954 All E.R. (1) 145.
12. 1962 All E.R. (3) 529; 1962 All E.R. (2) 556.
13. כתבי אמנה, כרך 8, מס' 242, עמ' 247, נחתמה ב-29.4.57; כתבי אמנה, כרך 16, מס' 640, עמ' 593, נחתמה ב-17.12.65; בתוקף מ-1.10.66; כתבי אמנה, כרך 23, מס' 821, עמ' 369, נחתמה ב-17.12.73; בתוקף מ-1.5.75; כתבי אמנה, כרך 25, מס' 828, עמ' 65, נחתם ב-24.9.75.
14. דברי הכנסת, 13.12.49, כרך 3, עמ' 281.
15. חוק יסוד: הכנסת, ס"ח 244, תשי"ח — 1958, עמ' 69.
16. חוק יסוד: נשיא המדינה, ס"ח 428, תשכ"ד — 1964, עמ' 118.
17. חוק בתי המשפט, ס"ח 233, תשי"ז — 1957, עמ' 148.
18. חוק יסוד: הממשלה, ס"ח 540, תשכ"ח — 1968, עמ' 226.
19. חוק יסוד: ירושלים בירת ישראל, ס"ח 980, תש"ס — 1980, עמ' 186.
20. מאז 1948 סרבה ארצות הברית להכיר בירושלים כבירת ישראל למרות ששגריריה הוסיפו כל אותה עת להגיש כתבי אמנה

- ב' עמ' 183-190; א. רובינשטיין, המשפט הקונסטוטוציוני של מדינת ישראל, מהדורה שלישית (תל אביב, תשמ"א/1980), E. Lauterpacht, *Jerusalem and the Holy Places*, (London, 1968); S.M. Schwebel, "What Weight to Conquest?", *American Journal of International Law*, vol. 64 (1970), pp. 344-347.
22. ע"א 522/70, אלקוטוב ואח' נ. שאהין ואח', פד"י, כ"ה (2), תשל"א—1971, עמ' 77, 80 (מ. לנדוי).
23. אלקוטוב ואח' נגד שאהין ואח' (ראה הערה 20), עמ' 80.
24. ע"פ 1/48, סילוסטר נ. היועץ המשפטי, פד"י, א' (תש"ט—1948), עמ' 513; אל יוסף נ. המושל הצבאי לאזור כפר עארה ואח', פד"י, ח(1), (תשי"ד—1954), עמ' 341; אבל השווה ע"א 20/55, האפוטרופוס לנכסי נפקדים נ. סמרה, פד"י, י' (3) (תשט"ז—1956), עמ' 1825.
25. חוק המינהל הכללי של פלסטין, חוק מס' 17 (1949), סעיף 5, פורסם בעתון רשמי ירדני, מס' 975 (16.3.49); חוק המינהל הכללי של פלסטין, חוק מס' 48 (1949), סעיפים 5 ו-6, פורסם בעתון רשמי ירדני, מס' 1002 (1.12.49); פרק 14 של החוקה הירדנית משנת 1952, פורסמה בעתון רשמי ירדני, מס' 1093 (8.1.52) (ערבית).
26. חוק מס' 61, חוק השימוש בנכסי דלא נידי על ידי תאגידים, התקבל ביום 25 במרס 1953, התפרסם במג'מועת אל-קואנין ואל-אנטמה (קובץ החוקים והתקנות הירדני), כרך II עמ' 231-228 (ערבית).
27. N.H. Aruri, *Jordan: A Study in Political Development* (1921-1965), (The Hague, 1972); P. Le Nail, *Les Problèmes de l'Internationalisation de Jerusalem*, These Dactylographie (Paris, 1956), pp. 67-70; 11.1.55, *The Times*, 18.1.55; פלסטין, 11.1.55; אל-דיפאע, 19.1.55.
28. בן-דב נ. שר הדתות (ראה הערה 20), עמ' 442.
29. י.צ. בלום, הודעה למועצת הבטחון של א"ס, U.N. Doc. 24.6.80, Security Council, 24.6.80, S/P.V. 2234.
- בירושלים. מקום לידתם של אזרחים אמריקניים שנולדו בה, נרשם על ידי הקונסול כ"ירושלים". (לגבי אזרחים אמריקניים שנולדו בתל אביב נרשם: "תל אביב, ישראל").
- ארצות הברית אינה מכירה בברלין המזרחית כבירת גרמניה המזרחית, אולם לבקשת הממשלה המזרח גרמנית היא מחזיקה בה את שגרירותה. ארה"ב אינה מכירה בסיפוח לטביה אולם לבקשת אזרחי ארה"ב שנולדו בה, נרשם בדרכונם "לטביה, ברית המועצות". אין היא נוהגת כך לגבי ישראל ואינה נענית לבקשת ממשלתה לשכן את השגרירות בירושלים, או לרשום בדרכוני אזרחי ארה"ב שנולדו בה "ירושלים, ישראל". האמריקנים לא נימקו מעולם את חוסר העקביות שבנוהג זה, שיש בו משום העדפת תביעותיהן של מזרח גרמניה וברית המועצות על פני התביעה הישראלית.
15. חוק לתיקון פקודת סדרי השלטון והמשפט (מס' 11), תשכ"ז—1967, ס"ח 499, עמ' 74; צו סדרי השלטון והמשפט (מס' 1), תשכ"ז—1967, ק"ת 2064, עמ' 2690; חוק לתיקון פקודת העיריות (מס' 6), תשכ"ז—1967, ס"ח 499, עמ' 74; אכרות ירושלים (הרחבת תחום העירייה), תשכ"ז—1967, ק"ת 2065, עמ' 2694.
16. בג"ץ 283/69, רוידי ומצ'ס נ. בית המשפט הצבאי נפת חברון, צה"ל ואח', פד"י כ"ד (2) (תשל"א—1970), עמ' 419, 423.
17. י. דינשטיין, "ציון במשפט הבינלאומי תיפדה", הפרקליט, כרך כ"ז (1971), חוברת א', עמ' 5-11.
18. רוידי ומצ'ס נ. בית המשפט הצבאי, נפת חברון (ראה הערה 16), עמ' 424.
19. בג"ץ 171/68, פד"י, כ"ג (1) (תשכ"ט—1969), עמ' 260.
20. בג"ץ 223/67, פד"י, כ"ב (1) (תשכ"ח—1968), עמ' 440.
21. Y.Z. Blum, "The Missing Reversioner: Reflections on the Status of Judea and Samaria", *Israel Law Review*, vol. 3 (1968), pp. 279-301; י.צ. בלום, "ציון במשפט הבינלאומי נפדתה", הפרקליט, כרך כ"ז (1971), חוברת ג', עמ' 315-324; י.צ. בלום, "מזרח ירושלים אינה שטח כבוש", הפרקליט, כרך כ"ח (1972), חוברת

