Chapter 7

Creative Judiciary:

Equitable and Constitutional safeguards to Property

*"יש לאפשר לקניין שביושר תוצרת הארץ להתפתח כדין ישראלי עצמאי... "* Aharon Barak.[[1]](#footnote-1)

*"In the balance between the property right…and the public necessities… is expressed in our new understanding of the purpose of the Expropriation Ordinance"',* Aharon Barak*.*[[2]](#footnote-2)

אחד ממאפייני הזהות הבולטים של מדינת ישראל הוא קיומה של רשות שיפוטית חזקה ועצמאית.[[3]](#footnote-3) אחד המאפיינים הבולטים והשנויים במחלוקת של עצמאות זו היא תופעת האקטיביזם השיפוטי-קרי נטייתה של הרשות השופטת לא רק ליישם את הדין אלא גם ליצור אותו. בפרק זה נתמקד בשני אפיקים מרכזיים שונים שבהם התפתחה היצירתיות השיפוטית בישראל: המשפט האזרחי והמשפט החוקתי. נציג את הרקע הכללי להתפתחותם של אפיקים אלה ונדגים כיצד הם באים לידי ביטוי בשני תחומים חשובים של דיני המקרקעין: ההגנה על זכויות מן היושר במקרקעין וההגנה החוקתית על זכויות קניין במקרקעין.

**הרקע להתפתחות האקטיביזם השיפוטי בישראל**

היצירתיות של הרשות השופטת בישראל היא ביטוי להתעצמות כוחה של מערכת השיפוט בישראל ולעצמאותה. עצמאות זו התפתחה באופן הדרגתי בשני אפיקים שונים. האפיק האחד, קדום יותר, הוא תהליך התנתקותה של הרשות השופטת ממורשת המשפט האנגלי שהותיר בישראל שלטון המנדט הבריטי. סעיף 46 לדבר המלך במועצתו 1922, שהיה מעין חוקה שהנהיגו הבריטים בארץ-ישראל לפני הקמת המדינה, קבע כי על בתי המשפט המקומיים לפרש חוקים או להשלים בהם לקונות "in conformity with the substance of the common law, and the doctrines of equity in force in England".[[4]](#footnote-4) מדינת ישראל לא ביטלה הוראות אלה עם הקמתה ועל כן לתקדימים שפיתחו בתי משפט אנגליים היה תוקף חוקי מחייב בשנות קיומה הראשונות של המדינה, בכפוף לתהליך "קליטתם" על ידי בתי המשפט המקומיים.[[5]](#footnote-5) החל מהעשור השני לקיומה, החלה מדינת ישראל בתהליך של התנתקות מהמשפט האנגלי. במונחים של ימינו, ניתוק הקשר הזה היה מעין אקסיט של מערכת המשפט הישראלית מהשפעתה של מערכת המשפט האנגלית, בדומה לברקסיט של מערכת המשפט האנגלית ממשפט האיחוד אירופי.[[6]](#footnote-6) תהליך האקסיט המשפטי התרחש בהדרגה, ביוזמת המחוקק הישראלי, במטרה להפגין את עצמאותה המדינית של מדינת ישראל. הוא החל בשנות השישים והשבעים של המאה העשרים בחקיקה של סדרת חוקים שניסתה לעצב משפט פרטי אזרחי ישראלי עצמאי. בחלק מחוקים אלה נקבעה הוראה מפורשת בנוגע ל"עצמאות החוק" שלפיה בתחומים בהם עסק כל חוק לא יהיה עוד תוקף מחייב למשפט האנגלי.[[7]](#footnote-7) המהלך הושלם בחקיקתו של חוק יסודות המשפט המשפט, תש"ם -1980 אשר ביטל סופית ובאופן כולל את תוקפה של ההפניה למשפט האנגלי וקבע כי מעתה ימלא בית המשפט לקונות בחוק: "in the light of the principles of freedom, justice, equity and peace of Israel's heritage".[[8]](#footnote-8) אמנם, הביטול ההדרגתי של החובה להסתמך על המשפט האנגלי לא ביטל את הנטייה הטבעית של חלק מהשופטים להסתמך על מקורות זרים כמקורות השראה השוואתיים. במיוחד גברה הסתמכות על מקורות אמריקאים. בית המשפט העליון בישראל גם לא מיהר ליישם בפסיקותיו את עקרונות המשפט העברי ומורשת ישראל. עם זאת, פעולת השפיטה הפכה בהדרגה לעצמאית יותר והנטייה להסתמך על מקורת זרים כלשהם נחלשה בצורה משמעותית. בתי המשפט המקומיים החלו לפתח משפט מקובל עצמאי ובלתי תלוי בשיטות משפט זרות.[[9]](#footnote-9) דיני המקרקעין בישראל תפסו מקום של כבוד בהתפתחות זו.

אפיק שני שבו צברה מערכת השיפוט הישראלית עוצמה רבה הוא במישור היחסים הפנימיים כלפי שתי רשויות השלטון האחרות בישראל: הרשות המחוקקת והרשות המבצעת. ישראל היא מדינה דמוקרטית שבה חל עיקרון של הפרדת רשויות. מערכת היחסים בין הרשויות מבוססת על מערכת של איזונים ובלמים. כפי שכתב בזמנו שופט בית המשפט העליון האמריקאי פליקס פרנקפורטר סמכותו (authority) של בית המשפט מבוססת על "neither the purse nor the sword" אלא על "sustained public confidence in its moral sanction" ועל "the Court's complete detachment…from political entanglements…".[[10]](#footnote-10) ברוח זו פסיקות בתי המשפט בישראל בעשורים הראשונים לקיומה היו פסיקות שמרניות שלא נטו באופן שכיח לאקטיביזם שיפוטי וליצירתיות משפטית וגם נזהרו ממעורבות בעניינים פוליטיים שנויים במחלוקת. בעשורים האחרונים חל שינוי במצב זה.[[11]](#footnote-11) שלושה תהליכים מקבילים הגבירו בעשורים אלה את עוצמתו של בית המשפט העליון במאזן הכוחות מול שלוש רשויות השלטון האחרות.

ראשית, בית המשפט העליון זנח, בהדרגה, את הגישה השמרנית שאפיינה את פסיקותיו בעבר. הוא נטה להרחיב את מרחב שיקול הדעת השיפוטי שלו באמצעות פרשנות מאוד רחבה ויצירתית של מושגים שונים בחקיקה, כגון תום לב, רשלנות או סבירות. הוא נטה יותר ויותר לבסס את פסיקותיו על שיקולים ערכיים ולא רק על פרשנות פורמאליסטית של חקיקה. יצירתיותו של בית המשפט התרחקה באופן שכיח יותר מהטקסט של חוקים וחוזים ודמתה יותר ל"חקיקה שיפוטית" שהיא יותר פרי יצירתו העצמאית של השופט מאשר פרי כוונתו של המחוקק. יצירתה של "חקיקה שיפוטית" מעין זו אפיינה החל משנות השמונים של המאה הקודמת את פסיקותיו של בית המשפט כמעט בכל ענפי המשפט, לרבות המשפט הפרטי, המשפט המנהלי והמשפט החוקתי.[[12]](#footnote-12)

שנית, בשנת 1992 חוקקה הכנסת את חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (להלן בפרק הזה: חוק היסוד).[[13]](#footnote-13) חוק היסוד, שנועד להיות חלק מחוקה עתידית של מדינת ישראל, קבע איסור על פגיעה בזכויות אדם שונות ובהן החיים, הגוף, הכבוד (ס' 2) והקניין (ס'3). ס' 8 לחוק, שעם השנים זכה לכינוי "פסקת ההגבלה", קבע תנאים לפגיעה מותרת בזכויות האמורות ובהם חקיקה או הסמכה מפורשת בחקיקה, תכלית ראויה, פגיעה במידה שאינה עולה על הנדרש ("מידתיות") והתאמה לערכיה של מדינת ישראל כמדינה "יהודית ודמוקרטית". בפסק דין תקדימי קבע בית המשפט העליון כי לחוק יסוד זה וגם לחוקי יסוד אחרים יש מעמד חוקתי וכי בית המשפט מוסמך לפסול את תוקפם של חוקים או החלטות שניתנו בהתאם לחוקים אם לפי פרשנותו הם לא עומדים בתנאי חוק היסוד.[[14]](#footnote-14) בית המשפט העליון בישראל בצע בפסק דין זה מהלך דומה למהלך שבצע בית המשפט העליון בארצות הברית בפרשת Marbury v. Madison.[[15]](#footnote-15) הוא העניק לחוק היסוד מעמד חוקתי רם מחקיקת הכנסת והעניק לעצמו את סמכות העל לממש את עליונותו של החוק החוקתי על ידי פסילת חוקים רגילים שבית המשפט סובר שהם סותרים את חוק היסוד, או על ידי פרשנותם האקטיביסטית של חוקים ברוח חוק היסוד.[[16]](#footnote-16) חקיקת חוק היסוד והמעמד החוקתי הגבוה יותר שנתן לו בית המשפט זכו בישראל לכינוי "המהפכה החוקתית".[[17]](#footnote-17) מהלך זה חיזק מאוד את מעמדה של הרשות השופטת והפך אותה למעשה, ובנוסף לתפקידיה המסורתיים, למעין בית משפט חוקתי, בדומה לבית המשפט העליון בארה"ב או בדומה לבתי משפט לענייני חוקה באירופה.[[18]](#footnote-18)

הגורם השלישי שהגביר את עוצמתו של בית המשפט העליון וגם את האקטיביזם שלו היה היחלשותן של מערכות השלטון האחרות. פיצולה של המערכת הפוליטית בישראל למפלגות קטנות, החל משנות השמונים, החליש מאוד את עוצמתן של הרשות המבצעת והמחוקקת והביא למה שמומחים רבים מכנים "בעיית משילות". בית המשפט העליון ראה את עצמו ולעתים גם נתפס על ידי הציבור או על ידי פוליטיקאים כאי של יציבות וכמושיע אחרון (או אולי אף מועדף) במקום שבו קצרה ידן של הרשויות האחרות מלהושיע.[[19]](#footnote-19)

אחד המחוללים המרכזיים של שינוי זה היה השופט ולימים נשיא בית המשפט העליון פרופ' אהרון ברק. האקטיביזם השיפוטי בפסיקותיו שיקף את הרקע האקדמי שלו כפרופסור למשפטים, את הרקע המקצועי שלו כיועץ משפטי לממשלה לשעבר, את התרשמותו משיטת המשפט בארצות הברית וגם את הרקע ההיסטורי שלו כמי שניצל כילד מאימת השואה והכיר בחשיבות של רשות שיפוטית עצמאית כערובה לקיומה של הדמוקרטיה.[[20]](#footnote-20) עם פרישתו פרש את השקפת עולמו בגיליון מיוחד של כתב העת המכובד *Harvard Law Review*.[[21]](#footnote-21) בישראל היה ברק למורה דרך של משפטנים רבים. פרופ' עוז אלמוג השווה אותו לאדמו"ר (Hassidic rabbi of secular society).[[22]](#footnote-22) ברק הפך לסמל השינוי וגם ספג עקב כך את הביקורת החריפה של מבקרי השינוי.

