# **מבוא למשפט אמריקאי**

## ד"ר איתי בר-סימן-טוב

# **שיטת המשפט האמריקאית - מאפיינים עיקריים:**

## **שיטת משפט חוקתית –** מתבטא בין היתר בביקורת שיפוטית (חוק שנוגד את החוקה – בטל).

## **שיטת משפט מקובל** – מתבטא בראש ובראשונה בעקרון התקדים המחייב, אבל גם באדוורסריות ושיטת המושבעים.

## **פדרליזם –** ריבוי מערכות דינים. הפרדה בין המערכת הפדרלית למערכת המדינתית (51 מערכות חקיקה ומשפט).

## **ביזור –** לכל מדינה מערכת משפט משלה, תובעים ושופטים משלה. ייתכנו פסיקות שונות בכל מדינה.

## **מושבעים** – אחד הביטויים למעורבות הציבור במשפט. ביטויים נוספים: בחירת שופטים, בחירת התובע הכללי.

## **אמונה בדמוקרטיה מול מקצועיות** – התפיסה היא שנבחרי הציבור אמינים יותר מאנשי המקצוע (בישראל המצב הפוך)

# **מקורות המשפט האמריקאי**

## **משפט פדרלי**

## **חוקת ארה"ב (United States Constitution)** – המקור הנורמטיבי העליון (חוקות המדינות פחות רלוונטיות).

## **חקיקה פדרלית ראשית (חקיקת הקונגרס)** – דרגה אחת מתחת לחוקה.

### **United States Statutes at Large**– חקיקה של הקונגרס שמוסדרת באופן כרונולוגי.

### **United States Code** – 51 כרכים הכוללים את כל החקיקה הפדרלית, ומחולקים לפי נושאים.

### **United States Code Annotated**(U.S.C.A) **–** עותק מוער של הקודקס, הכולל גם פסקי דין ופרשנויות.

## **חקיקת משנה פדרלית** – המקבץ הגדול ביותר של חוקים, הכולל כללים ורגולציות של כל הרשויות.

### Federal Register

### Code of Federal Regulations

\*\*למרות שמדובר במערכת שבה נהוגים כללי המשפט המקובל, **מקורהמשפט המרכזי הוא ב**חקיקה; פסיקה **מקבלת תוקף משני בלבד**. בתי המשפט מתמקדים בפרשנות חקיקה, ופחות בחקיקה שיפוטית.

## **פסיקה של מערכת בתי המשפט הפדרלית**

### **פסיקת ביהמ"ש העליון:**

#### United States Reports (U.S.)

#### Lawyers Edition (L. Ed.)

#### Supreme Court Reporter (S. Ct.)

### **פסיקת ביהמ"ש בערכאות הערעור:**

#### Federal Reporter (Fed.) (עד 1931)

#### Federal Reporter Second Series (F. 2d.)

### **פסיקת ביהמ"ש בערכאה הראשונה:**

#### Federal Supplement (F. Supp.)

## **משפט מדינתי**

## **חוקת המדינה** –לכל אחת מ- 50 המדינות יש חוקה משלה, ורובן מפורטות יותר מחוקה האמריקאית.

## **חקיקה ראשית מדינתית**

### לכל אחת מ- 50 המדינות יש ספר חוקים ואוספים דומים ל- U.S.C.A.

### בנוסף יש את ה- Uniform Laws Annotated (למשל UCC)

## **חקיקת משנהמדינתית** – קיימת בכל אחת מ- 50 המדינות.

## **פסיקה של מערכת בתי המשפט המדינתית** (בכל אחת מ- 50 המדינות)

### לרוב המדינות הוצאה רשמית של פסיקתם (לפחות של העליון המדינתי)

### בנוסף יש את הפרסומים האזוריים (regional reporters) על פי 7 אזורים

# **ההיררכיה של מקורות המשפט האמריקאי**

## **חוקת ארה"ב**

## **חקיקה פדרלית ראשית (ואמנות בינ"ל)**

## **חקיקת משנה פדרלית**

## **פסיקה פדרלית**

## **חוקת המדינה**

## **חקיקה ראשית מדינתית**

## **חקיקת משנהמדינתית**

## **פסיקה מדינתית**

# **הערות:**

## **מעמד הפסיקה** – יש להבחין בין פסיקה שיוצרת לפסיקה שמפרשת, ובין פסיקה שמפרשת חוקה לפסיקה שמפרשת חקיקה. מעמד הפסיקה בהיררכיה הנ"ל מתייחס לפסיקה שיוצרת כללי משפט מקובל. **כאשר מדובר בפסיקה שמפרשת את החוקה או את החקיקה, מעמדה נקבע לפי המיקום בהיררכיה של המקור הנורמטיבי שפסק הדין מפרש**.

## **חוק עוקף פסיקה** - ניתן לשנות או לבטל תקדים, שנקבע בפסק דין, באמצעות חקיקה ראשית (או אפילו חקיקת משנה), אבל לא ניתן להפוך תקדים שמפרש את החוקה באמצעות חקיקה, אלא רק על ידי תיקון החוקה עצמה.

## **היררכיית בימ"ש** - ההיררכיה של פסקי הדין נקבעת לפי הערכאה שנתנה את פסק הדין. בימ"ש בערכאה נמוכה יכול לפסוק שחוק מסוים מנוגד לחוקה, אולם לא יהיה זה תקדים מחייב. כמו כן, ניתן יהיה לערער על כך עד בית המשפט העליון הפדרלי (מה שהוא קובע מחייב את כולם).

## **משפט מדינתי** - בנושאים של משפט מדינתי, בית המשפט העליון המדינתי הוא הסמכות העליונה ביותר. הפסיקה מחייבת רק את בתי הדין באותה המדינה.

# **מערכת בתי המשפט הפדרלית**

## **U.S. Supreme Court**– ביהמ"ש העליון הפדרלי.התקדימים מחייבים את כל בתי המשפט, אבל לא את העליון עצמו.

## **U.S. Federal Courts of Appeals (Circuits)**– ערכאת הערעור. 13 בתי משפט, המחולקים למחוזות.

## **U.S. Federal District Courts –** הערכאה הפדרלית הנמוכה. 94 בתי המשפט, המחולקים לאזוריים.

## וושינגטון DC יוצאת דופן בכך שחל עליה המשפט הפדרלי. אנשים מעדיפים לגור בג'ורג'יה או במרילנד.

## יש בתי משפט פדרליים לתחומים מסוימים (למשל: Tax Courts, Bankruptcy Courts)

# **מערכת בתי המשפט המדינתית**

# **מערכת בתי משפט מדינתית טיפוסית -**

## **State Supreme Court**(Also called Court of Appeals; Supreme Judicial Court)

## **State Courts of Appeals**

## **State Trial Courts**(Typically called Superior Court; Circuit Court; District Court; County Court)

# **הערות:**

## יש מערכת בתי משפט נפרדת בכל אחת מ- 50 המדינות.

## ברוב המדינות יש 3 ערכאות, אך יש יוצאי דופן - בחלק מהמדינות יש ערכאה נוספת, נמוכה יותר (Ministry).

## אין אחידות בשמות הערכאות במדינות השונות. ברוב המדינות, בית המשפט העליון נקרא ה- supreme court, אך חשוב להיות מודעים לחריגים. החשוב והמבלבל שבהם - **ניו יורק**.

**מערכת בתי המשפט בניו יורק:**

1. הערכאה העליונה = Court of appeals
2. ביהמ"ש לערעורים = Appellate division
3. הערכאה הנמוכה = Supreme court

# **סמכות השיפוט הפדרלית**

## **ס' 3(2)(1) לחוקת ארה"ב:**

## **שני בסיסים לסמכות ביהמ"ש הפדרליים**:

## **על פי הנושא**–

### כל המקרים שנובעים מהחוקה הפדרלית, מהחוקים הפדראליים ומאמנות בינ"ל(“federal question” jurisdiction)

### כל ענייני האדמיראליות והימייה

## **על פי זהות הצדדים** -

### כל המקרים הנוגעים לשגרירים, לצירים ולקונסולים

### מחלוקת שארצות הברית היא צד בהן

### מחלוקת בין שתי מדינות של ארצות הברית

### מחלוקת בין מדינה לבין אזרחי מדינה אחרת (רק המדינה יכולה לתבוע)

### בין אזרחי מדינות שונות (“diversity-of-citizenship” jurisdiction)

### מחלוקת בין מדינה או אזרחיה לבין ארצות זרות, אזרחיהן או נתיניהן

**מדוע יש סמכות פדרלית כשיש מחלוקת בין אזרחים ממדינות שונות?** ראשית, יש צורך בהאחדה. שנית, יש חשש שאנשים יעדיפו מערכת משפט אחת על פני השנייה. תיקון 11 לחוקה הבהיר ש**לא ניתן לתבוע מדינות באמצעות מדינה שהיא צד שלישי**.

## בכל שאר הנושאים, יש סמכות שיורית לבתי המשפט המדינתיים.

## בנושאים שבסמכות ביהמ"ש הפדרליים, ניתן להגיש את התביעה גם בבימ"ש מדינתי -ובתנאי ששני הצדדים מסכימים על כך(זאת, למעט תחומים מעטים, כגון עבירות פליליות פדרליות, פטנטים ופשיטות רגל, בהם הקונגרס קבע סמכות שיפוט פדרלית בלעדית).

## בפועל, כ-95% מהתיקים מגיעים לבתי המשפט המדינתיים.

# **בית המשפט העליון (הפדרלי)**

## **שלוש דרכים להגיע לביהמ"ש העליון של ארה"ב**:

## **ערעור מה- court of appeals הפדרלי** – אם הצדדים מתחילים מלמטה ועולים מעלה בסולם הערכאות.

## **ערעור מבימ"ש עליון מדינתי** – אך ורק בסוגיות פדרליות. אם מדובר בעניין מדינתי, לא ניתן להגיע לעליון.

## **עניינים שבסמכות ביהמ"ש העליון כערכאה ראשונה** – אם מדובר בנושא חוקתי או אם הממשל הוא צד.

# **סמכות ביהמ"ש העליון כערכאה ראשונה**

## **ס' 3(2)(2) לחוקה**:

## מקרים הנוגעים לשגרירים, לצירים או לקונסולים – יידונו בפני ביהמ"ש העליון כערכאה עליונה.

## מקרים שבהם מדינה של ארה"ב היא צד – כנ"ל.

### מבין המקרים הללו, רק בסכסוכים בין שתי מדינות מדובר בסמכות בלעדית לביהמ"ש העליון. בשאר המקרים, שיקול הדעת נתון לביהמ"ש אם לקבל התיק כערכאה ראשונה.

# **סמכות ביהמ"ש העליון כערכאת ערעור**

## אין כמעט ערעור בזכות, אלא צריך להגיש **בקשת רשות ערעורwrit of certiorari** (מבימ"ש פדרלי/בימ"ש עליון מדינתי)

## רשות ערעור ניתנת רק במקרים מיוחדים ונדירים (בפועל רק כ-2% מהבקשות מתקבלות – 60-70 תיקים בשנה).

# **מינוי שופטים**

## **המערכת הפדרלית**:

### שופטים ממונים על ידי הנשיא, באישור הסנאט (**ס' 2(2)(2) לחוקה**)

### מדובר בהליך פוליטי לחלוטין. הנשיאים נוטים לבחור מועמדים מהמפלגות שלהם, והסנאט מאשר לפי השקפות עולמם.

### כשמדובר בבתי המשפט הנמוכים יותר, לסנאטור מהמדינה הרלוונטית יש השפעה מכרעת על בחירת השופט (מציע מועמד).

## **במדינות**:

### מגוון שיטות, אך ברבות מהן השופטים נבחרים על ידי הציבור. לעתים המושל ממנה את השופטים.

### הדחת שופטים – יש מדינות שמאפשרות הדחה/אי בחירה מחדש של שופטים. במערכת הפדרלית יש כללים מאוד קפדניים לגבי הדחת שופטים. בפועל, במאה שעברה הודחו רק 2-3 שופטים.