# THE JERUSALEM LAW: ORIGIN AND EFFECTS

BY STEPHEN ADLER

The juridical significance of the "Basic Law: Jerusalem, Capital of Israel, 5740-1980"\* has been largely misunderstood. Through codifying existing legislation and case law it merely reconfirmed the legal situation pertaining to Jerusalem,<sup>1</sup> without introducing any innovations. Therefore, the law's real significance is declarative in that it articulates the nation's unique relationship to Jerusalem. Although historic bonds, demography and national consensus may motivate, and even justify, such expression, they should not be confused with the law's legal effects.

One should not be misled by the term "Basic Law" that came into usage after the First Knesset's Harari decision (June 13, 1950), which stated:

"The Constitution, Law and Legal Affairs Committee is hereby charged with the task of preparing a draft constitution for the State. The Constitution will consist of separate chapters in such a way that each chapter will represent, in its own right, a Basic Law. These chapters will be brought before the Knesset, and in the event the Committee completes its task, these chapters shall combine to form the Constitution of the State".<sup>2</sup>

To date, the Knesset has passed seven Basic Laws. No special procedure for the adoption of Basic Laws exists, and they have been enacted in the same way as all other legislation. The use of the title Basic Law in itself does not convey upon the law superior legal validity.

Perhaps the law would have been innovative had it contained an "entrenchment provision". Some of the Basic Laws so far enacted contain provisions which have been entrenched, i.e., the law itself has laid down that these provisions can be changed only by a qualified majority (e.g., Articles 4, 44 and 45 of Basic Law: The Knesset). The legal implications of such an entrenchment have not yet been clarified by the Courts and, indeed, the Basic Law on Jerusalem does not contain an entrenchment provision.