שלושת התהליכים שתיארנו הגבירו את עוצמתו של בית המשפט העליון ביחס לרשויות האחרות במידה כזו שאכן עוררה ביקורת חריפה על בית המשפט, הן במישור האקדמי והן במישור הפוליטי והציבורי. פרופ' מאוטנר הגדיר את השינוי שהתחולל בגישתו של בית המשפט כמעבר מפורמליזם לערכים והוא ייחס שינוי זה בין היתר לניסיון של השכבה החברתית שעליה נמנים שופטי בית המשפט העליון לשמר את כוחה ואת ערכיה הליבראליים.[[23]](#footnote-23) מבקרים אחרים טענו כי בית המשפט לקח לעצמו סמכויות החורגות מהתפקיד המקובל והראוי של בתי המשפט ועלול אף לפגוע בבית המשפט עצמו.[[24]](#footnote-24) מטבע הדברים, ריבוי פסיקות בסוגיות שנויות במחלוקת פוליטית הניב ביקורת הולכת ומתעצמת של פוליטיקאים על בית המשפט.[[25]](#footnote-25) בשנים האחרונות עומדת סוגיית מעמדו של בית המשפט העליון במרכזו של לחץ פוליטי מתמיד לצמצום האקטיביזם של בית המשפט. שניים משרי המשפטים של מדינת ישראל בעשורים האחרונים הם מבקרים חריפים של האקטיביזם השיפוטי. פרופ' דניאל פרידמן שכהן כשר המשפטים בשנים 2007-2009 סכם את תפיסתו הביקורתית בספרו "הארנק והחרב".[[26]](#footnote-26) שרת המשפטים המכהנת מאז 2015, איילת שקד, נקטה בצעדים ממשיים להחלשת האקטיביזם השיפוטי ובהם תמיכה מאסיבית ומוצלחת במינוי שופטים בעלי דעות "שמרניות"[[27]](#footnote-27) והגשת הצעת חוק יסוד שתאפשר לכנסת לחוקק חוקים שמתגברים על פסיקות בית המשפט באמצעות "פסקת התגברות".[[28]](#footnote-28) התגברות האקטיביזם השיפוטי גרמה גם לירידה מסוימת והדרגתית באמון הציבור בבית המשפט העליון, אך הסקרים שבוחנים את אמון הציבור מצביעים מאז שנת 2009 על מגמה מתונה ועקבית של חזרה לרמות האמון שקדמו למהפכה החוקתית.[[29]](#footnote-29)

היצירתיות השיפוטית היא אפוא אחד ממאפייני הזהות המרכזיים של מערכת השיפוט בישראל. כמו מאפייני זהות אחרים של מדינת ישראל, דיני המקרקעין בישראל משקפים אותה היטב. את הפסקאות הבאות הבאים נקדיש לניתוח שני תחומים של דיני המקרקעין שבהם באה לידי ביטוי התעצמות כוחה של הרשות השופטת בישראל: האחד, פיתוח עצמאי של זכויות מן היושר "תוצרת הארץ" בישראל (equitable rights). השני, התפתחות פסיקותיו של בית המשפט בתחום ההגנה החוקתית על הקניין הפרטי בישראל.

**פיתוח עצמאי של equitable property rights**

לדיני ה-equity ול-common law האנגליים היה מעמד חוקי מחייב בארץ-ישראל בתקופת המנדט. כפי שצוין כבר, המקור לכך הייתה החוקה המנדטורית שהמשיכה להיות בתוקף גם לאחר הקמת מדינת ישראל. הפסיקה האנגלית שמשה באותם שנים כמקור נורמאטיבי לדוקטרינות שונות בתחום דיני המקרקעין, ובעיקר זכויות שפותחו בבתי המשפט של אקוויטי.[[30]](#footnote-30) כך, למשל, הכירו בתי המשפט בישראל בזכויות קניין "מן היושר". הם פסקו, לפי הלכות שייבאו מהמשפט האנגלי, כי מי שבידיו חוזה לרכישת זכות במקרקעין הוא בעל זכות קניין מן היושר בנכס, אף על פי שהמעביר נותר בעל זכות הקניין שבדין. המשמעות המרכזית של הלכה זו היא שזכות הקניין מן היושר עדיפה על פני זכותם של כל נושי המעביר, למעט נושים שהשלימו את רכישת הנכס בתמורה (value) ובתום לב (without notice). פסיקה זאת התבססה על ההנחה של בתי המשפט של היושר כי בין הבעלים שבדין לבין הבעלים שביושר מתקיימים יחסי נאמנות בכוח (נאמנות קונסטרקוטיבית) ועל כן נושי הנאמן (המעביר) לא יכולים לרדת לנכסים שהוא מחזיק בנאמנות עבור הנהנה (הנעבר).[[31]](#footnote-31) דוקטרינה נוספת שאומצה בישראל הייתה הדוקטרינה של equitable interests by virtue of estoppel. בתי המשפט בישראל פסקו בהתאם לדוקטרינה זו כי הבעלים החוקי של מקרקעין מושתק (estopped) מלתבוע את זכויותיו ממי שבטעות החזיק, השתמש והשקיע בנכס לאורך זמן ללא רשותו של הבעלים החוקי, אך בידיעתו ובהעדר כל התנגדות מצדו.[[32]](#footnote-32)

בשנת 1970 נכנס לתוקף חוק המקרקעין, תשכ"ט-1969 המהווה עד היום דבר החקיקה המרכזי שמתווה את דיני המקרקעין בישראל.[[33]](#footnote-33) אחת ממטרות החוק הייתה להשתית את דיני המקרקעין בישראל על חקיקה ישראלית עצמאית ולבטל את הנדבכים ההיסטוריים הישנים והזרים של דיני המקרקעין, קרי שאריות של חקיקה עותומאנית ובריטית. סעיף 161 לחוק המקרקעין, שכותרתו "No equitable rights", נתן ביטוי בולט למטרה זו: "From the coming into force of this Law, there shall be no rights in immovable property save under an enacted Law". כל המשפטנים בישראל הסכימו כי כוונתו של הסעיף הייתה להפסיק, מכאן ואילך, את הפנייה השגרתית והמחייבת לפסיקות אנגליות לשם אימוץ דוקטרינות אקוויטביליות. עם זאת הסעיף עורר מחלוקת משפטית חריפה בנוגע לשאלה האם ביקש גם לבטל את הדוקטרינות שיובאו כבר ולהביא לשינוי מהותי בדין או שמא ביקש רק לשנות את הדרך הנורמטיבית לבסס אותן. בשנת 1971, זמן קצר לאחר חקיקת חוק המקרקעין, פסק בית המשפט העליון בהלכת **בוקר** כי כוונתו של סעיף 161 לא הייתה הצהרתית בלבד אלא גם מהותית, קרי לא תוכרנה עוד זכויות מן היושר אלא רק זכויות שבדין. המשמעות הייתה שמכאן ואילך, למי שבידם זכויות למקרקעין על פי חוזה, שלא הספיקו לרושמן במרשם המקרקעין, לא יהיה יותר כל יתרון על פני נושים אחרים של הבעלים הרשום, גם אם קבלו את החזקה בנכס ושלמו עליו תמורה מלאה. מטרת ההלכה הייתה לעודד השלמת עסקאות ברישום.[[34]](#footnote-34) את חוות הדעת המרכזית בפסק דין תקדימי זה נתן מי שהיה ראש הועדה שניסחה את הצעת חוק המקרקעין, שופט בית המשפט העליון משה לנדוי. פסיקתו שיקפה באופן ממשי את כוונת המחוקק שכן הוא היה חבר הועדה שניסחה את החוק.[[35]](#footnote-35) היא גם ביטאה את גישתו השמרנית והלא אקטיביסטית של השופט לנדוי בנוגע לתפקידו של שופט. שנים רבות לאחר מכן, כאשר כבר פרש לגמלאות, היה השופט לנדוי אחד המבקרים הפומביים של האקטיביזם השיפוטי שפיתח בית המשפט העליון לאחר פרישתו.[[36]](#footnote-36) ניצני עמדתו זו צמחו כבר כאשר ביטל את הזכויות מן היושר.

עם זאת, גישתו השמרנית של לנדוי בפרשת בוקר זכתה לביקורת אקדמית חריפה. בראש המבקרים עמד פרופ' יהושע ויסמן, מבכירי המומחים לדיני קניין בישראל. הוא טען כי ניתוק הקשר של המשפט הישראלי מן המקורות האקוויטביליים האנגליים, אינו מחייב שינוי הדין המהותי שבוסס עליהם, אלא רק שינוי של המקור הנורמטיבי לביסוסו. את הזכויות מן היושר המיובאות מאנגליה צריך וניתן להפוך לזכויות מן היושר "תוצרת הארץ" ולבססן מעתה על חקיקה ישראלית.[[37]](#footnote-37) הקושי ביישום גישה זו היה שלא תמיד אפשר היה למצוא הוראת חוק ישראלית מקורית ומפורשת שאפשר לבסס עליה הלכות דומות לאלה שקבעו דיני היושר האנגליים. במשך שלושים השנה שחלפו מאז פרשת בוקר, בית המשפט העליון לא היה מוכן ליטול את המשימה הזאת של יצירת זכויות מן היושר ישראליות ומקוריות בדיני המקרקעין. זו הייתה התקופה שבה התחולל בהדרגה תהליך ההתעצמות של בתי המשפט. רק בסופה של תקופה זו, בשנת 1999, חש בית המשפט העליון חזק מספיק עד שהרהיב עוז לפתח זכויות מן היושר "תוצרת הארץ".