# **שיטת המושבעים**

# **הליכים אזרחיים/פליליים: סע' 3(2) לחוקה**דן בסמכות בתי המשפט הפדרליים וקובע בין היתר כי כל התיקים הפליליים ידונו בפני חבר מושבעים (גם בביהמ"ש פדרליים וגם בביהמ"ש מדינתיים). **תיקונים 6-7 לחוקה** מבטיחים את הזכות למושבעים גם בהליך הפלילי וגם בהליך האזרחי (חל רק על ביהמ"ש הפדרליים).

* **שני סוגי מושבעים במערכת הפלילית:**חבר מושבעים רגיל וחבר מושבעים רחב (grand jury). האחרונים דנים בשאלה האם להעמיד לדין אדם – זוהי הגנה חוקתית על האזרח. רק אחרי אישור, התביעה יכולה להגיש כתב אישום (**תיקון 5**).
* **תפקיד המושבעים:** דנים בשאלות עובדתיות (האם לקבל ראיה כזו או אחרת וכו') בעוד השופט דן בשאלה המשפטית. במשפט האזרחי, הם יקבעו אם יש אחריות ויפסקו פיצויים. במשפט הפלילי הם יקבעו אשמה (השופט קובע את העונש).
* **אין אפשרות לערער על החלטת מושבעים לזכות מאשמה במשפט פלילי.**
* נציגי ההגנה/תביעה יכולים לפסול את העדים, עד מספר מסוים. עם זאת, מבחינה סטטיסטית, לרוב לא באמת רואים השפעה של הרכב המושבעים על אופי ההחלטה לכאן או לכאן (למשל, ככל שמדובר בצבע עור של אדם).

**הרציונאליים בבסיס שיטת המשובעים:**

* **חוסר אמון בשלטון**. חשש מרדיפה פוליטית ומאפשרות ששופטים ישתפו פעולה עם השלטון.
* **הכנסת גמישות ושיקולי צדק**; השקפות החברה; התנגדות לחוקים נוקשים.
* **יתרונות לקבלת החלטות בקבוצה/בקהילה**.
* **החשיבות של השתתפות האזרחים במשפט**לעומת עצמאות השופטים.

**]**

**ביקורת על שיטת המושבעים:**

* + **חוסר מקצועיות**– חשש שטיעונים משפטיים עלולים לנצח טיעונים משפטיים.
	+ **הטיות (גזענות)**– מחקרים מראים שההבדל בין החלטת המושבעים לתפיסת השופט אינו כה גדול.
	+ **פסיקת פיצויים מוגזמים בתיקי נזיקין** (10% יותר ממה ששופטים נותנים, במיוחד אם הנתבע הוא כיס עמוק).
	+ **Forum shopping**– בוחרים איפה לפתוח בהליכים בהתאם לאפיוני המושבעים.
	+ **מסרבל הליכים**– דיון עם מושבעים הוא איטי וארוך יותר מאשר עם שופט.

# **החוקה – רקע היסטורי**

# **4 ביולי 1776 -** הכרזת העצמאות.

# **1777 -** "סעיפי הקונפדרציה" (אושרו ב-1781).

# **1783 -** מלחמת העצמאות מסתיימת סופית.

# **1787 -** ועידת פילדלפיה מנסחת חוקה.

# **1788 -** החוקה אושררה על ידי 9 מ- 13 המדינות ונכנסה לתוקף.

# **1791 -** עשרת התיקונים הראשונים (ה- Bill of Rights) מאושררים.

# **1870-1865 -** תיקונים 15-13 בעקבות מלחמת האזרחים.

# סה"כ, עד היום, אושרו רק 27 תיקונים.

**שלוש טענות בעניין החוקה:**

* 1. **החוקה כיום היא לא החוקה הראשונה של ארה"ב –** שנה אחרי הכרזת העצמאות, האמריקאים מבינים שהם חייבים לכונן חוקה כדי לתפקד, ונוסחו סעיפי הקונפדרציה. הסעיפים יצרו שלטון פדרלי חלש מאוד – היתה רק רשות אחת (הרשות המחוקקת) שלא היתה לה סמכויות אכיפה. אחרי מלחמת העצמאות המושבות מבינות שהשלטון מסורס לגמרי, וב-1787 התכנסה ועידת פילדלפיה כדי לחוקק חוקה.
	2. **החוקה התקבלה באופן בלתי חוקי** – המנדט שניתן לוועידה כלל רק ניסוח המלצות לתיקון סעיפי הקונפדרציה. בפועל, הם החליטו על דעת עצמם לנסח מסמך חדש. כדי לתקן את המסמך החוקתי היה צורך ברוב של 13 המושבות. הם החליטו להביא את המסמך לאישור המושבות עוד לפני אישור הקונגרס וקבעו שמספיק רוב של 9 מדינות. בכך הם למעשה הפרו את המנדט.
	3. **לחוקה יש בעיית לגיטימציה קשה בציבור -** החוקה לא מייצגת את כלל העם. ראשית, האנשים שניסחו את החוקה לא ייצגו את העם: בוועידה ישבו 55 נציגים - כולם גברים, לבנים, בעלי עבדים. שנית, האנשים שאישרו אותה ייצגו רק חלק קטן בעם (25%). החוקה המקורית כללה רק סעיפים שמתייחסים לקשר בין הממשל הפדרלי לבין המדינות (סעיפים פרוצדוראליים). רק לאחר מכן התווספה מגילת זכויות האדם.

**מגילת זכויות האדם –**ביקורת כפולה:

1. היו מי שהתנגדו כי רצו לחזק את המדינות על פני הממשל הפדרלי.
2. היו מי שהתנגדו כי רצו חוקה חזקה יותר שתגן מפני המדינות.

\*\*מגילת זכויות האדם לא כללה בתחילה את עקרון השוויון. רק בתיקונים המאוחרים יותר, אחרי מלחמת האזרחים, ביטלו את העבדות ונתנו זכות הצבעה לשחורים.

# **עקרונות מרכזיים בחוקה**

* **רפובליקה/דמוקרטיה**?
* **הפרדת רשויות –** אחד העקרונות הבולטים בחוקה. יש סעיף נפרד שעוסק בכל רשות (השפעה של מונטסקייה ולוק).
* **איזונים ובלמים –** הפרדת רשויות לא מספיקה, צריך שהן יאזנו ויבלמו אחת את השנייה**.**יש מקרים שמצטלבים – הנשיא מעורב הן בהליך החקיקה (יש לו וטו) והן במינוי שופטים. החלטות משמעותיות דורשות לרוב כמה רשויות.
* **העם הוא הריבון ומקור הסמכות– האמנם? העם או המדינות?** (הקדמה – העם מקבל את החוקה; סעיפים 5,7 - המדינות מאשרות את החוקה; תיקון 9 – תפיסה של זכויות טבעיות "השמורות בידי בני העם"; תיקון 10 – למי הסמכות השיורית? "לכל מדינה או לבני העם". יש מתח בשאלה). הנפקות היא בחלוקת הסמכות בין הממשל הפדרלי לבין המדינות (אם הסמכות היא של המדינות, צריך לצמצם את כוחו של השלטון הפדרלי.
* **פדרליזם –** המוטיבציה הראשונה לכונן את החוקה נבעה מכך שהממשל הפדרלי חלש מדי
* **זכויות אדם וזכויות טבעיות** – כל אדם נולד עם זכויות מסוימות, ולא ניתן לשלול אותן ממנו. קיימות בלי קשר לחוקה.
* **רק זכויות ליברליות ושליליות; דגש על זכויות פרוצדוראליות**–הזכות להליך נאות מופיעה פעמיים בחוקה. הגנה במשפט הפלילי, הזכות לשאת נשק, חופש דת ומדת – כל אלה זכויות ליברליות ושליליות.
* **שלטון מוגבל –** התפיסה היא שהאזרח רשאי לעשות הכל, בעוד השלטון רשאי לעשות רק מה שהותר לו בחוק.

\*\*לחוקה מעמד כמעט דתי בארה"ב. אחד הביטויים לכך הוא שלא משנים את הנוסח הקיים, אלא רק מוסיפים עליו.

# **Preamble -**“**WE THE PEOPLE** of the United States, in Order to form a more perfect Union, establish Justice, insure domestic Tranquility, provide for the common defence, promote the general Welfare, and secure the Blessings of Liberty to ourselves and our Posterity, do ordain and establish this **CONSTITUTION** for the United States of America.”

# **תיקון החוקה (ס' 5)**

# **מי רשאי להציע תיקונים לחוקה?**

# הקונגרס ברוב של 2/3 בשני בתי המחוקקים

# או:

# אסיפה מכוננת שתתבקש על ידי 2/3 ממחוקקי המדינות

# **כיצד מאשררים תיקונים מוצעים?**

# רוב של 3/4 מהמדינות – על ידי בתי המחוקקים שלהן או אסיפות מכוננות בכל מדינה

# **הרשות המחוקקת (ס' 1)**

**מקור הסמכות** -

“All legislative Powers herein granted shall be vested in a Congress of the United States, which shall consist of a Senate and House of Representatives.”

* יש ביטוי לעקרון הפרדת הרשויות – יש הפרדה בין הסנאט (לכל מדינה שני נציגים) לבין בית המחוקקים (ייצוג לפי גודל).
* לרשות המחוקקת יש סמכות מוענקת, ומכאן שזכותו מוגבלת למה שנקבע בחוקה.

**הליך החקיקה**–**לנשיא זכות וטו על כל חוק**. הנשיא יכול להחזיר את החוק, עם ההסתייגויות, חזרה לאישור שני הבתים. יש פה ביטוי לעקרון האיזונים והבלמים. חסרונות השיטה: יש הרבה שחקנים שיכולים להפיל את החוק; קשה מאוד להעביר חוקים.

**Section 7, Clause 2:**“Every Bill which shall have passed the House of Representatives and the Senate, shall, before it become a Law, be presented to the President of the United States; If he approve he shall sign it, but if not he shall return it, with his Objections to that House in which it shall have originated, who shall enter the Objections at large on their Journal, and proceed to reconsider it. If after such Reconsideration two thirds of that House shall agree to pass the Bill, it shall be sent, together with the Objections, to the other House, by which it shall likewise be reconsidered, and if approved by two thirds of that House, it shall become a Law...”

**סמכויות הקונגרס (פסקה 8)**– המחוקק יכול לחוקק חוקים רק בתחומים שנקבעו בסמכותו.

**Section 8: Powers of Congress**

* Clause 1: Taxes
* Clause 3: Regulate commerce
* Clause 4: Naturalization, bankruptcy
* Clause 5: Coinage of money
* Clause 8: Patents and copyrights
* Clause 9: Establishment of lower federal courts
* Clause 11: Declaration of war
* Clause 12-13: Raise Army and Navy
* Clause 17: District of Columbia
* Clause 18: The “elastic” clause – all necessary and proper laws

סעיפים חשובים:

* **ס"ק 3: הסדרת יחסי המסחר בין המדינות**– בעבר השתמשו בסעיף זה גם כדי למנוע אפלייה נגד שחורים.
* **ס"ק 11: הכרזת מלחמה**– חשוב מאוד. יש פה מתח עם סמכויות הנשיא שהוא המפקד העליון של הצבא.
* **ס"ק 18**:**החוקים ההכרחיים והמתאימים** (ס' האלסטיות) – מקנה סמכות לקונגרס לבצע כל סמכות קיימת.
* פסקה 9 מפרטת רשימה של מגבלות **על הקונגרס** (למשל, איסור על חקיקה רטרואקטיבית).
* פסקה 10 מפרטת רשימת מגבלות **על המדינות** (למשל, איסור על יצירת בריתות ואמנות בינ"ל; הדפסת כסף).