## The Status of Jerusalem under Israeli Law

### a) Jerusalem's Western Sector as Part of the State of Israel

Upon the termination in 1948 of the British Man-

date in Palestine, or in "Eretz Israel" as the land is usually referred to under Israeli law, the governments of Egypt, Syria, Jordan, Iraq and Lebanon declared war and their armies invaded the infant State of Israel. The Israeli army repelled the attack in what the Israelis refer to as the "War of Independence," which among other outcomes, resulted in Israeli control of Jerusalem's western sector. Following the War of Independence, the Israeli Government determined Israel's borders by applying Israeli law and jurisdiction to areas held by the Israel army, which included West Jerusalem. This was done by Section 1 of the Area of Jurisdiction and Powers Ordinance, 5708-1948 which stated:

"1. Any law applying to the whole of the State of Israel shall be deemed to apply to the whole of the area including both the area of the State of Israel and any part of Palestine which the Minister of Defence has defined by proclamation as being held by the Defence Army of Israel".<sup>3</sup>

Since West Jerusalem was held by Israel,<sup>4</sup> it legally constituted a part of the state by virtue of the above cited ordinance.

### b) Recognition by Foreign States of Jerusalem as Part of Israel

Israel's sovereignty over Jerusalem has been given *de facto* recognition by certain nations,<sup>5</sup> *de jure* recognition by others,<sup>6</sup> and has not been recognized at all by a number of states maintaining hostile policy towards Israel. An example of *de facto* recognition was Great Britain's policy, which was stated by her Minister of State, as follows:

"His Majesty's Government are unable to recognize the Sovereignty of Israel over that part of Jerusalem which she occupies, though, pending a final determination of the status of the area, they recognize that Israel exercises *de facto* authority in it. In according recognition on the same date to the kingdom of Jordan and that part of Palestine under Jordan occupation and control, His Majesty's Government made a similar reservation in respect of that part of Jerusalem occupied and controlled by Jordan. His Majesty's Government continues to maintain, as regards the

\* The text of the Law may be found on p. 51.



status of that part of Jerusalem occupied by Israel, the attitude which it adopted when according de jure recognition to the State of Israel on April 27, 1950".<sup>7</sup>

In another case,<sup>8</sup> the Italian Administrative Law Court, answering an inquiry of the Italian Ministry of Foreign Affairs, held that Israel was in de facto control of Jerusalem and that the rent for the Italian Jerusalem Consulate should be paid to the Israeli Custodian of Absentee Property, according to Israeli law. This statement rejected the claim for rent of the Consulate building's Arab owner who, according to Israeli law, was not entitled to the rent because he had left Israel in 1948, and his property was being held by the Custodian of Absentee Property.

English courts have also recognized Israel's de facto control over Jerusalem. In *Arab Bank Ltd. v. Barclay's Bank*,<sup>9</sup> the Respondent's Jerusalem branch was situated in Israeli controlled Jerusalem, while the Appellant's head office was in the Jordanian controlled sector of the city. The Appellant sued in England for money held by the Respondent's Jerusalem branch before the 1948 War and which under Israeli law could not be paid to the Appellant. The House of Lords held that the Appellant's right to obtain payment for the account at the Respondent's Jerusalem branch was suspended by the outbreak of the 1948 War, and since immediately after that Israel gained control over the part of Jerusalem where the Respondent's branch was located, the bank was now situated in Israel and Israeli law applied to it. The Appellant's claim was denied.

In another English case, *Reg. v. Governor of Brixton Prison, Ex Parte Schtraks*,<sup>10</sup> the House of Lords denied Schtraks a writ of Habeas Corpus and approved his extradition by Israel for the crimes of perjury and child stealing. Schtraks had allegedly committed the crimes in Israel, including Jerusalem, of kidnapping a child named Yossele from Israel to England against the order of the Israeli Supreme Court, and of perjuring himself in the Israeli Supreme Court located in Jerusalem. One of Schtraks' claims in the English courts against his extradition to Israel was that since his crimes had been committed in Jerusalem, and Great Britain had not recognized Israeli sovereignty over the city, and the Israel-Britain extradition treaty applied to "Israeli territory", he could not be extradited to Jerusalem which was not Israeli territory. The Divisional Court, Queens Bench Division rejected Schtraks' claim and said:

"There has never been and is not today any question of competing sovereignty in the area. No other state is recognized as having de jure

sovereignty. Again, Jerusalem is the capital, the seat of the government, the seat of the High Court of Israel and to exclude Jerusalem from the territory of Israel and in this context would render the (extradition) agreement wholly ineffective". (at p. 181, Lord Parker).

The House of Lords dismissed Schtraks' appeal, stated that Israel had de facto authority and exercised control over Jerusalem, and added that the difference between de facto and de jure recognition is as far as extradition is concerned there is no difference between de facto and de jure recognition.