שותפה משנית לפרויקט החדש של בית המשפט העליון הייתה גב' מזל אהרונוב. מזל התגרשה מבעלה בשנת 1990. בהסכם הגירושין התחייב הבעל לשעבר להעביר לה את הבעלות בחלקת מקרקעין. בטרם הספיקה מזל לרשום את העסקה במרשם המקרקעין, הטילו נושי הבעל עיקול על זכויותיו הרשומות בחלקה. על פי הלכת **בוקר**, ששללה זכויות מן היושר, לא יכלה מזל להתגבר על הנושים. באי כוחה לא אמרו נואש וניסו לשכנע את בתי המשפט כי מרשתם רכשה זכויות מן היושר בחלקה. טענה כזו חייבה כמובן את בתי המשפט לא רק לחרוג מהתקדימים שקבעו כי אין זכויות מן היושר אלא גם לייצר יש מאין זכויות מן היושר "תוצרת הארץ". בניגוד לניסיונות כושלים רבים שקדמו לניסיון זה-מזל אהרונוב הצליחה לשכנע את בית המשפט לחצות את הרוביקון. בפרשת **אהרונוב**[[38]](#footnote-38)פסק בית המשפט העליון כי למי שבידיו חוזה לרכישת זכות במקרקעין יש זכות מן היושר הגוברת על נושי המעביר, למעט צד שלישי שרכש את הנכס בתמורה ובתום לב (without notice).[[39]](#footnote-39) בית המשפט לא בסס את הזכות על דיני היושר האנגליים, אלא על פרשנות יצירתית ואקטיביסטית של הוראות חוק ישראליות. אמנם אין הוראת חוק ישראלית מפורשת שמקנה עדיפות לרוכש נכס מקרקעין מול נושי המעביר, אך בית המשפט הסיק את קיומה של עדיפות כזו באמצעות היקש (אנאלוגיה) מהוראת חוק אחרת. הוראה זו אמנם אינה עוסקת באופן ישיר בסוגיה שעמדה בפניו, אך היא מעניקה עדיפות להסכם לרכישת מקרקעין כלפי עסקה סותרת מאוחרת שנעשתה באותו נכס.[[40]](#footnote-40) בית המשפט הסיק כי העדפת ההסכם במקרה האחד מעידה על מעמדה העדיף של הזכות גם במקרים אחרים. שלושים שנה קודם לכן פסל בית המשפט העליון את ההיקש הזה בטענה שמדובר בסעיף חוק המעיד על עדיפות במקרה יוצא דופן המהווה חריג לכלל ולא מקרה פרטי של העדפה המעיד על כלל של עדיפות גם במקרים אחרים.[[41]](#footnote-41) עתה השתנתה האווירה, השמרנות התחלפה באקטיביזם, והנשיא ברק וחבריו היו מוכנים לעשות את הצעד האחד הנדרש קדימה ולבסס זכות מן היושר "תוצרת הארץ" על פרשנות יצירתית של אותו סעיף, שקודמיהם לא העזו לאמצה.[[42]](#footnote-42) בית המשפט לא הסתפק רק בפרשנות של אותו סעיף חוק אלא גם נתן הנמקה ערכית להעדפת הזכות מן היושר על זכות הנושה המתחרה. לפי הסבר ערכי זה, זכות מן היושר ראויה להעדפה משום שבעל הזכות מבקש זכויות בנכס **מסוים** ומסתמך על החוזה בנכס **המסוים**, בעוד שנושים טיפוסיים אינם מסתמכים על הנכס המסוים בעת שנוצרת נשייתם ועל כן אין בידם כל מחויבות של הבעלים הנוגעת לנכס המסוים שהם מבקשים להיפרע ממנו עתה. הם נוטלים על עצמם את הסיכון שלחייב לא יהיו נכסים בעת שיבקשו להיפרע ממנו. בית המשפט סבר אפוא שיש להעדיף נושה שנשייתו נובעת מהסתמכות על נכס מסוים על פני נושה שנשייתו אינה נובעת מהסתמכות כזו.[[43]](#footnote-43) זה כלל לוגי, הגיוני ואולי גם מוצדק, אבל אין לו בסיס מפורש בדבר חקיקה ישראלי כלשהו.

כדי לייצר זכות מן היושר מקורית ועצמית היה על בית המשפט להתגבר על כמה מכשולים. הראשון היה קיומו של תקדים בן שלושים שנה של בית המשפט לפיו אין בישראל זכויות מן היושר. השופטים כמובן סברו כי התקדים הקודם שגוי לגופו. הנשיא ברק נימק את סטייתו מהתקדים, שבעבר דבק בו, בכך שההלכה הקודמת לא ראתה את תפיסת העומק של המחוקק.[[44]](#footnote-44) השופטת שטרסברג כהן טענה כי יש לשנות את הדין כדי לממש את "התפיסה המקובלת בשיטתנו של הרמוניה משפטית בין הסדרים שונים הנוגעים לאותה מָאטֶרְיה".[[45]](#footnote-45) עם זאת, אם התקדים שגוי לגופו, מדוע המתין בית המשפט קרוב לשלושה עשורים עד לפסיקתו זו? השופטת שטרסברג-כהן מנתה סיבות שונות לכך שבית המשפט אזר עוז לחדש הלכה דווקא בנקודת זמן זו ובהן: גילה של ההלכה הישנה, הצורך בהתאמתה ל"מציאות החיים המשתנה", ריבוי המקרים הרלוונטיים, הביקורת שנמתחה על ההלכה וגם "ההתפתחויות במשפט, שעבר כברת דרך מפורמאליזם למהות".[[46]](#footnote-46) נראה שהטעם האחרון משקף את תוכנה של הרשימה כולה: עוצמתו של בית המשפט ונטייתו הכללית הגוברת והולכת לאקטיביזם שיפוטי הגיעו ערב המילניום השלישי גם למרחב של דיני המקרקעין.

מכשול נוסף שעמד בפני בית המשפט היה הצורך למצוא מקור נורמטיבי ישראלי ליצירה העצמאית של זכויות מן היושר. על מכשול זה התגבר כאמור באמצעות פרשנות יצירתית של סעיף חוק ישראלי ועל ידי הדגשה חוזרת ונשנית כי מדובר ביצירה ישראלית מקורית שיש לפתחה באופן מקורי תוך לימוד ממקורות זרים אך מבלי לאמצם כמות שהם.[[47]](#footnote-47) בית המשפט נזהר שלא לבסס את הזכות מן היושר על הדוקטרינה המשפטית של הנאמנות הקונסטרוקטיבית שביססה אותה בדיני היושר האנגלים והאמריקאים. דוקטרינה זו מייחסת למעביר ולנעבר יחסי נאמנות בכוח (קונסטרוקטיבית) ומכאן גוזרת את עדיפות הנעבר, כנהנה בנאמנות, על פני נושי המעביר, הנאמן. בית המשפט ביקש שלא לבסס את פסיקתו על דוקטרינה זו והעדיף כאמור להראות כי פסיקתו סומכת על הוראת חוק ישראלית.[[48]](#footnote-48) עם זאת, בסופו של דבר הזכות מן היושר "תוצרת הארץ" הייתה דומה, כתאומה כמעט זהה, לזכות שיצרו דיני היושר האנגליים. אפילו ההסברים הערכיים שנתן בית המשפט כבר שמשו אותו בעבר כדי להסביר את ההיגיון של הדין האנגלי, כאשר היה בתוקף.[[49]](#footnote-49)

למעשה הפעולה שבצע בית המשפט העליון בשנת 1999 הייתה אותה פעולה שיפוטית שבצעו בתי המשפט של היושר מאות שנים קודם לכן. הלכת אהרונוב הייתה יותר חקיקה שיפוטית בסגנון אנגלי מאשר יישום שמרני של חקיקה מפורשת. בדיוק כמו ההלכה האנגלית, שהתפתחה עקב בצד אגודל מפסיקה לפסיקה, כך המשיכו בתי המשפט, בכל הערכאות, לפתח את הזכות מן היושר באמצעות שרשרת של פסיקות. הם פסקו כי הזכות מן היושר רלוונטית גם לגבי התחייבויות לעסקאות שונות מבעלות (כגון משכנתא או נאמנות),[[50]](#footnote-50) היא גוברת על הנושים של המעביר גם בהליכי חדלות פירעון שלו[[51]](#footnote-51) והיא קיימת, אף כי באופן חלש יותר, גם כשהעסקה היא ללא תמורה.[[52]](#footnote-52) בסופו של דבר בית המשפט גם פסק, בדומה להלכה האנגלית אך מבלי להסתמך עליה באופן ישיר, כי בין המעביר לנעבר יש יחסי נאמנות קונסטרוקטיבית וכי תביעת זכות מן היושר תתיישן כפי שמתיישנת תביעת נהנה נגד נאמנות.[[53]](#footnote-53) פיתוחה של הזכות מן היושר הפך להיות חלק מהמשפט המקובל הישראלי. מצד אחד הוא משקף את התעצמות כוחו של בית המשפט ואת עצמאותו המחשבתית והפרשנית. מצד שני, הוא מצביע על כך שפעולת השפיטה האקטיביסטית של בית המשפט בישראל אינה שונה מפעולות דומות שבצעו בתי משפט עוצמתיים בשיטות משפט אחרות. מלאכת השפיטה היא בסופו של דבר אוניברסאלית גם כאשר מתאמצים להראות מקוריות.[[54]](#footnote-54)

ארבע שנים בלבד אחרי פיתוח זכות קניין מן היושר ישראלית מקורית, פיתח בית המשפט העליון באופן עצמאי דוקטרינה נוספת שמוכרת היטב בדיני היושר האנגליים: דוקטרינת ההשתק.[[55]](#footnote-55) גם כאן הפך בית המשפט הלכה בת עשרות שנים. גם כאן מדובר בפיתוח ישראלי מקורי הסומך על פרשנות אקטיביסטית, יצירתית וערכית של חוק ישראלי. גם כאן מוביל המהלך היה הנשיא אהרון ברק וגם כאן התוצאה של המהלך דומה מאוד לדוקטרינה האנגלית המקורית. בפרשת **גנז**[[56]](#footnote-56)התחייב בעל מקרקעין להעביר את זכויותיו לאחד (מר גנז) ולאחר שבע עשרה שנה התחייב להעביר את אותן זכויות לקונה שני (אפק). אף אחד מהם לא השלים את העסקה ברישום, אך הרוכש המאוחר יותר קיבל את הנכס לידיו בתום לב, ללא ידיעה, ובתמורה. על פי הוראתו המפורשת של ס' 9 לחוק המקרקעין הישראלי במקרה כזה גוברת זכותו של בעל העסקה הראשונה בזמן, כי העסקה המאוחרת לא נשלמה ברישום בתמורה ובתום לב. אמנם, הרוכש הראשון יכול היה למנוע את העסקה הסותרת המאוחרת על ידי רישום הערת אזהרה (Caveat), אך החוק הישראלי לא מחייב רוכש לרשום הערת אזהרה וגם לא קובע כי הימנעות מלרשום אותה צריכה לפגוע בעדיפותו של הראשון על פני השני. בעל הזכות המאוחרת, השניה בזמן (אפק), טען כי על אף הוראות חוק מפורשות אלה יש להעדיף אותו על פני הרוכש הראשון בשל המחדל הרשלני של הראשון: הוא נמנע במשך תקופה ארוכה מאוד (שבע עשרה שנים) לרשום הערת אזהרה במרשם המקרקעין. כתוצאה ממחדל זה נגרם לשני נזק: הוא לא ידע על קיומו של הראשון ועל כן התקשר בחוזה לקנות את הנכס ואף שילם תמורה וקיבל את החזקה בנכס לפני שנים רבות.[[57]](#footnote-57) כאשר נתקל בית המשפט בשאלות דומות לפני חקיקת חוק המקרקעין, הוא יכול היה לפתור אותן באמצעות קליטה של דוקטרינת ההשתק מהמשפט האנגלי.[[58]](#footnote-58) לאחר חוק המקרקעין דרך זאת הייתה חסומה כי נקבע בחקיקה כי אין זכויות שביושר ויש לבסס כל פתרון על חקיקה ישראלית מקורית. במשך שלושים השנה שחלפו מחקיקת חוק המקרקעין ועד פרשת **גנז** סרב בית המשפט העליון בעקביות להוסיף לחקיקה ישראלית תנאים שלא נכתבו בה. הוא סרב לקבוע כי יש חובה לרשום הערת אזהרה וגם סרב לקבוע כי בתחרות בין שתי עסקאות סותרות יש משמעות למחדל כלשהו של העסקה הראשונה בזמן. הוא עמד על כך גם כאשר ביקורת אקדמית חריפה מנתה טעם מהותי משכנע לשינוי ההלכה. הטענה המרכזית של המבקרים הייתה כי יש למנוע נזק לזולת ולמנוע מחדלים הגורמים לו, כגון ההימנעות מרישום הערת אזהרה, על ידי הטלת אחריות לתוצאותיהם. כאשר בעל עסקה מוקדמת בזמן לא רשם הערת אזהרה ומחדל זה גרם להתקשרות בתום לב ובתמורה בעסקה מאוחרת-יש לשלול את עדיפותו של מבצע המחדל.[[59]](#footnote-59) במשך שנים ארוכות סרב בית המשפט, לרבות השופט ברק, לקבל את המלצות מבקריו, על אף הזדהות מפורשת עם הרציונאלים שלהם. הטיעון המרכזי לסירוב זה היה טמון בהוראות החוק המפורשות: החוק לא מטיל כל חובה מפורשת על בעל העסקה.[[60]](#footnote-60) זו הייתה דוגמא מובהקת לשמרנות שיפוטית.