# **הרשות המבצעת (ס' 2)**

**הנשיא הוא ראש הרשות המבצעת ומפקד הצבא.**

* **Section 1, Clause 1:** “The executive Power shall be vested in a President of the United States of America...”
* בשונה מהרשות המחוקקת, כאן אנחנו **לא רואים ביטוי לסמכות מוענקת**. אחת הטענות היא שלנשיא יש זכויות משתמעות, גם כאלה שלא הוענקו לו במפורש (התפיסה הזו הורחבה מאוד בתקופת הנשיא בוש).
* **Section 2, Clause 1**: “The President shall be Commander in Chief of the Army and Navy...”
* הנשיא הוא **מפקד הצבא**. יש בכך התנגשות עם סמכויות הקונגרס – מצד אחד, הנשיא אחראי על ניהול שוטף. מצד שני, רק הקונגרס מוסמך להכריז מלחמה. הקונגרס גם אחרי על אישור התקציב – פתח להפעלת לחצים.
* **Section 2, Clause 2:**“Power, by and with the Advice and Consent of the Senate, to make Treaties… and he shall nominate, and by and with the Advice and Consent of the Senate, shall appoint Ambassadors…Judges”
* **סמכויות מינוי** של שופטים ושגרירים. הסמכות היא של הנשיא, אולם בחלק מהמקרים צריך אישור של הסנאט.

# **הרשות השופטת (ס'3)**

# **יוצר את מערכת בתי המשפט הפדראלית** (Section 1)

# **מקים בימ"ש עליון** (ומסמיך הקונגרס להקים בימ"ש נמוכים) (Section 1)

# **מבטיח את עצמאות הרשות השופטת**– כוחם נובע מהחוקה; אין גיל פרישה ואסור לפטר שופט(Section 1)

# **מגדיר את סמכויות ביהמ"ש הפדראליים** (Section 2, Clause 1)

# **מגדיר את הסמכות המקורית של ביהמ"ש העליון**– מתי אפשר לפנות ישר לעליון הפדרלי? (Section 2, clause 2)

# **מבטיח זכות לחבר מושבעים במשפטים פליליים** (Section 2, Clause 3)

# **עוסק בבגידה** (Section 3)

# **התיקונים העיקריים ומגילת הזכויות**

* **תיקון 1:** הפרדת דת ממדינה; חופש פולחן; חופש ביטוי ועיתונות
* **תיקון 4:** הגנה מפני חיפוש ופשיטה
* **תיקון 5:** זכויות נאשמים (זכות ל- grand jury; סיכון כפול; זכות השתיקה); פסקת ההליך הנאות; הפקעות
* **תיקון 6:** זכויות נאשמים (בין היתר, מושבעים, חקירה נגדית, ייצוג משפטי)
* **תיקון 7:** מושבעים בהליך אזרחי
* **תיקון 8:** הגנה מערבות או קנסות מוגזמים, ענישה אכזרית
* **תיקון 14(1):** פסקת ההליך הנאות
* **תיקון 14(1):** שוויון

# ***Marbury v. Madison–***

# **פס"ד מרבורי נ' מדיסון** הוא פס"ד תקדימי מ-1803 שקבע את עקרון הביקורת השיפוטית והדרישה שכל [חוק](http://he.wikipedia.org/wiki/%D7%97%D7%95%D7%A7) שמתקבלב[קונגרס](http://he.wikipedia.org/wiki/%D7%A7%D7%95%D7%A0%D7%92%D7%A8%D7%A1_%D7%90%D7%A8%D7%A6%D7%95%D7%AA_%D7%94%D7%91%D7%A8%D7%99%D7%AA) חייב לעלות בקנה אחד עם ה[חוקה](http://he.wikipedia.org/wiki/%D7%97%D7%95%D7%A7%D7%AA_%D7%90%D7%A8%D7%A6%D7%95%D7%AA_%D7%94%D7%91%D7%A8%D7%99%D7%AA). התקדים גם קבע את ביהמ"ש העליון כמוסד המבקר את החוקים הפדרליים על בסיס פרשנותו לחוקה.

## **רקע עובדתי:** בבחירות לנשיאות ארה"ב בשנת 1800נבחר תומאס ג'פרסוןהרפובליקני-דמוקרטי.עד כניסתו לתפקיד בפועל, פעל הנשיא היוצא, הפדרליסט ג'ון אדמס,לחזק את אחיזת הפדרליסטיםבשלטון - ובפרט באמצעות סדרת מינויים וחוקים המתייחסים לעיבוי הרשות השופטתבפדרליסטים. בין שאר האנשים המוצעים לתפקידי שופטים הוצע גם ויליאם מרבורי.

## יומיים לפני תום כהונתו,חתם אדמס על הסמכות של 16 שופטים חדשים, והמינויים אושרו למחרת על ידי הסנאטהיוצא(שנשלט אז בידי הפדרליסטים). מזכיר המדינה חתם על ההסמכות, אולם ארבע מהן, אחת מהן של מרבורי, לא נשלחו לשופטים.

## ג'פרסון החליט לעכב את ההסמכות בטענה שהן לא נמסרו בזמן ושהוא, כנשיא החדש, רשאי לבטלן. בפברואר 1803 הגיע העניין לדיון בביהמ"ש העליון, ומזכיר המדינה, ג'יימס מדיסון, נקרא לנמק מדוע מרבורי לא קיבל את מינויו. לאור עדויות, האומרות כי צווי ההסמכה עליהם מדובר נראו בפועל, התביעה ביקשה שביהמ"ש יורה למדיסון למסור את ההסמכות מכוח צו עשה.

## **רקע משפטי:**

## **סתירה לכאורה בין חוק השיפוט מ-1789 לבין החוקה:**

## **החוק הנדון - "Judiciary Act of 1789" - מסמיך את בית המשפט העליון להוציא צווי עשה:**

## “The Supreme Court shall also have appellate jurisdiction from the circuit courts… and shall have power to issue… writs of mandamus… to… persons holding office, under the authority of the United States.”

## (Appellate jurisdiction – סמכות ערעור; writs of mandamus – צווי עשה)

## **ס' 3(2)(2) לחוקה מסמיך את ביהמ"ש העליון בסמכות מקורית בלבד:**

## “In all Cases affecting Ambassadors, other public Ministers and Consuls, and those in which a State shall be Party, the supreme Court shall have original Jurisdiction. In all the other Cases before mentioned, the supreme Court shall have appellate Jurisdiction… with such Exceptions, and under such Regulations as the Congress shall make.”

**הניתוח:**

1. **האםלמרבורייש זכותלהיותשופט?**הטענה של מרבורי: אםחתמועלכתבהמינוי, השליחהעצמההיאפעולה טכניתוחסרתמשמעותחוקית,ולכןישלוסמכותלהיותשופט.
2. **האםישלוסעד?**לטענתו,אם לאדם יש זכות, יש לו גם סעד שיפוטי.
3. **האםהואזכאילסעדמבהמ"שזה?**עלתה השאלה **האם חוק השיפוט הוא חוקתי**?בד"כשואליםאםחוקעומדבעילתסףובסוףבוחנים את החוק לגופו. פהפעלוההפך- קודםשאלו אםישזכותכזו, ורקבסוףאםישסמכות.
4. **האם למחוקק יש סמכות להעניק לרשות השופטת סמכות מעבר לכתוב בחוקה?**השופטים פסקו שלא. זו פרשנות לא בלתי אפשרית, אך מתחייבת **(**אפשרלפרשאתסעיףהחוקהאםה'וגם' הואמותנהבתנאיהקודם, אועצמאי)- **ישכללכיוםשמנסיםלפרשככהשהחוקלאריקמתוכן**.
5. **אזלמהפירשבצורהמרחיבה?**השלטון איים מאוד על הרשות השופט. בסופו של דבר נפסק לטובת מרבורי, אך הוחלט שלא לתת את הצו מאחר שחוק השיפוט אינו חוקתי. בצורה כזו, הצליחו להימנע מביקורת על הממשלה אך להנחיל את עקרון הביקורת השיפוטית.

## **מעמדו של חוק הנוגד את החוקה:**

## **מרשל (דעת רוב):** החוקה הינה בעלת מעמד נורמטיבי עליון, על-חוקי, ומכך נובע שחוק הנוגד את החוקה הינו חסר תוקף.

## טיעונים התומכים במסקנה זו:

## החוקה נוצרה על ידי העם, לו הסמכות והזכות המקורית.

## תכליתה של החוקה: להגביל את המחוקק

## נוקשות החוקה (הליך תיקון חוקה מול הליך החקיקה – לא ייתכן שנאפשר שינוי באמצעות חקיקה)

## \*\* בחוקות רבות, מעמדה הנורמטיבי העליון של החוקה מעוגן במסמך עצמו. בחוקה האמריקאית זה לא ככה.

## **טיעונים המתבססים על לשון החוקה**

## סעיפים התומכים ברעיון של חוקה עליונה על חקיקה:

## **Art. VI (2) - Supremacy Clause**: “This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof…”

## **כלומר -** חקיקה חייבת להתקבל בהתאם לחוקה, ואם היא עומדת בניגוד לחוקה – היא לא חוקתית ואין לה תוקף.

## \*\*(Pursuance = אחרי) ביקורת שעלתה כנגד טענה זו היא שהכוונה היא למעשה שחקיקה תיחשב חלק ממקורות המשפט רק אם היא התקבלה בהתאם לחוקה. טענה אחרת היא שמדובר רק בעקיבה בזמן. המשך הסעיף עוסק בשופטים ומעלה בעייתיות: לא ייתכן שלבתי המשפט המדינתיים תהיה סמכות פסילה, ולפדרליים לא.

## **Art. I, Sec. 9 (3):** “No… ex post facto law shall be passed” – אין חקיקה רטרואקטיבית

## **1st Amend.:** “Congress shall make no law…”

## **Art. I, Sec. 1**: “All legislative Powers herein granted shall be vested in a Congress...”

## **המהלך שעושה מרשל:**

## החוקה הינה בעלת מעמד נורמטיבי עליון, על-חוקי.

## חוק הנוגד את החוקה הוא חסר תוקף.

## בימ"ש אינם יכולים לאכוף חוק הנוגד את החוקה.

## אם בימ"ש יאכפו חוקים בלתי חוקתיים זה יסתור את עצם הרעיון העומד מאחורי כל חוקה כתובה:

### זה ייתר את רעיון העליונות הנורמטיבית של החוקה, כיוון שחוק שאינו תקף יהיה בפועל תקף;

### זה ייתר את הרציונל שלפיו אחת ממטרות החוקה הכתובה היא להגביל את המחוקק.

**הלוגיקה הזו נראית פשוטה לכאורה, אולם ניתן לתקוף אותה מכיוונים שונים:**ראשית, ניתן לטעון שהחוק לא יהיה תקף במקרה הספציפי, אך לא יבוטל. ניתן לטעון שהחוק לא תקף מכאן והלאה אך לא חסר תוקף (Void). שנית, ניתן לטעון כי ביהמ"ש אינו הגוף שמוסמך לפסול את החוק (אולי הסמכות נתונה לרשות המבצעת וכו').

**מרשל** טוען בתגובה לטענה השנייה כי:

## הסמכות היא אינהרנטית לביהמ"ש כי עצם החובה לאכוף את החוק משמיעה חובה לקבוע מהו החוק (האם מדובר בחוק תקף?). כששני חוקים מתנגשים, על ביהמ"ש לקבוע איזה מהם יחול על המקרה, וכך גם כשיש התנגשות ביו חוק לחוקה - חייבים לבחור מי גובר.