In effect, a number of nations give implied de jure recognition to Jerusalem as part of Israel. Companies registered in Jerusalem, official acts performed in Jerusalem and officials appointed and located in Jerusalem are recognized by many countries. Marriage and divorce performed and registered in Jerusalem are recognized outside Israel. Jerusalem is recognized as part of Israel regarding international treaties or agreements on subjects such as communications, health, labor, post service, etc.<sup>11</sup>

In the National Insurance Treaty between Israel and Great Britain, the area of Israel is defined as all the territory administered by the State of Israel as of July 19, 1956. In the National Insurance Treaty between Israel and France, the area of Israel is defined as the area of the State of Israel. The same is true in the National Insurance Treaty between Israel and Germany. Under the National Insurance Treaties, Great Britain, France and Germany pay old age pensions to those entitled, who live in Jerusalem. In the Treaty between Great Britain and Israel for Aviation Services, "territory" of both nations is defined as "land areas and territorial waters adjacent thereto under the sovereignty, suzerainty, protection or trusteeship of that state". When it comes to questions with practical or legal ramifications the above nations and many others recognize Jerusalem as part of Israel.

Recognition policy of states is based on political considerations and has few legal consequences. Failure to accord recognition is an indication of political disapproval based on national interests. Non-recognition does not mean that a state does not exist or that a state does not control an area, but that for political motives a state does not approve or acknowledge a change in sovereignty. For example, the United States and other nations consider Vatican City a sovereign state, but do not officially recognize it as a state under international law, have no normal diplomatic relations with it and maintain no ambassador there. Another example is East Berlin, not officially recognized by many

Western nations as part of East Germany, as political protest, but in practice benefiting from all the legal aspects of full recognition.

The many nations' refusal to recognize Jerusalem as part of Israel is unrelated to the unification of the city in 1967, and is based upon the following reasons: (1) the claim that since Jerusalem was to be a *corpus separatum* under the United Nations partition plan, no recognition of any nation's sovereignty over the city should be recognized until a treaty is signed concerning the city's status; (2) political interests, especially a desire to maintain good relations with Arab nations; (3) refusal to accept Jewish sovereignty over Christian Holy Places, and (4) Israel's failure to insist upon recognition.

In effect, most nations' policies towards Israeli sovereignty over Jerusalem is to grant most of the legal consequences of *de jure* recognition. Failure to grant Israel *de jure* recognition over West Jerusalem and that part of the city which is Jewish populated ignores the fact that Israeli sovereignty there is firmly established and that there can be no serious controversy about the Jewish areas remaining part of Israel.

### c) Jerusalem — the Capital of Israel

On December 13, 1949, Prime Minister David Ben-Gurion proposed that the Knesset sit in Jerusalem and government offices be located there. The Knesset accepted the proposal and convened in Jerusalem on December 27, 1949. In making the above proposal Prime Minister Ben-Gurion expressed the national consensus by stating the following:

"Ever since the establishment of the Provisional Government, our principal care has been the security and economic consolidation of Jerusalem. In the stress of war, when Jerusalem was under siege, we were compelled to establish the seat of Government in Tel Aviv. For the State of Israel, however, there has always been and will always be one Capital, the Eternal Jerusalem. Thus it was 3000 years ago and thus it will be, we believe, until the end of time".<sup>12</sup>

Israeli laws provide for Jerusalem as Israel's capital, and the seat of the Knesset, the President, the Supreme Court, and the Government.<sup>13</sup>

During the British Mandate, the High Commissioner, the Government, and the Supreme Court were located in Jerusalem. The Jewish Agency, recognized by the League of Nations as the official representative of Palestinian Jews, likewise was located in Jerusalem. Except for the Jews, no other people living in or occupying Eretz Israel ever declared Jerusalem its capital.

XXXIV

## Israel's Right to Choose Jerusalem as her Capital

Israel's right to choose her capital is a fundamental prerogative shared by all independent states. The choice of a nation's capital is determined solely by that nation's internal laws and is unrelated to international law. The prerogative of the host state to choose the city in which diplomatic missions be situated has never been questioned. Thus, when Brazil moved her capital to Brasilia, she required all embassies to move to the new capital by September, 1972. Although the capital of Holland is Amsterdam, the Dutch Government prefers that diplomatic missions be located in The Hague. While some governments would prefer Amsterdam, they naturally acceded to the wishes of the host government, and all such missions are in The Hague. The United States Department of State objected when certain nations wanted their diplomats to reside officially in New York. The objection was accepted and all embassies are in Washington. In another case, although the United States does not recognize East Berlin as the capital of East Germany, it has acceded to that country's request that the American embassy be located in East Berlin.<sup>14</sup>

While Jerusalem is not officially recognized by most nations as Israel's capital, this has political rather than legal consequences — the political consequence being that diplomatic missions are located in Tel Aviv.