שמרנותו של בית המשפט הסתיימה בפרשת **גנז**. המשימה הראשונה שעמדה בפניו הייתה למצוא סעיף חוק ישראלי מקורי שעליו ניתן יהיה לבסס שלילת עדיפותו של גנז, הראשון בזמן, אשר במחדלו רב השנים גרם נזק לאפק. אף כי במשך שנים טען בית המשפט כי אין סעיף כזה, הוא מצא אותו עתה על-נקלה, ממש מתחת לפנס. השופט ברק, בתמיכת חלק מהשופטים אך לא כולם, פסק כי החובה למנוע נזק, כמו גם החובה לרשום הערת אזהרה כדי למונעו, נובעת מעקרון כללי החל במשפט הישראלי: עקרון תום הלב. **ברק** מציג עקרון זה בראשית פסק דינו בפרשת **גנז**:[[61]](#footnote-61)

"הדוקטרינות הכלליות של המשפט חלות על כל חלקי המשפט. דבר חקיקה ספציפי אינו עומד בבדידותו...אחת מאותן דוקטרינות כלליות החלות בכל תחומי המשפט היא עקרון תום-הלב...תום-הלב קובע אמת-מידה אובייקטיבית של התנהגות הוגנת של בעל זכות המבקש על רקע האינטרס החברתי הכולל להגשים את האינטרס העצמי תוך התחשבות באינטרס של הזולת...עקרון תום-הלב חל גם במסגרת דיני הקניין..."

כמובן שברק לא "גילה" את העיקרון רק בפרשת **גנז**. הוא מוזכר כעקרון כללי בחיקוקים ישראלים שונים,[[62]](#footnote-62) ובמשך העשורים שקדמו לפרשת **גנז** כתבו עליו מאמרים אקדמיים רבים, אשר חלקם אף הצביעו על האפשרות לבסס עליו עקרונות שמבוססים במשפט האנגלי על דוקטרינה של השתק.[[63]](#footnote-63) ברק עצמו הזכיר ופיתח אותו בפסיקותיו בעבר.[[64]](#footnote-64) הוא אף הגדיר את האופן שבו טיפלה הפסיקה בעקרון זה כ- "salutary".[[65]](#footnote-65) זו פלטפורמה נוחה מאוד, גמישה, ליצירתיות פרשנית והלכתית. רק בפרשת גנז היא אומצה, באיחור של שלושים שנה, כדי לחולל בדיני הקניין במקרקעין שינוי שברק עצמו הסס לבצעו בעבר.

משנמצא העיקרון, לא נותר לברק אלא לנסוך בו עור וגידים. ברק מאמץ את ההנמקות הביקורתיות של מלומדים אקדמיים מדוע יש להטיל על רוכש מקרקעין חובה לרשום הערת אזהרה: ההימנעות מרישום ההערה יוצרת "תאונה המשפטית" לרוכש המאוחר ועל כן מוטלת על הראשון החובה למנוע את התאונה.[[66]](#footnote-66) עתה לא נותר לברק אלא לנסח את החובה על ידי חקיקה שיפוטית פרי קולמוסו:[[67]](#footnote-67)

"... עקרון תום-הלב דורש כי בעל העיסקה הראשונה יפעל בהגינות, תוך התחשבות בציפייה הסבירה של בעל העיסקה השנייה. על-כן נגזר, עקרונית, מעקרון תום-הלב כי בעל העיסקה הראשונה יעשה ככל יכולתו לרשום הערת אזהרה ובכך ימנע את כניסתו של בעל העיסקה השנייה להתקשרות עם המוכר."

ברק כמחוקק שיפוטי לא הסתפק בקביעת העיקרון והמשיך לקבוע סייגים לעקרון. חלקם היו בגדר אוביטר- דיקטום שלא היה קשור כלל לעובדות התיק שבפניו. אחד מהם היה כה כללי כך שאפשר לבית המשפט בעתיד לסייג את הכלל בצורה לא פחות חופשית מהדרך שבה קבע אותו. כך פסק ברק כי הימנעות מרישום הערת אזהרה לא תיחשב כמחדל "אם בנסיבות העניין קיימים שיקולים כבדי משקל של מדיניות משפטית המצדיקים אי-רישומה של הערת אזהרה".[[68]](#footnote-68) הוא גם נתן דוגמא לשיקול כזה: הימנעות של בן זוג לרשום הערה על נכס של בן זוגו "מטעמים של אחדות המשפחה".[[69]](#footnote-69) פסק דינו של ברק בפרשת **גנז** היה אפוא מלאכת מחשבת של חקיקה שיפוטית. באמצעות פרשנות עקרון כללי המעוגן בחקיקה ישראלית, קבע ברק הן חובה והן סייגים שאין להם זכר מפורש בחקיקה ואשר במשך שנים בית המשפט, לרבות ברק עצמו, טען כי לא ניתן לבססם על חקיקה ישראלית. זה הוא ביטוי מובהק לעוצמת כוחו של ברק ושל בית המשפט בעת שניתן פסק הדין בפרשת **גנז**.

חלק מחבריו של ברק להרכב בפרשת גנז הסתייגו מרוחבה של החובה שיצר. כולם הסכימו שבמקרה הספציפי הזה יש לפקוד את גנז על התנהגותו וכי ניתן להשתית את ההחלטה על עקרון תום הלב הישראלי, אך רובם נטו לסייג את הכלל רק לנסיבות המיוחדות של פרשת **גנז**: ההתמשכות הארוכה של מחדלו של בעל הזכות המוקדמת בזמן (17 שנה) וההסתמכות המשמעותית והממושכת של הרוכש המאוחר יותר.[[70]](#footnote-70) אלה תנאים שדומים מאוד לתנאים של דוקטרינת ההשתק האקוויטבילית באנגליה: השתקה של תובע זכות בשל מחדל ארוך זמן והסתמכות מתמשכת וארוכת טווח שגמרה לנזק ולאדם אחר.[[71]](#footnote-71) פרשת גנז סמלה אפוא את הלידה של אחות ישראלית תאומה ועצמאית לדוקטרינת ההשתק האנגלית האקוויטבילית: דוקטרינת ההשתק הישראלית. אף כי כאמור השופטים ביססו אותה על עקרון תום הלב הישראלי, השופטים הרבו להשתמש במונח "השתק" הלקוח מדיני היושר האנגליים.[[72]](#footnote-72) גם השופט ברק לא הסתייג מביסוס קביעותיו באופן חלופי על מונח ה"השתק".[[73]](#footnote-73) הלכת גנז הניחה אפוא נדבך עצמאי נוסף בדיני היושר הישראלים: השתקת בעל זכות שהשתהה וגרם נזק משמעותי לאחרים.

גם הלכת **גנז**, כמו הלכת **אהרונוב** לפניה וככל חקיקה שיפוטית שמרחיבה את שיקול הדעת השפוטי, פתחה פתח לפיתוח נוסף של דיני היושר הישראלים. היא גם יצרה חוסר וודאות והותירה סימני שאלה רבים: האם להעדיף פרשנות רחבה או צרה של עקרון תום הלב? מה דינם של מחדלים פחות חמורים ממחדלו של גנז? בתי המשפט בישראל, בכל הערכאות, עוסקים מאז במרץ ביישומה של הלכת גנז ובפיתוחה. כך, למשל נקבעו תנאים לתחולתה או אי תחולתה במקרים שבהם המחדלים שגרמו לנזק היו קצרים יותר או חמורים פחות.[[74]](#footnote-74) נקבעו הלכות בנוגע למחדלים שנגרמו כתוצאה מיחסי אמון בין שכנים או בין בני משפחה רחוקים בכפר ערבי מסורתי.[[75]](#footnote-75) בית המשפט אף החיל את ההלכה על מחדלי רישום אחרים כגון הימנעות מרישום הסכם בין שותפים במקרקעין (common owners).[[76]](#footnote-76) דוקטרינת ההשתק אף יושמה על מחדלים שלא נוגעים לרישום, כגון מצגי שווא בכתב או בעל פה.[[77]](#footnote-77) בית המשפט אף הבהיר את היחס בין הלכת גנז להלכת אהרונוב. לכאורה אלה הלכות סותרות, שכן פרשת אהרונוב קבעה כי זכות מן היושר עדיפה על נושי המעביר אף ללא רישום הערת אזהרה בעוד שהלכת גנז קבעה כי מי שלא רשם הערה כזו עלול להפסיד את עדיפותו. השופט ברק, שהיה שותף לשתי ההלכות, הבהיר כי בעוד הראשונה (אהרונוב) נועדה להקנות עדיפות כלפי נושים שלא הסתמכו על הנכס שבמחלוקת, השנייה (גנז) מדברת על הכרעת התחרות בין שני נושים שכן הסתמכו על הנכס, בזה אחר זה. במקרה הראשון אין ההימנעות מרישום הערת אזהרה לטובת הראשון מזיקה לנושה שלא התעניין כלל בנכס. במקרה השני ההימנעות מרישום הערה לטובת הראשון מטעה את השני וגורמת לו לנזק.[[78]](#footnote-78)

הלכת גנז ובנותיה הצטרפה להלכת אהרונוב והפכה לחלק חשוב מדיני היושר הישראלים העצמאיים. אלה דינים שדומים לדיני היושר האנגליים, אך הם פרי פיתוח ישראלי מקורי. מדוע הושקעה כל כך הרבה אנרגיה שיפוטית ביצירה העצמאית אם בסופו של דבר היא מובילה לתוצאה שניתן היה לייבאה? התשובה לשאלה זאת טמונה בקשר העמוק שיש בין דרך יצירת הפסיקה לבין זהותה של המדינה. הפיתוח העצמאי של פסיקה הוא ביטוי לזהותה העצמאית והייחודית של מערכת השיפוט.

**Constitutional safeguards to property**

ביטוי בולט נוסף לעצמאותה והתעצמותה של מערכת השיפוט בישראל בעשורים האחרונים טמון ביכולתה לבקר ביקורת חוקתית של חוקים. סמכות זו באה לידי ביטוי גם בתחום ההגנה החוקתית על הקניין הפרטי. הפקעות או פגיעות תכנוניות במקרקעין הן הדוגמאות הבולטות ביותר לפגיעה כזו ולכן ניתן היה לצפות כי עוצמתה של מערכת השיפוט הישראלית תבלוט במיוחד בתחום זה. כפי שיוסבר להלן, דווקא בתחום זה לא הפגין בית המשפט העליון את מלוא עוצמתו וגזר על עצמו ריסון שיפוטי מסוים. אחת הסיבות לכך היא, ככל הנראה, השקפת עולם חלוקתית של חלק מהשופטים.