## לכן בימ"ש, באופן בלתי נמנע, חייבים לבחון חוקתיות של חוקים, ואם מקבלים את הטיעון שהחוקה עליונה על חקיקה רגילה, חייבים לתת תוקף לחוקה על פני החוק.

## **עיגון טקסטואלי לטענה בדבר ביקורת שיפוטית:**

## **Art. III, Sec. 2 (1)**: “The judicial power shall extend to all cases… arising under this Constitution…”

**ס' 3(2)(1): "*הסמכות השיפוטית תחול על כל המקרים בתחום המשפט והצדק, שנובעים מן החוקה...*"**

החוקה מסמיכה את בתי המשפט לדון בעניינים חוקתיים, אז לא ייתכן שהיא לא תסמיך לדון בחוקה. ביקורת על הטענה הזו יכולה להיות: מותר להם לדון רק במקרים שנובעים מן החוקה (ולא לפסול חוק מתנגש).

## **Art. VI (3):** judicial oath to support the Constitution

**ס' 6(3): השופטים נשבעים להגן על החוקה.**

לפיכך, תפקידם הוא גם למנוע התנגשות עם החוקה. הביקורת המרכזית היא שאם מסתכלים על סעיפים מקבילים, רואים שגם הנשיא נשבע להגן על החוקה – לא מדובר בהכרח בסמכות של בתי המשפט.

## **Art. III, Sec. 3**: "No person shall be convicted of treason unless on the testimony of two witnesses to the same overt act, or on confession in open court."

**סעיף 3(3): עוסק במצב של בגידה.**

**החלטה:** מרשל פסק לטובת הנשיא, אך תבע בכך את עקרון הביקורת השיפוטית. הפדרליסטים הפסידו בקרב, אך ניצחו במלחמה. מרשל נמנע לחלוטין מהסתמכות על "כוונת המכונן" (אנחנו לא יודעים בדיוק למה). זאת, למרות שמחקרים היסטוריים מראים היום שזו באמת היתה כוונת מכונן לביקורת שיפוטית. מרשל הלך על פרשנות תכליתית.

# **שפיטות**

## **דוקטרינות השפיטות נובעות מדרישת ה-Cases and Controversies(Art. III, Sec. 2, Cl. 1)**

**ס' 3(2)(1):** "הסמכות השיפוטית תחול על כל המקרים בתחום המשפט והצדק, שנובעים מן החוקה הזאת, מחוקי ארצות הברית ומהאמנות שנעשו או שייעשו בשמה..."

* בשום מקום **לא נכתב במפורש** שתהיה מחלוקת או מקרה, אולם מדובר כל הזמן ב"מקרים בתחום המשפט והצדק", או "מקרים הנוגעים לשגרירים..." או "מחלוקות שארה"ב היא צד בהן". מכאן מסיקים שיש צורך כללי במקרה או במחלוקת. מה ההבדל בין השניים? לא ברור.
* **השלכות:** דוקטרינת השפיטות אינה חלה על בתי המשפט המדינתיים. כל בימ"ש מדינתי יכול להחליט בעצמו מה שפיט.
* כיוון שהגבלות השפיטות על בתי המשפט הפדרליים נובעות מהחוקה עצמה, הקונגרס לא יכול לאלץ את בתי המשפט לדון במקרים שאינם מופיעים בחוקה(מזכיר את פס"ד מרבורי).

## **דוקטרינות השפיטות המרכזיות**:

### **Advisory Opinions** - בתי המשפט הפדרליים אינם רשאים לתת חוו"ד משפטית, אלא רק לפסוק.

### **שאלות היפותטיות או אבסטרקטיות** – אפשר לדון רק במקרה שהתרחש בפועל. לא דנים במקרים היפותטיים.

### **העדר מחלוקת אדברסרית אמיתית** – אסור לבחור בכוונה אופציה שבה נוצרת מחלוקת כדי שתובא בפני ביהמ"ש.

### **Ripeness** – אין לדון בשאלה משפטית שטרם הבשילה (**חריג:** הנטל שיוטל על הצדדים אם לא נדון עכשיו).

### **Mootness** – ההיפך מבשלות. אין לדון בשאלה משפטית שהתייתרה (**חריג**: מקרה שחוזר על עצמו).

### **זכות העמידה (standing)** – נדון בהרחבה

### **Political question** – נדון בהרחבה

# **זכות העמידה**

# ***Lujan v. Defenders of Wildlife***- זכות העמידה כוללת שלושה היבטים:

# **פגיעה בפועל** – פגיעה באינטרס מוגן שתהיה:

# קונקרטית וספציפית, וכן –

# מוחשית ואימננטית

# **סיבתיות** – חייב להיות קשר סיבתי בין הפגיעה הנטענת לבין החוק המותקף.

# **Redressability** – חייבים להראות שאם יינתן הסעד המבוקש, זה באמת יתקן את המצב. אם המצב לא ישתנה בעקבות הסעד, אין מקום להקנות סעד זה. יש בכך השלמה של עקרון הסיבתיות.

## ***Zivotofsky v. Sec'y of State* -**

## **כללי משה"ח האמריקאי:** רישום "ירושלים" במקום "ישראל" בדרכונים של אזרחי ארה"ב שנולדו בירושלים.

## ב-2002 העביר הקונגרס חוק המורה למשרד החוץ לרשום "ישראל". משרד החוץ מסרב לציית לחוק זה.

## מנחם זיבוטופסקי – תינוק שנולד בירושלים להורים אזרחי ארה"ב. בקשת אמו לרשום "ישראל" כמקום הלידה בדרכונו האמריקאי נדחתה. הוריו עתרו בשמו לביהמ"ש.

## **המדינה** טענה שאין זכות עמידה משום שלא מתקיימת דרישת הפגיעה בפועל(**“injury in fact”**):

### לא נטען שהעובדה שכתוב "ירושלים" ולא "ישראל" פוגעת באיזשהו אופן ביכולת להשתמש בדרכון (לקבל ויזות, להיכנס לארצות אחרות וכו').

### מדובר בתינוק והטענה שאולי יום אחד כשיגדל יסבול נזק פסיכולוגי מסירובו של משרד החוץ היא ספקולטיבית ולא מקיימת את הדרישה שהנזק יהיה actual or imminent.

## ביהמ"ש בערכאה הראשונה קיבל את טענת המדינה ודחה העתירה על הסף. ערכאת הערעור הפכה ההחלטה -

## **פגיעה יכולה לנבוע מהפרה של זכות שהוענקה לאדם עפ"י חוק -**

## "Although it is natural to think of an injury in terms of some economic, physical, or psychological damage, a concrete and particular injury for standing purposes can also consist of the violation of an individual right conferred on a person by statute."

## **הפגיעה מתקיימת גם אם אדם לא היה סובל פגיעה בהיעדרו של החוק -**

## "Congress may create a statutory right or entitlement the alleged deprivation of which can confer standing to sue even where the plaintiff would have suffered no judicially cognizable injury in the absence of statute."

## **הקונגרס העניק לזיבוטופסקי זכות אישית, והטענה היא שמשה"ח הפר אותה היא לגיטימית-**

## "Menachem's claim that Congress conferred on him an individual right to have “Israel” listed as his place of birth on his passport is at the least a colorable reading of the statute. He also alleges that the Secretary of State violated that individual right. This is sufficient for Article III standing."

# ברגע שנקבע שיש זכות עמידה, המקרה חוזר לערכאה הראשונה לדיון מחדש. בשלב הזה, השופטים קבעו שמדובר ב**שאלה פוליטית**, עם מיעוט שהתנגד. הנושא עבר בפעם השנייה לביה"ד לערעורים וכעת ממתינים לדיון בביהמ"ש העליון.

**שאלות פוליטיות**

# **הגישה של פרופ' הנקין – הכל שפיט.** אין אף סוגיה שראוי להשאיר אותה באופן בלעדי לרשויות הפוליטיות. חוקתיות מניחה שפעולה שלטונית חייבת להיות כפופה לחוקה, ומאז פס"ד מרבורי – עליונות החוקה מחייבת גם ביקורת שיפוטית. הטענה שלפיה יש שאלות פוליטיות שאסור לדון בהן סותרת לדידו את פס"ד מרבורי, שם נטען כי יש עליונות החוקה מחייבת בהכרח ביקורת שיפוטית.

# **הגישה של וקסלר – הדוקטרינה הקלאסית.** מותר לדון בכל מה שלא נקבע שרשות פוליטית אחראית עליו (תפיסה שיורית)**.**אם החוקה קובעת שתחום מסוים נתון באחריות הרשות המבצעת/המחוקקת – ביהמ"ש אינו רשאי לדון בו.

# **הגישה של אלכסנדר ביקל– דוקטרינת הריסון שיפוטי.** ביקורת שיפוטית אינה עולה בקנה אחד עם עקרון הדמוקרטיה, ולפיכך בתי המשפט צריכים להימנע מדיונים בשאלות פוליטיות (גם אם החוקה אינה אוסרת על כך). כוחו של ביהמ"ש נשחק אם אינו נמנע מהכרעה משיקולים של תבונה (להיות חכם ולא צודק).

# **הגישה של ג'סי צ'ופר –רק פגיעה בזכויות אדם.** שימוש בביקורת שיפוטית יהיה מוצדק רק כאשר יש צורך להגן על מיעוטים מפני הרוב (בפועל הגישה הזו לא התקבלה, אך היא חיזקה את היכולת לדון במקרים של פגיעה במיעוטים).

# **הגישה הרווחת היום נעה בין** הגישה של וקסלר **(הגישה הקלאסית) לבין** הגישה של הנקין **(הכל שפיט).**

# בפס"ד ***Baker v. Carr*** השופטים קבעו כללים לשפיטות בשאלות פוליטיות (מספיק שאחד יתקיים):

1. **מקרים שבהם החוקה עצמה מפנה לרשות פוליטית אחרת (וקסלר) -**

"A textually demonstrable constitutional commitment of the issue to a coordinate political department"

1. **מקרים שבהם אין כללים משפטיים שניתן ליישם כדי להגיע להכרעה (שפיטות נורמטיבית) –**

"A lack of judicially discoverable and manageable standards forresolving it"

1. **מקרים שבהם אי אפשר להכריע מבלי לקבל תחילה החלטת מדיניות ראשונית –**

"The impossibility of deciding without an initial policy determination of a kind clearly for non-judicial discretion"

1. **מקרים שבהם הכרעה תפגע בכבוד הראוי בין הרשויות –**

"The impossibility of a court's undertaking independent resolutionwithout expressing lack of the respect due coordinate branchesof government"

1. **מקרים שבהם נסיבות מיוחדות מחייבות להימנע מהתערבות בהחלטה שהתקבלה –**

"An unusual need for unquestioning adherence to a politicaldecision already made"

1. **מקרים שבהם יש צורך בהכרעה פה אחד (נוגע בעיקר בשאלות של מדיניות חוץ)**

"The potentiality of embarrassment from multifariouspronouncements by various departments on one question"

# ב**פס"ד בייקר** השופטים קיבלו בפועל את **עמדתו של וקסלר** (תפיסה שיורית). אמנם כל הטיעונים פרט לראשון מצדדים בגישה של **ביקל** (ריסון שיפוטי), אולם בסופו של דבר נקבע שלא מדובר בשאלה פוליטית שאסור לדון בה–יש ביטוי רק לעקרון הראשון.