While most countries do not expressly recognize Jerusalem as the capital of Israel, there are indications of implied recognition. For example, all ambassadors present their credentials in Jerusalem and visiting heads of state are officially received there by the President of Israel, Prime Minister and the Knesset. Diplomatic contacts between Government officials generally take place in Jerusalem. Instead of officially refusing, for political reasons, to recognize Jerusalem as Israel's capital, foreign governments could adopt a more honest and realistic policy by granting "conditional recognition" — it being conditional on the terms of a future settlement.

## Jerusalem as a United City

As a direct result of the June, 1967 War, Jerusalem was reunited under Israeli rule. On June 28, 1967, the Knesset made East Jerusalem part of Israel by applying to it Israeli law, jurisdiction and administration and by amending the Municipalities Ordinances which enabled the extension of Jerusalem's municipal boundaries.<sup>15</sup> Jerusalem is part of Eretz Israel, and according to the prevailing interpreta-

tion of Israeli law, any part of Eretz Israel held by Israel can become part of the state by extension of Israeli law, jurisdiction and administration. Israeli law does not consider any part of Eretz Israel incorporated into Israel as "annexed" or "occupied territory".

### The Unification of Jerusalem as reflected in Case Law

Israel has no law determining its borders and no law specifically stating which area is part of the State. Therefore, the question arose whether Amendment 11 and Order No. 1 (of 1967) which applied Israeli law, jurisdiction and administration to East Jerusalem, had incorporated it into the State. This argument distinguished between the application of Israeli law to an area which is a part of the State and to an area which is not a part of the State. Israel may occupy an area and apply Israeli law without intending to make that area part of the State. Another claim was that questions regarding Israel's borders are non-justiciable political questions to be determined by the Foreign Minister.<sup>16</sup> It was also claimed that under international law military conquest of East Jerusalem did not grant Israel sovereignty, at least until such time that it is recognized in a peace treaty.<sup>17</sup>

All the above arguments have been rejected by the Israel Supreme Court, whose interpretation of the 1967 application of Israeli law to East Jerusalem was stated by Justice Kahan in *Rewidi and Maches v. The Hebron Military Court*.<sup>18</sup>

"East Jerusalem has been incorporated into the State of Israel and is an integral part of it". This holding was stated in other Supreme Court decisions: *Chanzalis v. Greek Patriarchate Court*<sup>19</sup> (J. Zilberg and J. Halevy) and *Ben Dov v. Minister of Religious Affairs*<sup>20</sup> (Chief Justice Agranat). Legal scholars have also supported this interpretation<sup>21</sup> and, if there was any doubt, the Basic Law — Jerusalem, Capital of Israel stated in 1980 that "united" Jerusalem is the capital of Israel. While it is conceivable for the Knesset to apply Israeli law to an area without making it part of the State, this was not the intent in 1967. It should also be noted that the method used by the Knesset in 1948 and 1967 to determine Israel's borders had been to apply Israeli law, administration and jurisdiction to an area.

The argument that international law prevents Israel from uniting Jerusalem has been rejected by the Supreme Court.<sup>22</sup> Under international law, there was no predecessor state with sovereignty over East Jerusalem because Jordan's military conquest in 1948 did not grant it sovereignty and

was recognized by only two other nations. Accordingly, there is no conflict between international law and Israeli law regarding Israel's ability to make East Jerusalem a part of Israel. However, even if such a conflict existed, Israeli law would prevail in its courts. "A well established principle is that when a conflict exists between Israeli law and international law, it is incumbent upon Israeli courts to apply Israeli law".<sup>23</sup>

The Foreign Minister may inform the court if an area is part of the State, but does not have legal authority to determine Israel's borders.<sup>24</sup> Israel's borders are not determined by treaties since only Egypt has a treaty with Israel dealing with this issue. Israel. Armistice agreements do not set a nation's borders and *all* the territory inside the armistice lines is not automatically a part of the state (e.g., Judea and Samaria). It is, therefore, the Knesset which must decide what territory held by Israel's army is part of Israel.

The legal distinction between East Jerusalem's status and that of Judea and Samaria was indicated in the *Rewidi* decision. It dealt with a petition on the Hebron Military Court's ruling that it had jurisdiction over the alleged violation of the Jordan Antiquities Law preventing the transporting of antiquities "abroad". The antiquities in question were transported from Hebron to Jerusalem. The court held that Jordanian law continued to apply in Judea and Samaria by force of Israeli Army proclamation and that according to this law transporting antiquities from Judea and Samaria to Jerusalem constitutes their transportation "abroad" as Jerusalem is an integral part of Israel.