בתי המשפט בישראל הכירו במעמד החשוב של זכות הקניין הפרטי והחובה לפצות על הפקעת מקרקעין עוד לפני המהפכה החוקתית.[[79]](#footnote-79) כמו כן, החקיקה המרכזית שעוסקת בהפקעות בישראל קבעה תמיד זכות לפיצוי, גם אם חלקית ולא מלאה, בגין הפקעות ובגין פגיעות תכנוניות.[[80]](#footnote-80) חקיקתו של ס' 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו בשנת 1992 כי "אין פוגעים בקנינו של אדם" אלא בחוק, חיזקה הכרה זאת לכאורה.[[81]](#footnote-81)

עם זאת, הסמכות של בתי המשפט לבצע ביקורת חוקתית של הפקעות ופגיעות תכנוניות במקרקעין הוגבלה מלכתחילה בסעיף שמירת הדינים בחוק היסוד (ס' 10), לפיו החוק לא יחול על חקיקה שקדמה לכניסתו לתוקף. מגבלה זו מנעה מבית המשפט את הסמכות לבטל חוקים קודמים הפוגעים בקניין הפרטי. עם זאת, בית המשפט העליון אימץ את הגישה לפיה הוא בהחלט מוסמך לפרש חוקים קודמים באופן שונה לאור חוק היסוד. על פי גישה זו בית המשפט מוסמך לבצע ביקורת שיפוטית חוקתית של פעולות הנסמכות על חקיקה ישנה תוך פירוש חקיקה זו באופן המסמיך רק פעולות התואמות את מבחני חוק היסוד.[[82]](#footnote-82) על כן, למרות הסייגים, חקיקתו של חוק היסוד יצרה בקרב משפטנים וגם בקרב בעלי קרקעות ציפיות מרחיקות לכת ל"מהפכה" שתחזק את ההגנה על הקניין הפרטי במקרקעין יותר מזו שהייתה נהוגה לפני חוק היסוד.[[83]](#footnote-83) השינוי הפרשני בא לידי ביטוי גם ברטוריקה של בתי המשפט עצמם.[[84]](#footnote-84) עם זאת, באופן מעשי הציפיות לשינוי וגם ההצהרות על התרחשותו היו מוגזמות. הנכונות לחולל שינוי בדיני ההפקעות והפגיעות במקרקעין הייתה מוגבלת. נדגים זאת להלן בשני אפיקים מרכזיים של פגיעה במקרקעין: עצם הסמכות לבצע הפקעת מקרקעין והחובה לפצות פיצוי הוגן (just compensation) על הפקעות ופגיעות במקרקעין.

אחד התחומים שבהם ניתן היה לצפות להרחבת הביקורת השיפוטית על דיני ההפקעות הוא מסגרת הסמכות להפקעה. שני החוקים המרכזיים שעוסקים בהפקעות בישראל, פקודת הקרקעות משנת 1943 וחוק התכנון והבנייה משנת 1965, מגדירים את המטרה המותרת להפקעה באמצעות המונח הרחב "צורך ציבורי".[[85]](#footnote-85) מונח דומה מוכר בחוקה האמריקאית (Public use).[[86]](#footnote-86) מונח זה יכול להתפרש באופן מצומצם, כאילו הוא כולל רק שימוש של הציבור (use of the public), וגם באופן רחב, קרי כל מטרה ציבורית (pubic purpose). הפרשנות הצרה אינה מאפשרת להפקיע קרקעות לשם העברתן ליישויות או אינדיבידואלים פרטיים בעוד שהפרשנות הרחבה מאפשרת הפקעתן גם לצורך העברתן ליישויות או אינדיבידואלים פרטיים, כל עוד העברה זו תממש את המטרה הציבורית (public purpose). בית המשפט העליון של ארצות הברית דן בשתי האפשרויות הפרשניות האלה והעדיף ברוב דעות את הפרשנות הרחבה.[[87]](#footnote-87) זו גם גישת גם בית המשפט העליון בישראל. רבות מן ההפקעות בישראל נעשו לטובת הקמת שכונות מגורים שנמסרו לפרטים. הטעם הציבורי להפקעה היה בדרך כלל פיצול של הקרקע בין בעלים פרטיים רבים, שיצר ביניהם בעיות תיאום שמנעו פיתוח וחייבו הפקעה.[[88]](#footnote-88) בעקבות חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו נעשה ניסיון לאתגר את הפרשנות הרחבה. בפרשת **נוסייבה** טענו העותרים כי בעקבות חקיקת חוק היסוד והמבחנים שנקבעו בו, אין עוד מקום להפקיע קרקע למטרה ציבורית שהעותרים יכולים לבצע בכוחות עצמם.[[89]](#footnote-89) מיעוט של שופטי בית המשפט העליון סבר כי לאור חוק היסוד אין עוד הצדקה להפקעת קרקעות עבור מטרה כזו וכי יש לתת לכוחות השוק לפתור את בעיית התיאום.[[90]](#footnote-90) דעת הרוב לעומת זאת סברה כי כשל השוק הטמון בבעיית התיאום בין בעלים רבים יוביל לעיכוב בלתי נסבל בביצוע מטרת ההפקעה ועל כן יש לאפשר הפקעות מעין אלה.[[91]](#footnote-91) בית המשפט דבק בגישה זו גם כאשר בעלי הקרקע שבקשו לממש את המטרה המסחרית של ההפקעה בעצמם לא היו תושבים פלסטינים של מזרח ירושלים, כפי שקרה בפרשת **נוסייבה**, אלא איש עסקים ישראלי ואפילו הקרן הקיימת לישראל שהצהירו על רצונם לממש בעצמם פרויקט מסחרי בקרקע שהעירייה הפקיעה בלב תל-אביב.[[92]](#footnote-92) יתרה מזאת, בתי המשפט סרבו לבטל הפקעות למטרה ציבורית גם כאשר מימוש המטרה הציבורית השתהה במשך עשרות שנים לאחר ההפקעה. שיהוי כזה מעיד לכאורה על כך שההפקעה אינה פתרון טוב יותר מאשר המתנה לכוחות השוק. ההגנה החוקתית לקניין הפרטי בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו לא שכנעה את בית המשפט כי יש מקום לחולל שינוי בגישה זאת.[[93]](#footnote-93) מי שחולל בסופו של דבר שינוי בתחום היה המחוקק כאשר קבע בשנת 2010 חובה לקצוב מועד לביצוע הפקעות וכן קבע זכות להשיב קרקע שהופקעה במקרה שמטרתה לא הוגשמה בתוך המועד שננקב.[[94]](#footnote-94) עם זאת, תיקון חקיקה זה לא הוחל רטרואקטיבית וגם אינו חל על הפקעות לפי חוק התכנון והבנייה, שהוא החוק המרכזי שעוסק כיום בהפקעות בישראל. הרלוונטיות של התיקון כיום היא מאוד מינורית.

שינוי מרחיק לכת נוסף שניתן היה לחולל באמצעות פרשנות דיני ההפקעות התייחס למקרים שבהם הצורך הציבורי שלשמו בוצעה ההפקעה פקע או מומש והקרקע לא נחוצה עוד לצורך ציבורי. בפרשת **קרסיק** חולל בית המשפט לכאורה מהפכה כאשר פסק כי, באופן עקרוני, כאשר פוקעת מטרת ההפקעה יש להשיב את הקרקע לבעליה המקוריים. הוא בסס זאת על פרשנות יצירתית של הסמכות להפקיע ל"צורך ציבורי" לפיה זו סמכות נמשכת הפוקעת כאשר חדל הצורך הציבורי בקרקע שהופקעה.[[95]](#footnote-95) עם זאת, הפרשנות האקטיביסטית של בית המשפט נותרה במישור העקרוני בלבד. בית המשפט לא היה מוכן לפסוק לפיה באופן מעשי ולהשיב מקרקעין שהופקעו לבעליהם. תחת זאת הוא הורה למחוקק לרקוח את פרטי ההסדר. המחוקק מצדו שקד על הצעת חקיקה שסיכלה כמעט לחלוטין את הקביעה העקרונית של בית המשפט. היא קבעה כי זכות ההשבה לא תחול על הפקעות שבוצעו בעבר אלא רק על הפקעות שתבוצענה בעתיד וכאשר תחול – היא תקנה לבעלים המקורי רק זכות קדימה לרכוש את המקרקעין שלו בשווי שוק.[[96]](#footnote-96) בית המשפט העליון לא עמד בשום שלב על העיקרון שהתווה ואף אישר את חוקתיותו של החוק שסיכל אותו.[[97]](#footnote-97) נראה אפוא כי באפיק של ביקורת על עצם ביצוע הפקעות בית המשפט העליון בישראל היה מאוד זהיר, אם לא שמרני, ביחסו למהפכה החוקתית.

לעומת זאת, בית המשפט הפגין יותר אקטיביזם שיפוטי באפיק של ביקורת חוקתית על היקף הפיצויים שיש לשלם על הפקעה או פגיעה במקרקעין. כזכור שני החוקים המרכזיים שמאפשרים למדינה ולרשות מקומית לבצע הפקעות מקרקעין קבעו עוד לפני חוק היסוד כי יש לפצות על הפקעות. חוק התכנון והבנייה הקנה גם זכות לתביעה בגין פגיעות במקרקעין על ידי תכניות מתאר מקומיות.[[98]](#footnote-98) עם זאת חוקים אלה כללו סעיפים שונים שפטרו את הרשויות מלשלם פיצוי מלא בגין הפקעה וחייבו אותן לשלם רק פיצוי חלקי. היקף הפטור מפיצוי נע בין 25% ברמה הארצית ל-40% ברמה המקומית.[[99]](#footnote-99) הפטור על פגיעות תכנוניות ניתן על פגיעה ש"אינה עולה על הסביר".[[100]](#footnote-100) בעבר פרש בית המשפט העליון את הפטור מפיצוי כסוג של מס המוטל על בעלי מקרקעין. על כן פסק כי ניתן להפקיע קרקע ללא פיצוי גם כאשר ההפרעה אינה משביחה את יתרת הקרקע הנותרת בידי הבעלים ואפילו אם מפקיעים את הקרקע במלואה מבלי להותיר לבעלים חלקת מקרקעין כלשהיא.[[101]](#footnote-101) עם חקיקת חוק היסוד שינה בית המשפט את פרשנותו לחקיקה זאת. זה היה התיקון מרחיק הלכת ביותר בתחום ההפקעות, אף כי גם הוא היה מתון ממה שניתן היה לצפות מ"מהפכה חוקתית". בפרשת **הולצמן** פסק בית המשפט העליון כי כאשר מפקיעים חלקה במלואה מבלי להותיר לבעלים דבר, יש לשלם לבעלים פיצוי מלא ואין לגבות ממנו את המס הגלום בפטור החוקי מפיצוי.[[102]](#footnote-102) עם זאת, בית המשפט היה פחות ברור בגישתו לפטור מפיצוי במקרים שבהם הפקיעה הרשות רק חלק ממקרקעין, אך ההפקעה לא השביחה את החלק שנותר בידי הבעלים. בעוד שהשופטת דורנר תמכה עקרונית בביטול הפטור מפיצוי גם במקרה זה, הנשיא ברק הציע שלא לבטלו בשל ההשקפה כי לצד הגנת הקניין הפרטי מוטלת על בעלי הקרקע גם "אחריות חברתית". הפטור מפיצוי עשוי לבטא אחריות זו. את הקביעה באילו מקרים מבטא הפטור את האחריות ובאילו לא הותיר ברק, באופן אופייני, לשיקול דעתם של בתי המשפט בעתיד.[[103]](#footnote-103) כעבור שנים אחדות ולאחר פרישתו של ברק פסק בית המשפט העליון בפרשת **רוטמן** כי יש לפצות בעלים באופן מלא גם על הפקעת חלק מחלקה, אם ההפקעה לא השביחה את החלק שנותר בידי הבעלים.[[104]](#footnote-104) עוד קודם לכן ביטל המחוקק את הפטור בנוגע להפקעות שתבוצענה בעתיד ברמה הארצית, אך לא ברמה המקומית.[[105]](#footnote-105) עד כה לא נמצאו ממצאים אמפיריים המצביעים על קורלציה בין הגברת החובה לפצות לבין היקף ההפקעות שמבצעות הרשויות.[[106]](#footnote-106)