\*\*פס"ד בייקר (1962) עסק בדרישה החוקתית לפיה כל 10 שנים יש לשרטט מחדש את מחוזות הבחירה – דבר שבפועל לא נעשה. נוצר מצב בו יש אזורי בחירה גדולים פי 10 מאזורי בחירה אחרים, והם עדיין מקבלים את אותו המשקל בבחירות. השופטים קבעו כי ניתן להתערב גם בשאלה של שרטוט אזורי הבחירה, וכי לא מדובר בשאלה פוליטית.

מאז פסה"ד, היו רק שלושה מקרים שבהם ביהמ"ש נמנע מהתערבות בנימוק שמדובר בשאלה פוליטית. היו מקרים שבהם הנושא היה פוליטי, ועדיין החליטו לדון (**בוש נ' גור**). העובדה שביהמ"ש אפילו לא קיים דיון מצביעה על כך שאומצה **גישתו שלהנקין**.

ב**פס"דזיבוטובסקי** נטען כי מדיניות החוץ נובע ממדיניותו של הנשיא, שהיא להימנע מהבעת עמדה בעניין ירושלים. אם כך הדבר, הרי שמדובר בשאלה פוליטית. מעבר לזה נטען כי כל דיון (גם אם תתקבל בסוף הכרעה לטובת המדינה) יפגע ביחסי החוץ.

כדי להראות שהחוקה מעניקה סמכות הכרעה לנשיא בנושא זה, המדינה הביאה את **ס' 2(3) לחוקה** (הנשיא *"יקבל פני שגרירים וצירים אחרים"*), כביטוי לכך שיחסי חוץ הם בסמכותו הבלעדית של הנשיא. לא נעשה שימוש בטענה שהנשיא ידאג לכך שהחוקים יקוימו בנאמנות. **ניתוח לפי הקריטריונים שעלו בפס"ד בייקר:**

* **קריטריון מס' 6**– הגנה על יחסי חוץ מפני ביקורת שיפוטית, אם הדיון עלול להעמיד את ארה"ב במבוכה.
* **קריטריון מס' 3**– מקרים שבהם יש צורך בהחלטת מדיניות ראשונית. הטענה היא שזיבוטובסקי מבקש להביא להכרה של הממשל בירושלים כבירת ישראל.

\*\*מבחינה אינטואיטיבית, זה נראה לנו כמו שאלה פוליטית (ואז יש קריטריונים שמונעים את הדיון בה). עם זאת, ייתכןשמדובר בשאלה של יישום גרידא (החוק קיים, פשוט לא מיישמים אותו) ועל כן ייתכן שמדובר בשאלה משפטית וצריך לדון בה.

**המהלך של בית המשפט:**

* 1. סע' 2(3) טומן בחובו את סמכות הנשיא להכיר בממשלות זרות – סמכות אקסקלוסיבית.
	2. סמכות הנשיא אינה נוגעת רק לשאלה במי להכיר, אלא גם במקרים שבהם יש שאלה של ריבונות.
	3. החלטות מדיניות שנוגעות לסמכות הנשיא הן שאלות פוליטיות שלא ניתן לדון בהן.
	4. כל נשיאי ארה"ב מאז 48' נמנעים במודע ובכוונה מהבעת עמדה בשאלת ירושלים.
	5. המדיניות של משרד החוץ, הנמנעת מכיתוב בדרכון, נובעת ישירות ממדיניות הנשיא.
	6. התביעה לכתוב בדרכון כי ירושלים היא בירת ישראל מאלצת את ביהמ"ש להתערב במדיניות החוץ.

ביהמ"ש מסתמך על פרשנות חוקתית כדי לקבוע שמדובר בשאלה פוליטית. מצד אחד קובעים כי מדובר בעניין שבאחריות הרשות המבצעת ועל כן אסור לדון בו. מצד שני, נראה שמה שהשפיע בפועל על השופטים אלה הנימוקים האחרים (קריטריונים 3+6).

**\*\*ביקורת**: ניתן לטעון מנגד כי הסעיף החוקתי ממנו נגזרת הסמכות מדבר על סמכות פרוצדוראלית ולא על סמכות מהותית. עם זאת, פסיקה קודמת כבר הכירה בכך שהסמכות להכיר במדינות נגזרת מהסמכות להכיר בשגרירים.

**דעת המיעוט:**

* מקרה זה אינו דורש מביהמ"ש להכריע בשאלת ההכרה בירושלים–**השאלה היחידה היא אם החוק הוא בלתי חוקתי** (שאלה משפטית ולא שאלה פוליטית). לפיכך, השאלות שצריך להכריע בהן הן:
	1. **האם מדיניות משרד החוץ נובעת מסמכות הנשיא להכיר במדינות?**
	2. **האם החוק מעניק למנחם זכות לרשום "ישראל" בדרכונו?**
	3. **האם החוק הוא בלתי חוקתי לאור הפגיעה הנטענת בהפרדת הרשויות?**
* מדובר בשאלות משפטיות מובהקות של פרשנות חקיקתית וחוקתית, שאין כל מניעה שביהמ"ש ידון בהן.
* העובדה שלנשיא סמכות בלעדית להכיר במדינות אינה מונעת ביקורת שיפוטית בשאלה של הפרדת רשויות.
* השלכות פוליטיות אינן מביאות למסקנה שהמקרה אינו שפיט.
* מכריע לגופו של עניין שהחוק אינו חוקתי (בגלל עקרון הפרדת הרשויות).

**פרשנות חוקתית בארה"ב**

## גישת הפרשנות החוקתית הראויה – שאלה שנויה מאד במחלוקת בארה"ב.

## מבין מכלול הגישות, יש שלוש גישות מרכזיות:

### **טקסטואליזם(Textualism)**

### **אוריג'ינליזם (Originalism)**

### **גישות דינמיות (Living Constitutionalism)**

## **טקסטואליזם**

## על ביהמ"ש לפרש את החוקה לפי לשון החוקה, ולפיה בלבד, לפחות במקרים בהם לשון החוקה מספקת תשובה ברורה.

## לשון החוקה, כללי פרשנות לשוניים וקונבנציות לשוניות [ושאר מקורות "פנים-חוקתיים" (קונטקסט ומבנה)] צריכים לקבל עדיפות על מקורות חיצוניים לחוקה כגון כוונת המכוננים, תיאוריות פילוסופיות, ערכי הציבור וכו'.

## במקרים בהם לשון החוקה אינה מספקת תשובה אחת, הלשון צריכה להיות לא רק נקודת המוצא במלאכת הפרשנות, אלא גם אמת המידה העיקרית והסופית לבחירת הפרשנות.

## יש להעדיף את הפרשנות המסתברת ביותר לפי פשוטם של דברים. כלומר - ההבנה האינטואיטיבית, הנפוצה, הפשוטה של מילים. זו שהייתה מתקבלת ללא השפעת שיקולים כמו הכוונה הספציפית של המכוננים, התכלית (למעט תכלית הנלמדת מלשון החוקה עצמה), תיאוריה פוליטית מסוימת וכו'.

# **אוריג'נליזם ( (Originalism**

## החוקה צריכה לקבל את המשמעות שהייתה לה בעת קבלתה (לחוקה אין משמעות שונה ומתפתחת עם הדורות). זוהי גישה סטטית, היסטורית.

## **שתי גרסאות לאוריג'ינליזם:**

# **כוונת המכונן (Intentionalism)**

## יש לפרש את החוקה לאור כוונתם המקוריתשל מכונני החוקה (מי שכתבו ואישרו אותה).

## את הפרשנות של החוקה יש להסיק לאור לשון החוקה (אינדיקציה לכוונת המכוננים) ולאור חומרים היסטוריים בדבר כוונת מכונני החוקה (הן מקורות היסטוריים כלליים לגבי הרקע לחוקה וההיסטוריה החקיקתית, הן מקורות ספציפיים כגון פרוטוקולים של הדיונים של הליך ניסוח ואישור החוקה).

## [גרסה קיצונית: יש להכריע במקרה הספציפי כפי שניתן לשער, לאור מקורות היסטוריים, שהמכוננים היו מכריעים].

# **Original public meaning**

## יש לפרש את החוקה לאור המשמעות המקורית של הטקסט (original public meaning).החוקה צריכה לקבל את המשמעות שהייתה **לחוקה** בעת קבלתה.

## על ביהמ"ש לפרש את החוקה לפי לשונה, לאור משמעות המילים בעת כינון החוקה. השאלה היא מה הייתה המשמעות המקובלת, "הציבורית" של אותן מילים באותה עת [או כיצד אדם סביר/אדם מהיישוב באותה עת היה קורא את הטקסט].

## מקורות היסטוריים בדבר כוונת המכוננים הם רלוונטיים רק כמקור נוסף וככל שהם מהווים אינדיקציה כיצד הובנו המילים באותה עת. עיתונים, מילונים מהתקופה וכו' הם מקור לא פחות לגיטימי.

# **גישות דינמיות**

## על ביהמ"ש לתת לחוקה משמעות מודרנית לאור ההבנה העכשווית של מילות החוקה, לאור המציאות וערכי החברה.

## החוקה אינה מסמך סטטי, היא נורמה חיה (living constitutionalism). משמעותה משתנה ומתפתחת עם הזמן.

## במתן משמעות לחוקה יש להתחשב בשינויים החברתיים שחלו מאז יצירתה ולעדכן את הבנת החוקה בהתאם.

## **ביקורת:** יש בכך משום שינוי החוקה ויצירתה מחדש. החוקה היא אמנה חברתית ואין מקום לפרש אותה בקיצוניות

## **הלכה למעשה - סוגי הטיעונים הפרשניים הנפוצים**:

## **טיעון טקסטואלי**– גם מי שאינם טקסטואלים טהורים מסכימים שחייבים להתחיל בהבנת הנקרא.

## **סטרוקטורליזם** – ניתן ללמוד על משמעות החוקה ממבנה הטקסט והקשרים בין הסעיפים (דוג' –הפרדת רשויות)

## **כוונת המכונן**– בשנות השמונים היה ברור שצריך לתת מקום גם לכוונת המכונן (בלט במיוחד אצל תומאס וסקלייה)

## **דוקטרינות שיפוטיות**– הרבה פעמים השופטים נותנים משקל גדול יותר לדוקטרינות הקיימות על פני כוונת המחוקקים (דוגמה: דוקטרינה שונה אך שווה מ**פס"ד בראון**; **פס"ד מקדונלד** שעסק בזכות לשאת נשק ביטא חפיפה בין שמרנות לאוריג'ינליזם, ובין ליברליות לגישות הדינאמיות).

## **תקדימים**– גם לתקדימים יש משקל רב בפסיקה, אך הם מקבלים פחות מקום מפרשנות חוקתית. בעקרון, העליון לא מחויב לתקדימיו, אבל יש חזקה שצריך נימוק טוב מאוד כדי להפוך הלכה. שתי דרישות כשרוצים לשנות הלכה: אם תפיסה העולם המשפטית השתנתה באופן משמעותי או אם חל שינוי עובדתי משמעותי שמחייב את שינוי ההלכה.