### Religious Freedom in Jerusalem before and after June, 1967

During Jordan's brief rule of East Jerusalem, Moslems were guaranteed religious freedom, Christian's rights of access to and prayer at the Holy Places were generally protected, and Jews (regardless what country they were coming from) were totally deprived of religious freedom. The Jordanian Government applied the Palestine (Holy Places) Order in Council, 1924,<sup>25</sup> and attempted to continue the status quo regarding Christian Holy Places. On the other hand, Jordan violated the sanctity and safety of Christian Holy Places by placing in them gun emplacements and military posts, and this caused them much damage during the 1967 War. (There were crimes committed and damage caused to Christian Holy Places during Jordanian rule, such as the 1949 fire at the Church of the Holy Sepulchre, but there is no evidence that these were related to the Jordanian Government.)

Jordanian control of the Holy Places was neither accepted by foreign nations (including the Arab states) nor the Christian churches. A 1953 Jordanian law restricted Christian churches' or organizations' ability to own or purchase immovable property near a Holy Place.<sup>26</sup> This law was used to prevent the Roman Catholic Patriarch of Jerusalem from purchasing property on the Mount of Olives because (in the words of the government Council of Ministers) "... it is apparent that the purpose of the said Patriarch is to exploit the property". In 1964 the Jordanian Parliament further limited Christian rights to purchase property by expanding the limitation to apply to all of Jerusalem, not just the areas adjacent to the Holy Places. A Christian Arab Member of the Jordanian Parliament said that these measures were "discriminatory" and an "abridgment of the rights of a certain group of citizens", and Christian churches officially protested the law.<sup>27</sup>

All Jews were deprived by Jordan of access to and the right of prayer at Jewish Holy Places. The Jordanian Government was responsible for the destruction and desecration of Jewish Synagogues, Yeshivot (religious seminaries) and cemeteries, in violation of the international Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict. Even Israeli Moslems were not allowed by Jordan to visit their Holy Places in East Jerusalem. And neither were archaeological sites and antiquities protected by Jordan.

An evaluation of Jordan's control of the Holy Places indicates a failure to meet its obligation because the rights of *all* religions were not guaranteed, and Jewish Holy Places were destroyed and desecrated.

In contrast to Jordan's policy of destroying Jewish Holy Places, Israel has participated in rebuilding and renovating Moslem and Christian Holy Places. After 1967, many new Jewish, Christian and Moslem historical monuments have been discovered and restored by Israeli universities' archaeological explorations, often in co-operation with foreign theological institutions and universities.

The unification of Jerusalem in 1967 ended Jordanian discrimination against Jews and Christians. Under Israeli law *all* religions enjoy freedom of access to and prayer at their Holy Places. The Israel Supreme Court has stated:

"This (The Protection of Holy Places Law) is the first time, following the many conquests and changes of Government in Eretz Israel since the destruction of the Second Temple (in 70 C.E.) that as a result of a military conquest the civil administration enacted a law which guarantees the rights of *all* religions to their

Holy Places, without giving priority to one religion over another..."<sup>28</sup>  
Israel's policy has been recently restated:

"The free and unfettered administration of the Holy Places by each religion and its chosen institution is and will be guaranteed, and this in cooperation and conjunction with the religious authorities concerned".<sup>29</sup>

## Jerusalem Today

As a political declaration, supported by the Government Coalition and the opposition Labor Alignment, the Jerusalem Law reflects not only national aspirations but also very definite realities. The demographic status of Jerusalem will be a major factor in any future peace agreement concerning the city. Jews have constituted an absolute majority of Jerusalem's population for over one hundred years. Today, 71 percent of the city is Jewish. Many of the post-1967 proposals for solution of the Jerusalem issue were based upon dividing the city and returning most of East Jerusalem to Arab sovereignty. This was possible in 1967 when the city's Jewish population lived in West Jerusalem and its Arab population in the part of the city formerly ruled by Jordan. However, as of December, 1981, about 85,000 Jews lived in East Jerusalem, this being 42 percent of the East Jerusalem's population. This is one of the reasons why moderate Arabs have abandoned their proposals for redividing the city. Furthermore, the fairest criteria to determine which State should govern Jerusalem is what the city's residents desire. Since Jerusalem is 71 percent Jewish it is clear that a majority of the city's population desires it to remain a part of Israel. (Needless to say, the minorities' rights are protected by various Israeli laws, including the Protection of the Holy Places Law, 1967, and many court decisions.)  
Partition of the city is not only impractical but also senseless. There is no logic in dividing a beautiful and peaceful city and erecting a frontier with barbed wire and concrete walls. Peace never divides a city — war does — and those proposing dividing Jerusalem are advocating the destruction of the city.