שופטי בית המשפט העליון נחלקו ביניהם גם בסוגית הפרשנות של סעיף החוק הפוטר את הרשויות מהצורך לפצות על פגיעות תכנוניות במקרקעין ש"אינן עוברות את תחום הסביר".[[107]](#footnote-107) בפרשת **הורוויץ** חלק מהשופטים סברו כי נוכח ההגנה החוקתית לקניין יש לפצות על כל פגיעה שנזקה עולה על de minimis.[[108]](#footnote-108) הנשיא ברק הציע פרשנות רחבה יותר לפטור מפיצוי, המבוססת על הרעיון שיש להטיל על בעלי הקניין הפרטי "אחריות חברתית".[[109]](#footnote-109) הוא הציע לבחון את שאלת הפיצוי בהתאם לגובה הפגיעה, עוצמת המטרה הציבורית שלה ומידת פיזור הנזק. ככל שהפגיעה גדולה יותר, מטרתה חשובה פחות והנזק לא מתפזר באופן שווה-יש לפצות. לעומת זאת, ככל שהפגיעה קטנה יותר, מטרתה חשובה יותר והיא מתפזרת באופן מקרי ושווה על כלל האוכלוסייה-אין מקום לפצות.[[110]](#footnote-110) דיון נוסף של בית המשפט העליון בהרכב של שבעה שופטים לא הניב הלכה מחייבת, הותיר את העוסקים בתחום בחוסר וודאות והגדיל את התלות בשיקול הדעת השיפוטי.[[111]](#footnote-111) הוא הדגים היטב את חילוקי הדעות האידיאולוגיים בין השופטים. מול גישתו החלוקתית של הנשיא ברק, שתמך בהטלת אחריות חברתית על בעלי הקניין, ניצבה עמדתו של המשנה שלו, השופט מִשָאֵל חשין. חשין, שתמך בפסיקותיו באופן עקבי בהגנת הקניין הפרטי, התנגד להטלת אחריות חברתית כזו. ביסוד עמדתו הציב את השקפת העולם הכלכלית-חברתית הבאה:[[112]](#footnote-112)

"בעלי מקרקעין בימינו - והמשיבה בכללם - אינם בהכרח מבוססים מבחינה כלכלית ופיננסית יותר מאשר אחרים בקהילתם. ויש מביניהם שהקרקע הנפגעת היא רכושם היחיד. אכן, הפיאודלים של היום פיאודלים של הון הם. אין הם עוד הפיאודלים של ימים עברו. ראוי לנו אפוא כי נהיה זהירים יותר כלפי מי שתוכניות תכנון פוגעות ברכושם, שאפשר רכושם היחיד הוא....כך גם יקוים צדק השוויון שהוא כה חיוני לקיומה של קהילה בריאה...".

אנו רואים כי האקטיביזם השיפוטי של בית המשפט העליון בתחום ההגנה החוקתית לקניין היה משמעותי יותר ביחס לזכות הבעלים לפיצוי בגין הפקעה. בתחום זה הצליח בית המשפט לשנות, באמצעות פרשנות, את הדין שקדם לחוק היסוד וזאת על אף שהחקיקה הרלוונטית הוצאה מתחולתו של חוק היסוד. עובדה זו לא מנעה מבית המשפט לבצע שינויים הלכתיים אקטיביסטיים באמצעות הסמכות לפרשנות חקיקה קודמת, אותה נטל לעצמו. מחלוקות אידיאולוגיות פנימיות בין שופטים ולאו דווקא גישה שיפוטית שמרנית הן, כנראה, שמנעו עד כה תקדימים מרחיקי לכת יותר בתחום ההגנה החוקתית לקניין במקרקעין.

**סיכום**

בפרק זה ראינו כי דיני המקרקעין מהווים פריזמה בה משתקפת העצמאות והיצירתיות המשפטית של הרשות השופטת בישראל. אלה באו לידי ביטוי בולט בשני תחומים של הגנת הקניין הפרטי במקרקעין. בתחום המשפט הפרטי פיתחה הפסיקה הישראלית ביצירתיות רבה דוקטרינות מקומיות הדומות לדוקטרינות שפיתחו בתי המשפט של ה- equity באנגליה מאות שנים קודם לכן. כך פיתח בית המשפט העליון זכויות מן היושר וזכויות מכוח השתק "תוצרת הארץ". מהלך פיתוח זה נועד להצביע על עצמאות מערכת המשפט הישראלית ממקורות זרים אבל הוא גם מפגין בצורה ברורה את תפיסתה האקטיביסטית של מערכת השיפוט הישראלית בפרשנות החקיקה. האקטיביזם השיפוטי בא לידי ביטוי, אם כי באופן מוגבל יותר, גם באופן שבו הוביל בית המשפט העליון שינוי בדיני ההפקעה והפגיעה התכנונית במקרקעין לאחר חקיקת חוק יסוד כבוד האדם וחירותו. בית המשפט נטל לעצמו את הסמכות לפרש באופן שונה, ברוח חוק היסוד, חוקים שחוק היסוד קבע במפורש שאינו חל עליהם. באמצעות פרשנות יצירתית ואקטיביסטית של חוקים הוביל לצמצום משמעותי של המקרים שבהם מותר להפקיע מקרקעין ללא פיצוי. לעומת זאת בתחום הביקורת על סמכות ההפקעה עצמה היו השינויים שהוביל בית המשפט מינוריים יותר. הטעם המרכזי לכך לא היה גישה שמרנית לתפקיד השיפוטי אלא מחלוקות אידאולוגיות פנימיות בתוך בית המשפט.