## **נוהג (past practice)**–מקובל בעיקר כשמדובר בפעולה של הרשויות הפוליטיות.

## **טיעונים נוספים, שנויים יותר במחלוקת, המקבלים משקל קטן יותר (אם בכלל):**

## **טיעונים מוסריים**– מזכיר את הגישה התכליתית (דבורקין) שלפיה צריך להכריע לפי כללי הצדק.

## **טיעונים תוצאתיים**– השופט צריך להיות מהנדס חברתי ולחשוב מה יהיו השפעות הפסיקה על החברה (פוזנר ופרבר).

## **ראיות סוציולוגיות וממדעי החברה**– מביאים טיעונים והנמקות מתחום המשפט והחברה.

## **משפט משווה**– מקובל בישראל אך פחות בארה"ב. שופטים רבים בארה"ב מזלזלים בשיטות משפט זרות.

# **הפרדת רשויות**

#  **“The Structural Constitution”**

## הפרדת הרשויות בארה"ב בנויה משני חלקים:

## **החלק המשטרי-מוסדי בחוקה**:

### קובע את היחסים בין השלטון הפדרלי למדינות (פדרליזם)

### קובע את היחסים בין שלוש הרשויות הפדרליות (הפרדת רשויות ואיזונים ובלמים)

## **החוקה המקורית (סעיפי הקונפדרציה)**.

**למייסדי החוקה היו שתי תכליות סותרות שיוצרות מתח:**

1. הצורך בשלטון אפקטיבי
2. הצורך לבלום את השלטון

מדיסון התייחס בכתבי הפדרליסט לרעיון הפרדת הרשויות ותיאר אותו כאמצעי לשמירה על זכויות אדם:

##  “If men were angels, no government would be necessary. If angels were to govern men, neither external nor internal controls on government would be necessary. In framing a government which is to be administered by men over men, the great difficulty lies in this: you must first enable the government to control the governed; and in the next place oblige it to control itself.”

## “In the compound republic of America, the power surrendered by the people is first divided between two distinct governments, and then the portion allotted to each subdivided among distinct and separate departments. Hence a double security arises to the rights of the people.”

## [The Federalist No. 51, James Madison]

## **שני רעיונות מרכזיים משלימים/מתחרים בחוקה:**

## **הפרדת רשויות**:“The accumulation of all powers… may justly be pronounced the very definition of tyranny”

## **איזונים ובלמים**:"Ambition must be made to counteract ambition”

# **גישות מתחרות בפסיקה ביחס להפרדת רשויות:**

## **הגישה הפורמליסטית (formalism)**:

### מדגישה הפרדת רשויות נוקשה

### פרשנות מילולית טקסטואליסטית + כוונת המכונן

### נוהג בין הרשויות לא מקבל משקל בפרשנות

### העדפה לכללים ברורים במקום מבחני איזון

## **הגישה הפונקציונלית (functionalism)**:

### חפיפה בין תחומי סמכות ואחריות במקום גבולות נוקשים

### מדגישה הצורך באיזון הכללי במערכת החוקתית, ובצורך לאפשר לכל רשות לבקר את האחרות.

### פרשנות דינמית ומתן משקל לנוהג בין הרשויות, ופחות פרשנות טקסטואליסטיתואוריג'ינליסטית

### מבחני איזון

## **סמכויות הנשיא (ס' 2):**

## **Art. 2, Sec. 1, Clause 1:** “The executive Power shall be vested in a President”

### **Art. 1 Sec. 1:** “All legislative Powers herein granted shall be vested in a Congress”

##  **Art. 2, Sec. 2, Clause 1:**“The President shall be Commander in Chief of the Army and Navy...”

### **Art. 1 Sec. 8: Powers of Congress: “**declare war”; “raise and support armies”; “provide and maintain a navy”; “make rules for the government and regulation of the land and naval forces”

## **Art. 2, Sec. 2, Clause 2**: Treaties and appointment power “with the Advice and Consent of the Senate”

## **Art. 2, Sec. 3**: “Shall receive ambassadors;shall take care that the laws be faithfully executed”

# **סמכויות הנשיא – עמימות התחום**

החוקה יצרה שילובים מורכבים וחלוקת סמכויות בין הנשיא לבין המחוקק. סמכויות הנשיא מאוד עמומות – בעוד שלמחוקק הוענקו סמכויות מפורשות, התפיסה היא שהנשיא מחזיק בסמכויות אינהרנטיות. הפסיקה ממעטת לעסוק בכך שכן לרוב נקבע כי מדובר בנושא שאינו שפיט.

# ***Youngstown v. Sawyer -***

## בעקבות סכסוך עבודה, העובדים השביתו את כל תעשיית הפלדה בארה"ב.

## בתגובה, הנשיא טרומן הורה לשר המסחר להשתלט על מפעלי הפלדה המרכזיים בארה"ב כדי למנוע השבתה.

## השביתה התרחשה בעיצומה של מלחמת קוריאה, וטרומן טען שהשבתת ייצור הפלדה תפגע במאמץ המלחמתי.

## לא הייתה חקיקה שהסמיכה הנשיא לעשות זאת, אך טרומן טען שהדבר נובע מסמכותו החוקתית האינהרנטית.

# **דעת הרוב (השופט בלק)– הגישה הפורמליסטית**

## סמכות הנשיא חייבת לנבוע מחקיקה או מהחוקה עצמה.

## במקרה זה, אין חקיקה מסמיכה.

## החוקה לא מעניקה סמכות זו במפורש, וגם אין להסיק סמכות זו ממכלול סעיפי סמכות הנשיא.

## פסקת ה- Commander in Chief מסמיכה הנשיא לתת הוראות לצבא, אבל לא לפגוע בקניין הפרטי בכלכלה הפנימית.

## פסקאות ה- Vesting וה- Take Care לכל היותר מסמיכות את הנשיא להיות אוכף ומבצע החוק, לא מחוקק.

## כאן מדובר בסמכות חקיקתית – לכן בידי הקונגרס.

## פרשנות על פי ניתוח הטקסט החוקתי;אין נפקות לנוהג בעבר או לנסיבות המיוחדות של המקרה.

## **זוהי דוגמה קלאסית לגישה הפורמליסטית ביחס להפרדת רשויות**

# **דעת השופט פרנקפורטר:**

## **נוהג בין רשויות כמקור פרשני:**

## יש מקום לתת משקל לנוהג בין רשויות כמקור פרשני, ולא רק ללשון החוקה.

## הגישה הפורמליסטית צרה מדי עבור המשפט החוקתי האמריקאי.

## יוצא נגד פרשנות טקטואליסטית ודוגל בגישה דינאמית.

## אם יש פרקטיקה מתמשכת ושיטתית אז אפשר לראות בכך מקור סמכות.

## "The Constitution is a framework for government. Therefore the way the framework has consistently operated fairly establishes that it has operated according to its true nature. Deeply embedded traditional ways of conducting government cannot supplant the Constitution or legislation, but they give meaning to the words of a text or supply them.”

## "It is an inadmissibly narrow conception of American constitutional law to confine it to the words of the Constitution and to disregard the gloss which life has written upon them. In short, a systematic, unbroken, executive practice, long pursued to the knowledge of the Congress and never before questioned… may be treated as a gloss on ‘executive Power’ vested in the President by s 1 of Art. II.”

# **דעת השופט ג'קסון:**

## **הגישה הפונקציונלית:**

אין תשובה חד משמעית לסמכויות הנשיא - יש להתחשב בנסיבות המקרה.

## "The actual art of governing under our Constitution does not and cannot conform to judicial definitions of the power of any of its branches based on isolated clauses or even single Articles torn from context. While the Constitution diffuses power the better to secure liberty, it also contemplates that practice will integrate the dispersed powers into a workable government. It enjoins upon its branches separateness but interdependence, autonomy but reciprocity. Presidential powers are not fixed but fluctuate, depending upon their disjunction or conjunction with those of Congress.”

## **אמות המידה לבחינת פעולות הנשיא (ג'קסון):**

## **כשהנשיא פועל מכוח הסמכה של הקונגרס, הסמכות שלו תהיה רחבה ביותר (מחזיק גם בסמכות שלו וגם של הקונגרס)**

## **כשהנשיא פועל בהעדר הסמכה או איסור של הקונגרס, הסמכות שלו תהיה מצומצמת יותר.**

## **כשהנשיא פועל בניגוד לחקיקה של הקונגרס, לא תהיה לו סמכות אלא במקרים חריגים.**

# **Zivotofsky v. Sec'y of State**(בחינה לאור המבחנים של ג'קסון) -

## דוגמא מובהקת למקרה בו הנשיא פועל בניגוד לחקיקה מפורשת של הקונגרס.

## יחד עם זאת, ההכרה בממשלות זרות – לרבות הכרה בריבונות על שטח מסוים – דוגמא מובהקת לסמכותוהבלעדית.

## **\*\*השופט Edwards בדעת יחיד** (concurrence) בוחן המקרה לגופו של עניין.מגיע למסקנה שמדיניות הדרכונים נובעת מסמכות ההכרה של הנשיא; שסמכות זו היא סמכות בלעדית של הנשיא; ושהחוק פוגע בסמכות זו; ולכן החוק אינו חוקתי.

**סיווג הכרעות שופטים:**

* **דעת רוב– מסכימים על התוצאה וגם על הניתוח**
* **Concurrence– מסכימים על התוצאה אבל לא על הניתוח**
* **Descent - חולקים גם על הניתוח, וגם על התוצאה**

# **פדרליזם**

## **חלוקת הסמכויות בין השלטון הפדרלי למדינות –**

## **3 עקרונות מרכזיים**:

#### **לשלטון הפדרלי אך ורק הסמכויות המוענקות לו בחוקה**(במפורש או במשתמע)

#### **Art. I sec. 1, 8**– העובדה שסמכויות הקונגרס מפורטות הביאה לתפיסה שיש הסדר שלילי – מה שלא שם, לא בסמכות הקונגרס.

#### **10th Am.**- מה שאינו בסמכות השלטון הפדרלי נתון למדינות מכוח עקרון השיוריות.

##### למדינות כל הסמכויות שלא נשללו מהן בחוקה(סמכות שיורית)

##### Art. I sec. 10 - אם החוקה שוללת סמכות ממדינות במפורש, הרי שכל מה שלא נשלל מהן – הוא בסמכותן.

##### 10th Am.–האם הסמכות השיורית שייכת למדינות או "לעם" (לאזרחים? ואם כן – מה זה אומר?)

\*\*אם כך, למדינות כל הסמכויות שלא נשללו מהן ואת כל הסמכויות השיוריות, ואז:

* או שיש להן את כל הזכויות שהיו להן בעת אשרור החוקה
* או שיש להן את כל הזכויות, גם אלה שלא היו קיימות בעת אשרור החוקה

#### **החוק הפדרלי** (חוקה, חקיקה, אמנות וכו') **גובר על חוק מדינתי סותר**

#### **Art. VI - Supremacy Clause**– "החוקה הזאת... יהיו החוק העליון של הארץ"..

לסיכום: אם זה לא בסמכות הממשל הפדרלי, רוב הסיכויים שזה בסמכות המדינות ואז החוק נפסל.

# **סמכויות הקונגרס הפדרלי:**

## **Art. I sec. 8, cl. 1-17** - פירוט סמכויות ספציפיות:

## החשובות שבהן:

### **מיסוי**

### **מימון/ הוצאות(Spending power)**

### **הסדרה (רגולציה) של מסחר בין-מדינתי ובינ"ל**

### **התאזרחות והגירה**

\*\*הסעיף שלמימון/הוצאותהפך למקור כוח והשפעה עבור הקונגרס (מעודדים חקיקה במדינות באמצעות הטבות כלכליות). העליון אישר מצבים כאלה בתנאי שהמימון יהיה לטובת משהו פדרלי – לדוגמה כבישים – ושיהיה קשר סיבתי בין הדברים. בפועל כמעט שלא מגבילים את השלטון הפדרלי משימוש בשיטה זו.

## **חקיקה לשם אכיפת תיקונים 13-15 לחוקה (שוויון גזעי)–התיקון החשוב ביותר היום הוא תיקון מס' 14.** לקונגרס יש סמכות לחוקק כל חוק הנדרש כדי לאכוף את אותם תיקונים שנועדו למנוע אפליה.

## **Art. I sec. 8, cl. 18 ("Necessary and Proper")** - קובע כי הקונגרס יהיה רשאי לחוקק חוקים כדי לאכוף את הסמכויות המופיעות בסעיפים קטנים 1-17, וכל הסמכויות הניתנות לממשל ואנשיה.