The experience of Israel governing Jerusalem between 1967 and 1982 has proven that freedom is guaranteed to *all* residents. Jews and Arabs move about the city without restriction. Citizens of *all* nations, including the Arab states maintaining a state of war with Israel, are free to visit Jerusalem, and indeed come in large numbers (120,000 in 1982). Freedom of access and prayer at the Holy Places has been guaranteed to *all* religions. There

has been no destruction of Holy Places, as existed under Jordanian rule. The public order has been upheld and the government of Jerusalem has been based upon mutual respect, compromise and tolerance.

#### FOOTNOTES

1. See *Stenger v. Government of Israel, Supreme Court Decisions* (= *Sup. Ct. Dec.*), vol. 25(4) (1981), p. 673 (Hebrew).
2. *Divrei HaKnesset* (Parliament Records), vol. 5, p. 1743 (Hebrew).
3. *Records of the People's Council and the Provisional Council of the State*, session 18 (16.9.48), annex 2, p. 30 (Hebrew).
4. Proclamation no. 1 of the Israel Defence Army Authority in Jerusalem, *Iton Rishmi* (Official Gazette), 12, (2.8.48), p. 66 (Hebrew).
5. The following nations qualified their recognition of Israel by reference to the U.N. resolution on Jerusalem: Australia, France, New Zealand, South Africa, Turkey.
6. The following nations did not qualify their recognition of Israel and had their embassies in Jerusalem: Bolivia, Central African Republic, Chile, Columbia, Congo (Brazzaville), Congo-Democratic Republic (Zaire) Costa Rica, Dahomey (represented by Ivory Coast Embassy in Jerusalem), Dominican Republic, Ecuador, Gabon, Guatemala, Ivory Coast, Madagascar, Netherlands, Niger (represented by Ivory Coast Embassy in Jerusalem), Panama, Upper Volta, Uruguay, Venezuela. Following passage of the Jerusalem Law nations which still maintained embassies in Jerusalem moved their legations to Tel Aviv. In August 1982 Costa Rica returned its embassy to Jerusalem. The U.S. delegation to the 1961 Vienna Conference on Diplomatic Intercourse and Immunities stated in its report: "If the seat of government were located in disputed territory, the establishment by a sending State of its diplomatic mission at that location might be considered as recognition of a territorial claim." *Whiteman's Digest of International Law*, vol. 7 (1970), p. 8.
7. Hansard, *Parliamentary Debates, House of Commons*, 5th Series, vol. 474, cols. 1137-1139.
8. *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases* (editor: H. Lauterpacht), vol. 15 (1948), p. 573.
9. 1954 All E.R. (2) 226; 1954 All E.R. (1) 145.
10. 1962 All E.R. (3) 529; 1962 All E.R. (2) 556.
11. *Kitvei Amana* (Official Gazette), vol. 8, no. 242, p. 247, signed 29.4.57; *Kitvei Amana*, vol. 16, no. 640, p. 593, signed 17.12.65, effective 1.10.66; *Kitvei Amana*, vol. 23, no. 821, p. 369, signed 17.12.73, effective 1.5.75; *Kitvei Amana*, vol. 25, no. 828, p. 65, signed 24.9.75 (Hebrew).
12. *Divrei HaKnesset*, 13.12.49, vol. 3, p. 281.
13. Basic Law: Jerusalem, Capital of Israel, *Laws of the State of Israel* (=L.S.I.) vol. 34 (1980/81); Basic Law: The Knesset, *L.S.I.*, vol. 12 (1957/58), p. 85; The Courts Law, *L.S.I.*, vol. 18, p. 157; Basic Law: The Government, *L.S.I.*, vol. 22 (1967/68), p. 257. Basic Law: The President of the State, *L.S.I.* vol. 18 (1963/64), p. 111.