1. C.A. 189/95 Bank Otzar Ha-Hayal v. Aharonov, PD 53(4) 199, 251 (1999). [↑](#footnote-ref-1)
2. HCJ 2390/96 Karsik v. State of Israel PD 55(2) 625, 713 [2001] (Isr.)(Hebrew)); English translation, J. Barak at par. 9 : <http://elyon1.court.gov.il/files_eng/96/900/023/g10/96023900.g10.htm>; VERSA-Opinions of The Supreme Court of Israel, Translated Opinions, <http://versa.cardozo.yu.edu/opinions/karsik-v-state-israel> (Hereinafter: Karsik case). [↑](#footnote-ref-2)
3. Shimon Shetreet, *The critical challenge of judicial independence in Israel*, Judicial independence in the age of democracy-Critical perspectives from around the world 233, 233-235 (Peter H. Russell & David M. O'Brien eds., University Press of Virginia, 2001). [↑](#footnote-ref-3)
4. *PG* 1 September 1922, 1. [↑](#footnote-ref-4)
5. Uri Yadin, *Reception and rejection of English law in Israel*, 11 International and comparative Law Quarterly 59, 59-61, 72 (1962); Daniel Friedmann, *Infusion of the Common Law into the Legal System of Israel*, 10 Isr. L. Rev. 324, 350, 359-360 (1975). [↑](#footnote-ref-5)
6. Maimon Schwarzschild, [*Complicated-But Not Too Complicated: The Sunset of EU Law in the UK after Brexit*](https://heinonline.org/hol-cgi-bin/get_pdf.cgi?handle=hein.journals/cdozo39&section=34), 39 Cardozo Law Review 905, 908 (2018); Graham Gee, Alison L. Young, [*Regaining Sovereignty: Brexit, the UK Parliament and the Common Law*](http://www.kluwerlawonline.com/abstract.php?area=Journals&id=EURO2016008), 22 European Public Law 131, ??? (2016). [↑](#footnote-ref-6)
7. Daniel Friedmann, *Independent Development of Israeli Law,* 10 Israel Law Review 515, 536-537 (1975). [↑](#footnote-ref-7)
8. Foundations of Law, 5740—1980, S.H.163, 34 L.S.I 181; Menachem Elon *The legal system of Jewish Law* 17 N.Y.U. J. Int'l L. & Pol. 221, 239-241 (1985). [↑](#footnote-ref-8)
9. Yoram Shachar, Ron Harris, Meyron Gross *Citation Practices of the Supreme Court, Quantitative Analysis* 27 Mishpatim –The Hebrew University Law Review 119, 151-160 (1996)(Hebrew); Yoram Shachar *The reference area of the Supreme Court 1950-2004* 50 Hapraklit-The Israel Bar Law Journal 29, 41-52 (2008) (Hebrew). [↑](#footnote-ref-9)
10. Baker v. Carr 369 U.S. 186, 267 (1962). [↑](#footnote-ref-10)
11. Daniel Friedmann, The Purse and the Sword-The Trials of Israel's Legal Revolution??? (Haim Watzman tr. OUP 2016); Oren Soffer, *Judicial review of legislation in Israel: Problems and implications of possible reform*, 12 Israel Affairs 307, 311-314 (2006). [↑](#footnote-ref-11)
12. Ibid, at ???; Menachem Mautner, Law & the culture of Israel 68-74 (OUP 2011); Gary J. Jacobsohn *Judicial activism in Israel* Judicial Activism in Comparative Perspective 90 (Kenneth M.Holland ed., St. Martin's Press 1991). [↑](#footnote-ref-12)
13. Basic Law: Human Dignity and Liberty, 5752 – 1992, S.H.150, §1 (Hebrew); Unofficial English Translation by Dr. Susan Hattis Rolef-Knesset web site, <http://knesset.gov.il/laws/special/eng/BasicLawLiberty.pdf>. [↑](#footnote-ref-13)
14. CA 6821/93 United Mizrahi Bank Ltd.v. Migdal Cooperative Village, 49(4) PD 221 (1995)(Hebrew); Israel Law Reports [1995] IsrLR 1 (Official English Translation), <http://elyon1.court.gov.il/files_eng/93/210/068/z01/93068210.z01.pdf>; VERSA-Opinions of The Supreme Court of Israel, Translated Opinions, <http://versa.cardozo.yu.edu/opinions/united-mizrahi-bank-v-migdal-cooperative-village>. [↑](#footnote-ref-14)
15. Marbury v. Madison, 5 U.S. 137 (1803); Yoram Rabin & Arnon Gutfeld [*Marbury v. Madison and Its Impact of Israeli Constitutional Law*](https://www-heinonline-org.ezproxy.colman.ac.il/HOL/Page?handle=hein.journals/miaicr15&div=14&start_page=303&collection=journals&set_as_cursor=0&men_tab=srchresults) 15 U. Miami Int'l & Comp. L. Rev. 303, 318-320 (2007). [↑](#footnote-ref-15)
16. Suzie Navot The Constitution of Israel-A Contextual Analysis ??? Ch.2 at p. 2-3 (Hart Publishing 2014); Daphna Barak-Erez [*Broadening the scope of judicial review in Israel: between activism and restraint*](http://www.tau.ac.il/law/barakerez/artmarch2010/38.pdf), 3 Ind. J. Const. L. 119, 121 (2009). [↑](#footnote-ref-16)
17. Navot, supra note 16, at ???; Miguel Deutch [*Protection of Obligatory Rights as Property within the Framework of the Constitutional Revolution in Israel*](https://heinonline.org/hol-cgi-bin/get_pdf.cgi?handle=hein.journals/telavusl15&section=11) 15 Tel Aviv U. Stud. L. 147, 150 (2000); Ran Hirschl *The "Constitutional Revolution" and the Emergence of a New Economic Order in Israel* 2 Israel Studies 136, 137-138 (1997). [↑](#footnote-ref-17)
18. Soffer *Judicial review*, supra note 11, at 308, 319. [↑](#footnote-ref-18)
19. [David Nachmias](https://www.tandfonline.com/author/Nachmias%2C+David), [Itai Sened](https://www.tandfonline.com/author/Sened%2C+Itai), *Governance and public policy* 7 Israel Affairs 3 (2001); Assaf Meydani, The Israeli supreme court and the human rights revolution: Courts as agenda setters 116-120, 152 (OUP 2011 ); Soffer *Judicial review*, supra note 11, at 312. [↑](#footnote-ref-19)
20. Nomi Levitsky, The Supremes (Hakibbutz Hameuchad, 2006)(Hebrew); [Pnina Lahav *American Moment[s]: When, How, and Why Did Israeli Law Faculties Come to Resemble Elite U.S. Law Schools?* 10 Theoretical Inquiries in Law 653](https://samba.huji.ac.il/+CSCO+1h75676763663A2F2F6A6A6A2E617269622E70622E7679++/books/%d7%9b%d7%aa%d7%91%d7%99%20%d7%a2%d7%aa/%d7%9b%d7%aa%d7%91%d7%99%20%d7%a2%d7%aa/theoretical%20inquiries%20in%20law/vol.%2010.2/til-10-2-653.pdf), 657-658 (2009). [↑](#footnote-ref-20)
21. Aharon Barak *A judge on judging: The role of a supreme court in a democracy* 116 Harv. L. Rev. 16, 33-36 (2002). [↑](#footnote-ref-21)
22. Oz Almog [*Shifting the centre from nation to individual and universe: The new 'democratic faith' of Israel*](https://www.tandfonline.com/doi/pdf/10.1080/13537120208719628) 8 Israel Affairs 31, 35-36 (2001). [↑](#footnote-ref-22)
23. Mautner, supra note 12, at 90-103. [↑](#footnote-ref-23)
24. Friedmann, The Purse and the Sword, supra note 11, at ???; Ruth Gavison *The Role of Courts in Rifted Democracies* 33 Isr. L. Rev. 216, 233-234 (1999); Yoav Dotan *Judicial Review and Political Accountability: The Case of the High Court of Justice in Israel* 32 Isr. L. Rev. 448, 468-473 (1998); [Yoav](javascript:__doLinkPostBack('','ss~~AR%20%22Dotan%2C%20Yoav%22%7C%7Csl~~rl','');) Dotan, *Judicial Accountability in Israel: The High Court of Justice and the Phenomenon of Judicial Hyperactivism* 8 [Israel Affairs](javascript:__doLinkPostBack('','mdb~~aph%7C%7Cjdb~~aphjnh%7C%7Css~~JN%20%22Israel%20Affairs%22%7C%7Csl~~jh','');) 87, 99-102 (2002). [↑](#footnote-ref-24)
25. TOI staff, Jacob Magid *MKs push ahead with bill curbing High Court in West Bank land disputes*, JPost 28 May 2018, <https://www.timesofisrael.com/mks-push-ahead-with-bill-curbing-high-court-in-west-bank-land-disputes/>; Lahav Harkov *The fiercest warrior against judicial activism* JPost 29 November 2017, <https://www.jpost.com/Diplomatic-Conference/The-fiercest-warrior-against-judicial-activism-515595>; Lahav Harkov *Bayit Yehudi's Yogev in hot water over high court bulldozer comments* JPost 29 July, 2015, <https://www.jpost.com/Israel-News/Politics-And-Diplomacy/Left-calls-Right-wing-criticism-of-High-Court-criminal-410485> ; [↑](#footnote-ref-25)
26. Friedmann, The Purse and the Sword, supra note 11. [↑](#footnote-ref-26)
27. Yonah Jeremy Bob *Supreme court gets more conservative with appointment of two new justices,* JPost 22 February 2018. [↑](#footnote-ref-27)
28. Proposed Basic Law: Human Dignity and Liberty (Amendment - Clause of Overcoming)(12 March 2018), Knesset WEB site, <http://fs.knesset.gov.il//20/law/20_lst_491213.docx>; Shahar Hay *Knesset committee approves override power over High Court*, Y-net, 5 June 2018, <https://www.ynetnews.com/articles/0,7340,L-5252771,00.html>; Lahav Harkov *Netanyahu, Levin push for dramatic judiciary restructuring* JPost 15 April 2018, <https://www.jpost.com/Israel-News/Top-Likud-minister-Well-even-go-to-election-to-limit-Supreme-Court-549850>; [↑](#footnote-ref-28)
29. Eran Vigoda Gadot, Nissim Cohen, Shlomo Mizrahi, Israeli Public Sector Performance: Citizens’ Attitudes Analysis and National Assessment 29 (2016) (Hebrew); Soffer *Judicial review*, supra note 11, at 323-325; Haim Sandberg *Strategic considerations behind normative explanations: Lessons from Israel’s Supreme Court expropriations case*, 11 Int'l J. Cont. L. 751, 767-768 (2013). [↑](#footnote-ref-29)
30. Joshua Weiman *The Land Law, 1969: A Critical Analysis*, 5 Isr. L. Rev. 379, 382-384 (1970); Friedmann, *Infusion of common law*, supra note 5, at 350. [↑](#footnote-ref-30)
31. Leah Doukhan-Landau, Equitable Rights to Land and the remedy of specific performance of contracts of sale of land 37-41 (Institute for Legislative Research and Comparative Law, Jerusalem, 1968); A. M. Apelbom *Book [Review]: Equitable Rights to Land and the remedy of specific performance of contracts of sale of land* 4 Is.L.R. 165, 166-167 (1969); David Kretzmer *The acquiring of equitable title,* 4 Isr. L.Rev. 452 (1969); Friedmann, *Infusion of common law*, supra note 5, at 350, 375-376; Hanoch Dagan *Codification, Coherence, and Priority Conflicts* THE DRAFT CIVIL CODE FOR ISRAEL IN COMPARATIVE PERSPECTIVE 149, 166 (Kurt Siehr & Reinhard Zimmermann eds. 2008). [↑](#footnote-ref-31)
32. Joshua Weiman *The Land Law, 1969*, supra note 30, at 383; *Willmott v. Barber* 15 Ch.D. 96, 105 (1880); Razabi v. Razabi (1955) 9 P.D. 520, 526-528 (1955)(Hebrew). [↑](#footnote-ref-32)
33. Land Law 5729-1969 § 153, 5 Isr. L. Rev. 292, 319 (1970)(Hereafter: Land Law 1969). [↑](#footnote-ref-33)
34. P.C.A 178/71 Boker v. Anglo-Israeli Co. Ltd. (1971) 25(2) P.D. 121 (1971); Friedmann *Independent Development,* supra note 7, at 552 (1975). [↑](#footnote-ref-34)
35. Moshe Landau, *General Remarks on the Land Law and Servitudes under the Land Law*, 1 Tel Aviv U. Stud. L. 110, 110-111 (1975);