## **Art. I sec. 8, cl. 3 (The Commerce Clause)**-"הקונגרס יהא מוסמך... להסדיר את הסחר"

## סעיף המסחר זההפך למקור המרכזי לסמכות הקונגרס לחוקק.

## לא רק רגולציה של מסחר, אלא חקיקה בנושא שוויון וזכויות אדם, איכות סביבה, פשיעה, בטיחות ועוד.

## מאמצע שנות ה-30 יש מגמת הרחבה של מקור סמכות זה הן בשימוש גובר ע"י הקונגרסוהן בפסיקה.

**דוגמאות:**

## **Wickard v. Filburn (1942)–**דוגמה למקרה שבו ביהמ"ש מבטל חוק פדרלי כי הוא חורג מסמכות פסקת המסחר. צריך להוכיח שאין קשר רציונאלי בין התכלית לבין היישום. זה מצב שבו מקור הסמכות הוא רחב מאוד.

## מגמה הרחבת הסמכויות זו נעצרה ב-**US v. Lopez (1995)**. לראשונה, אחרי כמעט 60 שנה, ביהמ"ש קבע ש**יש גבולות לסמכות החקיקה של הקונגרס מכוח ה- Commerce Clause**, ופסל את החוק אשר אסר החזקת כלי נשק בקרבת בתי ספר.

## **US v. Morrison (2000)** - ביהמ"ש המשיך את גישת לופז, יישם את מבחניו ופסל חוק נוסף, אשר העניק סעד נזיקי בגין אלימות נגד נשים.

## **Gonzales v. Raich (2005)** - ביהמ"ש אישר את סמכות הקונגרס לחוקק חוק האוסר גידול מריחואנה מכוח ה- Commerce Clause.

## **2012: חוקתיות רפורמת הבריאות של אובמה?** האם אנשים בריאים יהיו טובים יותר למסחר? כעת ממתין להכרעה בביהמ"ש העליון.

## **המבחן השיפוטי בעקבות *Lopez*:**

## לקונגרס סמכות להסדיר **שלוש קטגוריות רחבות** של פעילות תחת ה- Commerce Clause:

## The use of the channels of interstate commerce

## The instrumentalities of interstate commerce

## Intrastate activities that “substantially affect” interstate commerce

## \*\*בקטגוריה 3, לא די בהשפעה כלשהי על המסחר הבין-מדינתי; נדרשת השפעה ממשית ומשמעותית; ובד"כ נדרש שהפעילות נשוא החקיקה תהיה בעלת אופי כלכלי או מסחרי.

## **Art. I sec. 8, cl. 18(“Necessary and Proper”/ “Elastic”/ “Sweeping” Clause)** -

## "הקונגרס יהא מוסמך... לחוקק את **כל החוקים שיהיו נחוצים ומתאימים להפעלת הסמכויות הנ"ל**, וכל הסמכויות האחרות הנתונות בתוקף החוקה הזאת לממשלת ארצות הברית, או לכל מחלקה ממחלקותיה או פיקד מפקידיה."

**כמה פרשנויות לסעיף:**

* + 1. **מצמצם את סמכויות הקונגרס** - מותר לחוקק רק מה שיהיה נחוץ ומתאים.
		2. **מרחיב את סמכויות הקונגרס** - בנוסף לסמכויות המוקנות, מותר לחוקק גם כל מה שיהיה נחוץ ומתאים.

## ***McCulloch v. Maryland* (1819)– אומצה הפרשנות המרחיבה:**

## החוקה מעניקה לקונגרס לא רק סמכויות שפורטו במפורש, אלא גם סמכויות משתמעות.

## **ס' 1(8)(18)** לא נועד לקבוע תנאי או מגבלה על סמכויות החקיקה שפורטו במפורש בפס' 1-17, אלא להיפך- להרחיב את סמכויות החקיקה מעבר לסמכויות המפורשות.

## את הביטוי "נחוצים ומתאימים" ("necessary and proper") אין לפרש כמאפשר רק חקיקה שהיא ממש הכרחית ("absolutely necessary" או "indispensable") לביצוע יתר סמכויות השלטון הפדרלי, אלא יש לפרש ביטוי זה בהרחבה – כל חקיקה שנדרשת לשם כך.

## סעיף זה אינו מקור עצמאי לסמכות חקיקה, אבל משמש להרחבה ו"מתיחה" משמעותית של סמכויות השלטון הפדרלי שניתן לקשר לסעיפים מסמיכים אחרים.

# **מגילת זכויות האדם**

# **שוויון:**

## **התיקון ה- 14 (1868):**

* **פסקה 1:**
	+ כל מי שנולד או התאזרח בארצות הברית, ונתון לשיפוטה, הינו **אזרח** ארצות הברית...
	+ מדינה לא תחוקק ולא תאכוף חוק שיגביל את **הזכויות** ואת **החסינויות** של אזרחי ארצות הברית;
	+ ומדינה לא תשלול מאדם את חייו, חירותו וקניינו, בלי **הליך משפטי נאות**(נתפס כמקור עצמאי לחירות);
	+ ולא תשלול מכל אדם שבתחום שיפוטה **הגנה שווה על ידי החוקים**(מקור לעקרון השוויון).
* **פסקה 5:** בסמכותו של הקונגרס לאכוף את האמור בסעיף זה בחקיקה נאותה. (אושר ב-1868– עוד סמכויות לקונגרס).

תיקון 14 שינה את החוקה מקצה לקצה, ויש שטוענים שהוא אפילו יצר חוקה חדשה לגמרי. השופט ת' מרשל (השחור הראשון בבית המשפט העליון; לא מרשל מפס"ד מרבורי) אמר במלאות 200 שנה לחוקה כי היא לא שרדה את מלחמת האזרחים, ובמקומה צמח התיקון ה-14 שתובע את הזכות לחיים ושוויון. הוא ספג על כך הרבה ביקורת.

## “While the Union survived the civil war, the Constitution did not…**"**

# **שוויון - תחולה:**

## **עקרון השוויון חל הן על המדינות, והן על השלטון הפדרלי** - תיקונים 1-9 חלו תחילה רק על השלטון הפדרלי. ביהמ"ש הרחיב את התחולה וקבע שמכוח התיקון ה-14 הם חלים גם על השלטון.

## **עם זאת, מבחן ה-State Action צמצם את התחולה**:

## **לא חל על גופים פרטיים** (אפילו במקומות ציבוריים):

### מסעדות, מלונות, מקומות בידור וכו' (*Civil Rights Cases*).

### קניון, מרכז מסחרי (*Loyd Corp v. Tanner*)

## חריגים:

## **כשגוף פרטי מבצע תפקיד שלטוני -**

### פריימריז במפלגות (Smith v. Allwright)

### עיירה בבעלות של חברה פרטית (Marsh v. Alabama)

### ניהול פארק עירוני ע"י חברה פרטית (Evans v. Newton)

### **אבל לא**: חברת חשמל פרטית, גם כשיש לה מונופול באזור מסוים (Jackson v. Metropolitan edison Co.)

## **כשקיים קשר הדוק בין הגוף הפרטי למדינה** -

### מסעדה שממוקמת על קרקע של המדינה ושילמה שכר דירה למדינה

### (Burton v. Wilmington Parking Authority)

### אבל לא מספיק כל קשר למדינה או הטבה מהמדינה (כגון רישיון למכור אלכוהול) (Moose Lodge)

## **כשההתנהגות הפרטית מבקשת לערב את המדינה** (בעיקר את ביהמ"ש) -

### אכיפה של סעיף בחוזה האוסר מכירת הדירה למיעוטים (התנאי בחוזה- חוקתי; אכיפה שיפוטית שלו - לא) (Shelly v. Kramer)

### כשצד בהליך פרטי (Edmondson v. Leesvile) או נאשם בהליך פלילי (Georgis v. McCollum) פוסל מושבעים על בסיס גזע.

## מאז שנות ה-60 קיימת חקיקה פדרלית האוסרת **אפליה גם על ידי גופים פרטיים** (מקומות ציבוריים, העסקה, דיורוכ).

# **שוויון: דרגות של ביקורת שיפוטית**

## **הכלל -** ככל שההבחנה חשודה יותר (ומתקרבת לכדי אפליה), כך הביקורת השיפוטית קפדנית או מחמירה יותר:

## **הבחנה חשודה => ביקורת קפדנית (Strict scrutiny )**

## **הבחנה מעין חשודה => ביקורת בינונית (Intermediate scrutiny )**

## **הבחנה שאינה חשודה => ביקורת מקלה (Rational basis )**

## **הבחנה הפוגעת בזכות יסוד => ביקורת קפדנית**

# **קביעת הבחנה חשודה**

## **כיצד קובעים שהבחנה מסוימת חשודה ולכן גוררת ביקורת שיפוטית קפדנית יותר?**

## נכון לעכשיו **כל מה שלא הוכר ע"י ביהמ"ש העליון כהבחנה חשודה** (גזע, דת, לאום/מוצא, אזרחות בנסיבות מסוימות) **או מעין חשודה** (מין, ממזרות) – **נופל לקטגוריית ברירת המחדל של הבחנה שאינה חשודה**.

## יחד עם זאת, ייתכן שקבוצות נוספות יצורפו לרשימת הקבוצות שאפלייתם תיחשב חשודה/מעין-חשודה.

## השאלה "החמה" כיום במשפט החוקתי האמריקאי נוגעת לנטייה מינית (*Perry v. Schwarzenegger*/*Brown*)

## **הקריטריונים לזיהוי קבוצה שאפלייתה תחשב חשודה:**

## **האם מדובר בקבוצה קטנה ומבודדת הנעדרת כוח פוליטי?**

## (ביקורת אפשרית: נשים – לא קבוצה קטנה; חרדים – לא נעדרי כוח)

## **האם התכונה המגדירה את הקבוצה היא מולדת או מבחירה?**

## (ביקורת: מדוע זה בכלל רלוונטי? הומוסקסואלים/אסירים)

## **האם יש היסטוריה של אפליה של הקבוצה?**

## (במקור דובר רק על שחורים. היום מדברים גם על אפליה על רקע דת)

## **עד כמה הקבוצה דומה לקבוצות שכבר נכללו ברשימה?**

# **ביקורת שיפוטית קפדנית (Strict Scrutiny):**

## **מתי חלה?**

## **הבחנה חשודה**:

### הבחנה על בסיס גזע, דת, לאום/מוצא (national origin)

### הבחנה על בסיס אזרחות (alienage), למעט משרות ציבוריות (*Re Griffiths*)

### (a job which is closely tied to politics, justice, or public policy )

## **הבחנה הפוגעת בזכות יסוד** (אפילו לגבי קבוצה שאינה חשודה):

### זכות ההצבעה; זכות הגישה לערכאות; חופש התנועה ממדינה למדינה

### **אבל לא**: זכויות סוציאליות כגון חינוך, בריאות, דיור.

### אם נמצאה הבחנה חשודה-

## **חזקה שהחוק המפלה אינו חוקתי**

## נטל **על המדינה להראות שהחוק עומד בדרישות**:

## **תכלית**:האינטרס חייב להיות**חיוני** ("compelling”)

## **מידת ההתאמה בין האמצעי לתכלית:**הקשר חייב להיות**הדוק** (("narrowly tailored”

# **ביקורת שיפוטית בינונית (Intermediate scrutiny):**

## **חלה על הבחנה מעין-חשודה**: הבחנה על בסיס מין או ממזרות

## חזקה שהחוק המפלה אינו חוקתי

## נטל **על המדינה להראות שהחוק עומד בדרישות**:

## **תכלית**: אינטרס **חשוב** (“important”)

## **מידת ההתאמה בין האמצעי לתכלית**: קשר **משמעותי** (("substantially related”

# **ביקורת שיפוטית מקלה (Rational basis):**

## **חל על הבחנה שאינה חשודה**–

## כל יתר ההבחנות; ברירת המחדל (למשל הבחנה על בסיס גיל; נכות; מצב כלכלי; נטייה מינית?)

## חזקה שהחוק חוקתי

## נטל **על העותר להראות שהחוק אינו עומד בדרישות**:

## **תכלית**: אינטרס **לגיטימי/מותר**(legitimate/permissible)

## **מידת ההתאמה בין האמצעי לתכלית**: קשר **רציונאלי** (("rationally related”

# **חופש ביטוי**

## **תיקון 1:**"הקונגרס לא יחוקק חוק... המגביל את חופש הביטוי..."

**על מי חלה החובה?** כביכול רק על הקונגרס, אך כבר מההתחלה היה ברור שזה חל על כל המשטר הפדראלי. החובה הגיעה אל המדינות בעקבות פסיקה, החל משנות ה-50.