14. The United States refused to recognize Jerusalem as Israel's capital since 1948, although American Ambassadors present their credentials there. American citizens born in Jerusalem are registered by the American Consul as born in "Jerusalem", while those born in Tel Aviv are registered "Tel Aviv, Israel". The United States does not recognize East Berlin as the capital of East Germany, yet acceded to the East German government's request to maintain the U.S. embassy in East Berlin. The United States does not recognize Russian annexation of Latvia yet accedes to requests by U.S. citizens born there to write "Latvia, U.S.S.R." in their passports. No justification is given by the Americans for the inconsistency of their policy in this matter, and the favoring of East Germany and Russia over Israel.
15. Law and Administration Ordinance (Amendment no. 11), 5727-1967, *L.S.I.*, vol. 21, p. 75; Jurisdiction and Administration Order (no. 1) 5727-1967, *Kovetz HaTakanot* 2064, p. 2690 (Hebrew); Municipalities Ordinance (Amendment no. 6), 5727-1967, *L.S.I.*, vol. 21, p. 75; The Jerusalem Proclamation (Extension of City Boundries), 5727-1967, *Kovetz HaTakanot* 2065, p. 2694 (Hebrew).
16. *Ruwaydi and Maches v. Hebron Military Court, Sup. Ct. Dec.*, vol. 24 (2) (1970), p. 419, 423 (Justice C. Cohen) (Hebrew), *International Law Reports* (editor: H. Lauterpacht), vol. 48 (1975), p. 63 (English Summary).
17. Y. Dinstein "Zion Shall be Redeemed by International Law", *HaPraklit*, vol. 27, (1971), no. 1, p. 5-11 (Hebrew).
18. *Ruwaydi and Maches v. Hebron Military Court* (see note 16), p. 424.
19. *Sup. Ct. Dec.*, vol. 23 (1) (1969), p. 260 (Hebrew).
20. *Sup. Ct. Dec.*, vol. 22 (1) (1968), p. 440 (Hebrew).
21. Y.Z. Blum, "The Missing Reversioner: Reflections on the Status of Judea and Samaria", *Israel Law Review*, vol. 3 (1968), pp. 279-301; Y.Z. Blum, "Jerusalem has been Redeemed by International Law", *HaPraklit*, vol. 27 (1971), No. 3, pp. 315-324 (Hebrew); Y.Z. Blum, "Jerusalem is not Occupied Territory", *HaPraklit*, vol. 28 (1972), no. 2, pp. 183-190 (Hebrew); A. Rubinstein, *The Constitutional Law of Israel*, 3rd edition, (Tel Aviv, 1980), p. 65 (Hebrew); E. Lauterpacht, *Jerusalem and the Holy Places* (London, 1968); S.M. Schwebel, "What Weight to Conquest?", *American Journal of International Law*, vol. 64 (1970), pp. 344-347.
22. *Al Qutub v. Shahin, Sup. Ct. Dec.*, vol. 25(2) (1971), p. 77, 80 (Justice Landau) (Hebrew).
23. *Ibid.* p. 80.
24. *Sylvester v. Attorney General, Sup. Ct. Dec.*, vol. 1 (1948), p. 513; *Al-Yusuf v. The Military Governor, Sup. Ct. Dec.*, vol. 8 (1) (1954), p. 341; Compare, *Custodian of Enemy Property v. Samra, Sup. Ct. Dec.*, vol. 10 (3) (1956), p. 1825.
25. General Administration Law of Palestine, Law no. 17 (1949), section 5, published in the Jordanian Official Gazette, no. 975 (16.3.49); General Administration Law of Palestine, Law no. 48 (1949), sections 5 and 6, published in the Jordanian Official Gazette, no. 1002 (1.12.49); Section 14 of Jordan Constitution, 1952, published in the Jordanian Official Gazette, no. 1093 (8.1.52) (Arabic).
26. Law for the Disposition of Immovable Property by Legal Persons, Law no. 61, passed 25/3/53, published by Jordanian Bar Association in *Majmū'at al-Qawanīn wa al-Anthīma* (collection of Jordanian Laws and Regulations), vol. II, pp. 228-231, (1958) (Arabic).
27. N.H. Aruri, *Jordan: A Study in Political Development (1921-1965)*, (The Hague, 1972); P. Le Nail, *Les Problèmes de l'Internationalization de Jérusalem*, These Dactylographie (Paris, 1956), pp. 67-70; *The Times*, 18.1.55; *Falastin*, 11.1.55 (Arabic), *Al-Difā'*, 19.1.55 (Arabic).
28. *Ben-Dov v. Minister of Religious Affairs, Sup. Ct. Dec.*, vol. 22 (1) (1968), pp. 440, at p. 442.
29. Statement to U.N. Security Council, Y.Z. Blum, 24.6.1980, U.N. Doc., Security Council, S/P.V. 2234.