    להצעת החוק ולטיוטות של רדזינר [↑](#footnote-ref-35)
36. Moshe Landau, *Judicial Activism* 7 Hamishpat L.Rev. 535, 536-537 (2002)(Hebrew); Friedmann, The Purse and the Sword, supra note 11, at 303; [Tomer Zarchin](https://www.haaretz.com/misc/writers/1.4968505) *Eichmann Trial Judge, Moshe Landau, Dies at 99*, HAARETZ, 2 May, 2011, <https://www.haaretz.com/1.5006533>. [↑](#footnote-ref-36)
37. Joshua Weiman *The Land Law, 1969*, supra note 30, at 386-388; Friedmann *Independent Development,* supra note 7, at 552-554. [↑](#footnote-ref-37)
38. Aharonov case, supra note 1. [↑](#footnote-ref-38)
39. Ibid, at 241-242. [↑](#footnote-ref-39)
40. Land Law 1969, §9. [↑](#footnote-ref-40)
41. Boker case, supra note 34, at 134 (J.Landau). [↑](#footnote-ref-41)
42. Aharonov case, supra note 1, at 244-245,249. [↑](#footnote-ref-42)
43. Ibid, at 232-235, 246-247; CA 790/97 United Mizrahi Bank Ltd. v. Gadi, 59 PD(3) 697, 707-710 (2004)(Hebrew)(Hereafter: Gadi case); Dagan *Codification* , supra note 31, at 169, 176-177. [↑](#footnote-ref-43)
44. Aharonov case, supra note 1, at249. [↑](#footnote-ref-44)
45. Ibid, at 231. [↑](#footnote-ref-45)
46. Ibid, at 226. [↑](#footnote-ref-46)
47. Ibid, at 248, 251. [↑](#footnote-ref-47)
48. Ibid, at 227-230, 253-254. [↑](#footnote-ref-48)
49. F.H. 30/67 Stern v. Stern PD 22(2) 36, 49 (1968)(Hebrew). [↑](#footnote-ref-49)
50. C.A. 5955/09 The Receiver v. Tauber (Nevo, 19.7.2011)(Hebrew); George Rosenberg, Niv Goldstein *Bank Leumi Le’Israel Ltd v Tauber - Israel Supreme Court judgment on trust law*, 10(2) Trust Quarterly Review 9, 10-12 (2012); Insolvency case (Jerusalem District Court) 5250/08 Frenkel v. Kastenbaum (Nevo, 3.4.2011)(Hebrew). [↑](#footnote-ref-50)
51. C.A. 3911/01 Kaspi v. Nes, 56(6) PD 752, 760-761 (2002). [↑](#footnote-ref-51)
52. C.A. 11502/05 Lanyado v. Holland Israel Ltd. (Nevo, 24.2.2008)(Hebrew). [↑](#footnote-ref-52)
53. C.A. 1559/99 Zimbler v. Turgeman, 57(5) PD 49, 63-67 (2003)(Hebrew); Nili Cohen *Distributive Justice in the Enforcement of Contracts* Festschrift filr Gunther Kuhne zum 70. Geburtstag, 971, 1002 (H.Erausgcgcben et al eds., Verlag Recht und Wirtschaft GmbH Frankfurt am Main 2009). [↑](#footnote-ref-53)
54. Ralph A. Newman, *The Principles of Equity as a Source of World Law*, 4 Israel Law Review 616, (1966). [↑](#footnote-ref-54)
55. Snell's Equity 387 (32nd ed. John McGee ed. 2010). [↑](#footnote-ref-55)
56. C. A. 2643/97 Ganz v. British & Colonial 57(2) P. D. 385 (2003)(Hereafter: Ganz case). [↑](#footnote-ref-56)
57. Ibid, at 391-392. [↑](#footnote-ref-57)
58. Supra note 32. [↑](#footnote-ref-58)
59. Dagan *Codification* ,supra note 31, at 161-162, 172; Menachem Mautner *The eternal triangle of the law: Toward a theory of priorities in conflicts involving remote parties* 90 Mich. L. Rev. 95, 117 (1991); Nili Cohen *A Minor’s Contract to Acquire an Interest in Land, as Against the Vendor’s Creditor*, (1993) 41 Ha-Praklit 161 (Hebrew); Menachem Mautner *Conflicting transactions and the negligence of a purchaser who does not register a caveat* 40 Hapraklit-The Israel Bar Law Journal 525, 521 (1992) (Hebrew); Miguel Deutch Property 174 (Vol A, 1997)(Hebrew). [↑](#footnote-ref-59)
60. F.H. 21/80 Wertheimer v. Harari 35(3) P. D. 253, 263-267 (1981) Hebrew); C.A. 839/90 Raz Construction Company Ltd. v. Irenstein, PD (5) 739, 748 (1991)(Hebrew); C.A. 1235/90 Herbst v. M. Arian Electrical Works Contractor Ltd., Par. 9 J. Barak (Nevo, 1.9.1992)(Hebrew); Dagan *Codification* ,supra note 31, at 172. [↑](#footnote-ref-60)
61. Ganz case, supra note 56, at 400-401. [↑](#footnote-ref-61)
62. The Contracts (General Part) Law, 5733-1973, § 39, 61(b), S.H.118 (Hebrew), 27 L.S.I. 117; The Land Law 1969, § 14. [↑](#footnote-ref-62)
63. W. Z. Zeltner *Reflections of the Contracts Law (General Part), 5733-1973*, 1 Tel Aviv U. Stud. L. 153, 162 (1975); Aharon Barak, *Codification of Civil Law and the Law of Torts*, 24 Isr. L. Rev. 628, 632-638 (1990). [↑](#footnote-ref-63)
64. C.A. 4628/93 State of Israel v. Apropim, 49(2) 265, 305-306 (1995)(Hebrew), VERSA-Opinions of The Supreme Court of Israel, Translated Opinions, <http://versa.cardozo.yu.edu/opinions/state-israel-v-apropim>, Par 9-10 J.Barak; L.C.A 6339/97 Roker v, Salomon, 58(1)PD 199, 275-278. [↑](#footnote-ref-64)
65. Barak, *Codification*, supra note 63, at 638. [↑](#footnote-ref-65)
66. Ganz case, supra note 56, at 404. [↑](#footnote-ref-66)
67. Ibid, ibid. [↑](#footnote-ref-67)
68. Ibid, at 406. [↑](#footnote-ref-68)
69. Ibid, ibid. [↑](#footnote-ref-69)
70. Ibid, at 416 (J.Shtrasberg-Cohen),418 (J.Levin), 426 (J. Matza), 431 (J.Rivlin). [↑](#footnote-ref-70)
71. Snell's Equity, supra note 55. [↑](#footnote-ref-71)
72. Ganz case, supra note 56, at 418 (J.Levin), 431 (J.Rivlin). [↑](#footnote-ref-72)
73. Ibid, at 407. [↑](#footnote-ref-73)
74. C.A. 9245/99 Weinberg v, Arian, 58(4) PD 804-806 (2004)(Hebrew); C.A. 8881/07 Lev v. Tubi, par.24-25 J.Melcer par. 3-4 J. Rivlin (Nevo, 27.8.2012)(Hebrew). [↑](#footnote-ref-74)
75. Lev case, supra note 74, at par. 26-27 J.Melcer; C.A.1217/03 Awnallah Group for Initiating and Investments Ltd. v. Khazen 58(1) PD 224, 236-240 (2003); C.A.4836/06 Hamoud v.Harb, par. 36 J.Rubinsein (Nevo, 13.7.2008). [↑](#footnote-ref-75)
76. C.A. 48/16 Dahan v, Simhon, par.45 J. Barak-Erez (Nevo, 9.8.2017). [↑](#footnote-ref-76)
77. C.A. 580/10 Nir Cooperative - National Cooperative Society for Settlement Workers v. Hod Hasharon Municipality, pars. 24-26 J. Melcer (25.7.2013); C.A. 136/14 Dan Op Ltd v. Cornucopia Equities Ltd, pars. 62-63 J. Melcer (Nevo, 6.9.2017). [↑](#footnote-ref-77)
78. Gadi case, supra note 43, at 707-708; Dagan *Codification* , supra note 31, at 176-177. [↑](#footnote-ref-78)
79. C.A. 216/66 City of Tel-Aviv v. Abu Daia 20(4) PD 522, 546 (1966)(Hebrew); C.A. 695/76 Rosen v. City of Haifa 33(1)PD 175, 188 (1978); Rachelle Alterman, Takings international: A comparative perspective on land use regulations and compensation rights 315 (ABA 2010). [↑](#footnote-ref-79)
80. Lands (Expropriation) Ordinance, 1943, PG [Palestine Gazette—Official Gazette during the Mandatory Government], supp. I 32 (1943) § 4, 20; Planning and Building law 5725-1965, §190, 197, 200, 19 L.S.I 330 (Original text); Unofficial consolidated translation by the Israel Ministry of Environmental Protection (2008): <http://www.sviva.gov.il/English/Legislation/Documents/Planning%20and%20Building%20Laws%20and%20Regulations/PlanningAndBuildingLaw1965-Excerpts.pdf>. Consolidated binding most updated version is available only in Hebrew. In the absence of updated translation, I shall refer to the combined updated Hebrew version published by Nevo Publishers. [↑](#footnote-ref-80)
81. Alterman, Takings international, supra note 79, at 316-317. [↑](#footnote-ref-81)
82. CFH 2316/95 Ganimat v. The State of Israel PD 49(4) 589, 652-654 (1995); FHCJ 4466/94 Nusseibeh v. Minister of Finance, PD 43 (4) 68, 85-89 (1995)(Hebrew)(Hereafter: Nusseibeh case. [↑](#footnote-ref-82)
83. Yifaat Holzman-Gazit, Land expropriation in Israel: Law culture and society 167–168 (2007). [↑](#footnote-ref-83)
84. Alterman, Takings international, supra note 79, at 316. [↑](#footnote-ref-84)
85. Supra note 80. [↑](#footnote-ref-85)
86. US Constitution, Amendments 5, 14. [↑](#footnote-ref-86)
87. Kelo v. City of New London, 545 U.S. 469, 485 (2005). [↑](#footnote-ref-87)
88. Holzman-Gazit , supra note 83, at ???; Haim Sandberg *Land Expropriations of Private Arab Land in Israel - An Empirical Analysis of the Regular Course of Business*, 43 Israel Law Review590, 605 (2010); Haim Sandberg *Land Title Settlement in Jerusalem - Legal Aspects*, 23 The Journal of Israeli History 216, 222-225 (2004). [↑](#footnote-ref-88)
89. Nusseibeh case, supra note 82, at 76. [↑](#footnote-ref-89)
90. Ibid, at 90-91 (J.Dorner), 93 (J.Matza), 93 (J.Levin) [↑](#footnote-ref-90)
91. Ibid, at 81-83 (J.Goldberg), 93 (J.Or). [↑](#footnote-ref-91)
92. HCJ 10784/02 Keren Kayemeth LeIsrael v. *Atarim* on the Tel Aviv Coast-Tourism Development Company in Tel Aviv Jaffa, PD 58(3) 757, 767-768 (2004)(Hebrew); A.A.A 859/11 Rabbi HaLevi Krakovsky v. Local Planning and Building Committee Tel Aviv-Jaffa (Nevo, 22.7.2013)(Hebrew). [↑](#footnote-ref-92)
93. Ibid, at 765-766; Nusseibeh case, supra note 82, at 79; HCJ 3421/05 Mahul v. Finance Minister, J. Arbel par. 33 (18.6.2009). [↑](#footnote-ref-93)
94. Amendment of Land (Expropriation) Ordinance (No. 3) Law 2010–5770 SH 346 (Isr.) (Hereinafter: The 2010 Amending Law). [↑](#footnote-ref-94)
95. Karsik case, supra note 2, at par. 31 J.Heshin; Holzman-Gazit , supra note 83, at ???; Danielle Marx *Takings and the Requirement of Ongoing Public Purpose: The Effect of the Constitutionalization of the Right to Property on the Law of Takings (Karsik v. the State of Israel, Israel Land Authority 55(II) P.D. 625)*, 36 Isr. L. Rev. 149 (2002). [↑](#footnote-ref-95)
96. Karsik case, supra note 2, at par. 91 J. Heshin;The 2010 Amending Law, supra note 94;Haim Sandberg, *Strategic Considerations behind Normative Explanations – Lessons From Israel's Supreme Court Takings Cas*e, 11 International Journal of Constitutional Law 751 (2013). [↑](#footnote-ref-96)
97. HCJ 2254/13 Samuel v. Minister of Finance (15.5.2014)(Hebrew). [↑](#footnote-ref-97)
98. Supra note 80; Alterman, Takings international, supra note 79, at 318, 325-330. [↑](#footnote-ref-98)
99. Lands (Expropriation) Ordinance, 1943, § 20; Planning and Building law 5725-1965, §190. [↑](#footnote-ref-99)
100. Planning and Building law 5725-1965, §200; Alterman, Takings international, supra note 79, at 332-333. [↑](#footnote-ref-100)
101. C.A. 377/79 Faiser v. Local Construction and Planning Committee Ramat Gan, PD 35(3) 645 (1981). [↑](#footnote-ref-101)
102. C.A. 5546/97 Kiryat Ata Planning and Building Commission v. Holzman 55[4] PD 629 (2001); English officialtTranslation: <http://elyon1.court.gov.il/files_eng/97/460/055/l06/97055460.l06.pdf>; VERSA-Opinions of The Supreme Court of Israel, Translated Opinions, <http://versa.cardozo.yu.edu/opinions/local-building-v-holzman>. [↑](#footnote-ref-102)
103. Ibid, at pars. 7-8 J. Barak; par. 9 J. Dorner. [↑](#footnote-ref-103)
104. CA 8622/07 Rotman v. The Israel National Roads Company Ltd., par 110 J. Fogelman (Nevo, 14.5. 2012). [↑](#footnote-ref-104)
105. The 2010 Amending Law, supra note 94, § 23(5). [↑](#footnote-ref-105)
106. Ronit Levine-Schnur, Gideon Parchomovsky *Is the Government Fiscally Blind? An Empirical Examination of the Effect of the Compensation Requirement on Eminent-Domain Exercises* 45 Journal of Legal Studies 439, 458-463 (2016). [↑](#footnote-ref-106)
107. Supra note 100. [↑](#footnote-ref-107)
108. CA 3901/96 Ranana Local Planning Committee v. Horowitz, PD 56(4) 913, 928-930 (2002) (Hebrew). [↑](#footnote-ref-108)
109. Ibid, at 937-939. [↑](#footnote-ref-109)
110. Ibid, at 942-944. [↑](#footnote-ref-110)
111. SCA 1333/02 Ranana Local Planning Committee v. Horowitz, PD 68(6) 289 (2004) (Hebrew); Alterman, Takings international, supra note 79, at 335. [↑](#footnote-ref-111)
112. Ibid, at 315-316. [↑](#footnote-ref-112)