**מהו היקף ההגנה?** "לא יחוקק חוק" – לכאורה מדובר בהגנה מוחלטת ולא במצב של איזון אינטרסים. שופטים בכירים החזיקו בדעה הזו אך היא מעולם לא התקבלה כתקדים מחייב. בסופו של דבר מדובר בזכות רחבה מאוד איך אינה מוחלטת. יש סוגים שונים של ביטויים שמקבלים הגנות שונות בפסיקה.

# **הקטגוריות העיקריות בפסיקה:**

# **סוג הביטוי:**

## **ביטוי בנושא פוליטי-ציבורי** – ההגנה הגבוהה ביותר

## **ביטוי אומנותי, מסחרי** – מוגן, אך בדרגה נמוכה יותר

## **ביטויבנושא לגמרי פרטי** – מוגן, אך בדרגה נמוכה מאוד

## **סוגיביטויים ש(כמעט) אינם מוגנים**:

### דיבה (defamation) נגד אדם פרטי

### תועבה (Obscenity)

### “Fighting words“ ("בו נצא החוצה")

#### **חריג**: כשהאיסור אינו כללי וניטרלי, אלא מתמקד בהשקפה מסוימת – לדוגמה, איסור להציב צלב בוער (*R.A.V. v. St. Paul*). במצב כזה, ייתכן שתהיה הגנה.

**פסקי דין מרכזיים בנושא:**

## ***New York Times v. Sullivan* (1964):**

## "הוועדה להגנת מרטין לותר קינג" פרסמה מודעה בתשלום ב-NYT, שביקרה את משטרת מונטגומרי. לא כל האמור במודעה היה אמת. סאליבן, נבחר ציבור במונטגומרי האחראי על המשטרה, הגיש תביעת דיבה וזכה בחצי מיליון דולר.

## ביהמ"ש סיווג את הביטוי כ**ביטוי פוליטי** ולא ביטוי מסחרי, למרות שמדובר במודעה בתשלום, בשל תוכן המודעה: ביקורת על התנהגות המשטרה.

## ביטוי פוליטי וביקורת על הממשלה ראויים ל**הגנה החוקתית הגבוהה ביותר**.

## לכן כשמדובר בביקורת על התנהגות שלטונית, אפילו ביטוי שאינו אמתהפוגע בשמו הטוב של אדם - זכאי להגנה.

## **ההלכה:**עובד/נבחר ציבור (public official) יכול לקבל פיצוי בגין הוצאת דיבה ביחס לתפקודו השלטוני (official conduct) רק אם מוכיח שהפרסום נעשה **בזדון** (“actual malice”=knowledge that it was false or reckless disregard of whether it was false)

## הלכה זו הורחבה בפסיקה מאוחרת יותר ל**כל אישיות ציבורית** (public figure) כל עוד מדובר בעניין בעל חשיבות ציבורית (issues of public concern ).

## ***Snyder v. Phelps* (2011):**

## פלפס וכנסייתו מאמינים שאלוהים שונא ומעניש את ארה"ב בשל סובלנותה כלפי הומוסקסואליות, בעיקר בצבא. כדי להפיץ מסר זה הם נוהגים להפגין בהלוויות צבאיות (לרבות של מתיו סניידר, שנהרג בעיראק) עם שלטים בוטים.

## אביו של סניידר תבע את פלפס וכנסייתו, בין היתר, על "intentional infliction of emotional distress" וזכה לפיצויים של מיליוני דולרים מחבר המושבעים. פלפס טען שביטויו מוגנים כחלק מחופש הביטוי החוקתי.

## השאלה העיקרית: האם מדובר ב**ביטוי פרטי** או **ציבורי**?

## **המבחן**:

## Speech deals withmatters of **“public concern”**, when it can be fairly considered as relating to any matter of political, social, or other concern to the community, or when it is a subject of legitimate news interest, that is, a subject of general interest and of value and concern to the public.

## Deciding whether speech is of public or private concern requires the court to examine the content, form, and context of that speech: to evaluate all the circumstances of the speech, including what was said, where it was said, and how it was said.

## במקרה הזה, מדובר בביטוי ציבורי ולכן מוגן:

## השלטים התייחסו לנושאים רחבים בעלי עניין לחברה כולה, כגון ההתנהגות הפוליטית והמוסרית של ארה"ב ואזרחיה ושאלת שירותם של הומוסקסואלים בצבא; ההפגנה היתה במקום ציבורי, ליד רחוב ציבורי (נמנעו מלהיכנס לכנסייה או לבית הקברות עצמו); לא היה קשר קודם, המלמד שהביטוי על עניינים ציבוריים היווה כסות להתקפה אישית נגד האבא בעניין פרטי.

דעת המיעוט סברה שמדובר בהרחבה גדולה מדי של חופש הביטוי.

# **­­**

## **הסתה לאלימות או להפרת חוק (Incitement):**

## ***Brandenburg v. Ohio*, 1969:**

## ברנדנבורג, מנהיג Ku Klux Klan, נאם בעצרת של ה-KKK (בה חלק מהקהל היה חמוש) ואמר ש-400 אלף מחברי הארגון עומדים לצעוד לבירה ושאם הנשיא, הקונגרס וביהמ"ש ימשיכו לדכא את הגזע הלבן "ייתכן שתהיה נקמה".

## הוא הורשע תחת חוק מדינתי אשר אסר קידום פשעים, אלימות ועשיית נזק בדרכים לא חוקיות, כדי להשיג מטרה פוליטית.**ביהמ"ש העליון ביטל את החוק ואת ההרשעה**.

**השופטים קבעו מבחן חדש להרשעה במקרה של הסתה:**

### **מבחן אובייקטיבי:** הקריאה לאלימות או להפרת החוק **עלולה** (likely) לגרום לפעולה אלימה/ בלתי חוקית **מיידית** (imminent), להבדיל מבזמן כלשהו בעתיד.

### **מבחן סובייקטיבי:** נדרשת **כוונה** לגרום לפעולה מידית כזו.

# **סוג ההגבלה:**

## **הגבלה על תוכן הביטוי** (content-based)– לדוגמה, אסור למתוח ביקורת על הנשיא:

## **ביקורת שיפוטית קפדנית (strict scrutiny):**

### חזקה שהחוק אינו חוקתי.

### המדינה צריכה להוכיח אינטרס **חיוני** ("compelling”)

### המדינה צריכה להוכיח אמצעי **הכרחיומצומצם**(“necessary and narrowly drawn”)

## **הגבלה על הזמן, מקום ואופן, שהיא ניטרלית לגבי התוכן** (content-neutral time, place and manner)– לדוגמה, אסור להפגין בשטח פרטי, בשעות 14:00-16:00 בעוצמה מסוימת:

## **ביקורת שיפוטית בינונית (Intermediate scrutiny):**

### צריך להוכיח אינטרס **משמעותי** (“significant”)

### צריך להוכיח שמדובר באמצעי **מצומצם**, **המשאיר** מספיק **אלטרנטיבות** לביטוי ("narrowly tailored and leaves open ample alternatives for communication”)

# **יישום:**

## ***Madsen v. Women’s Health Center* (1994):**

## **דובר על צו שיפוטי שהגביל הפגנות באזור קליניקות של הפלות:**

## ביהמ"ש אישר כחוקתית את ההגבלה על הפגנות רועשות (שריקות, צעקות, שימוש במגביר קול, צופרים וכו') במרחק שמיעה מפנים הקליניקה בימי שני עד שבת, בין 7:30 ל- 12:00, שעות הפרוצדורה הניתוחית וזמני ההתאוששות.

### **הנימוק:** מדובר בהגבלה שהיא ניטרלית לגבי התוכן; באינטרס משמעותי (הגנה של שלום ורווחת החולים); ובהגבלה מצומצמת שאינה מגבילה ביטוי יותר מהנדרש.

## לעומת זאת, ביהמ"ש פסל את ההגבלה על ההפגנה והשימוש במגביר קול במרחק 300 רגל ממגוריהם הפרטיים של בעלי ועובדי הקליניקה.

## **הנימוק:** מדובר אמנם בהגבלה שהיא ניטרלית לגבי התוכן; אך האמצעי לא מצומצם מספיק (ניתן היה להשיג את המטרה עם הגבלה על הזמן ומשך ההפגנה, מספר המפגינים, ובאזור מצומצם יותר).

## **דעת המיעוט (סקליה):** מדובר בהגבלה על תוכן הביטוי – הצו חל על קבוצה אחת בלבד, בעלת אג'נדה אחת ברורה; והצו התבקש על ידי גופים שיש להם אינטרס לדכא את השקפת העולם של קבוצה זו. לכן היה צריך להפעיל ביקורת שיפוטית קפדנית.

## ***Hill v. Colorado* (2000)**

## חוק מדינתי שהגביל נאומים/ניסיונות שכנוע בסמיכות למתחם רפואי. האיסור הוגדר כך:

## “knowingly approach within eight feet of another person, without that person’s constant, for the purpose of passing a leaflet or handbill to, displaying a sign to, or engaging in oral protest, education, or counseling with such other person”

## **ביהמ"ש אישר החוק כחוקתי**.

### מדובר בהגבלה שהיא ניטרלית לגבי התוכן.

### אינטרס משמעותי: הגנה על אנשים שמגיעים לקבל טיפול רפואי מפני פגיעה והטרדה פיזית או נפשית

### הגבלה מצומצמת שאינה מגבילה ביטוי יותר מהנדרש: המרחק של 8 רגל מאפשר מרחק שיחה סבירואינו מונע שימוש אפקטיבי בשלטים; החוק לא הגביל את השימוש במגביר קול, את עוצמת הרעש או את מספר המפגינים; קיימים בחוק סייגים נוספים לתחולת המגבלות.

## **דעות המיעוט (סקליה, קנדי):**

### מדובר בהגבלה על תוכן הביטוי: העובדה שהחוק מגביל במפורש “protest, education, or counseling” ליד ספקי שירותים רפואיים מלמדת שהחוק נועד להגביל את הבעת העמדה המתנגדת להפלות.

### האמצעי עמום ורחב מדי.

**פירוט השיקולים:**

## **מועד ההגבלה על חופש הביטוי**:

### **לפני הביטוי** (prior restraint)/ **לאחר הביטוי** (post speech): חזקה היא שלא חוקתי להגביל ביטוי מראש; נטל כבד מאד על מי שרוצה למנוע (*Pentagon Papers*; *NSPA v. Skokie*)

## **מיקום ההגבלה**:

### **מקום ציבורי** (public fora) - רחובות; פארקים

### **מקום פרטי** – מול ביתו של אדם פרטי

### **מקור ההגבלה**:

### הגבלה שנקבעה בצו שיפוטי ו**לא בחקיקה** מצדיקה ביקורת שיפוטית קפדנית יותר (*Madsen*).