**חוקת ארה"ב - חקיקת הקונגרס (פדראלית ראשית) - חקיקת משנה פדראלית - פסיקת ביהמ"ש העליון הפדראלי - חוקה של מדינה - חקיקה מדינתית ראשית - חקיקת משנה מדינתית - פסיקה מדינתית.**

פס"ד של מדינה אחת אינו מחייב מדינה אחרת. חוק של מדינה שנוגד את החוקה- בטל. פס"ד שמפרש את החוקה/החקיקה- מעמדו כשל המקור הנורמטיבי שהוא פירש. ניתן להפוך תקדים ע"י חקיקה, אבל אם התקדים פירש את החוקה אפשר להפוך אותו רק ע"י תיקון החוקה עצמה.

**ביהמ"ש העליון הפדראלי - בימ"ש לערעור - בימ"ש פדראלי**

תקדים של עליון מחייב את כולם חוץ מהעליון. בימ"ש לערעור מחייב רק את המדינות שבתחומו. על וושינגטון חל החוק הפדראלי במלואו. יש גם בימ"ש פדראליים לנושאים ספציפיים, כגון- מיסים.

**בימ"ש עליון של המדינה - ערעור ערכאה ראשונה - בימ"ש של המדינה (- ערכאה נמוכה)**

**בניו יורק: קורט אופ אפיל - בימ"ש לערעורים - ערכאה נמוכה**

**סמכות השיפוט הפדראלית**- \*כל מה שנובע מהחוקה/חוק פדראלי, מאמנות בינלאומיות, משפט ימי.

ס' 3(2)(1) לחוקה \*זהות צדדים בתיק- כל מה שנוגע לשגרירים, מחלוקת שארה"ב היא צד להן, מחלוקת בין 2 מדינות / אזרחי מדינות שונות / אזרח אמריקאי ואזרח זר / תביעה נגד מדינת האזרחות.

סמכות שיורית- כל מה שלא נאמר במפורש ששיך לפדראלי שייך למדינה. בהסכמת הצדדים ניתן לפנות לבימ"ש של המדינה בנושא שנתון לפדראלי. לא משנה זהות הצדדים אלא התוכן. יש צורך בהאחדה. חשש להעדפת מערכת משפט אחת על פני אחרת. חוסר אמון במערכת של מדינת הצד השני. אזרח של מדינה לא יכול לתבוע מדינה אחרת, אבל מדינה יכולה לתבוע מדינה.

**הגעה לביהמ"ש העליון של ארה"ב**: \* ערעור בתוך המערכת הפדראלית.

 \* ערעור מבימ"ש עליון מדינתי- רק בנוגע לסוגיה פדראלית.

 \* עניין שבסמכות ביהמ"ש העליון כערכאה ראשונה- נושא חוקתי / הממשל הוא צד.

שיקולים במתן רשות ערעור: \*סתירה בין 2 בימ"ש מדינתיים ביחס לנושא חוקתי.

 \*נושא חדש/חשוב/עקרוני שטרם דנו בו.

**מינוי שופטים**

במערכת הפדראלית- מינוי ע"י הנשיא באישור הסנאט (ס' 2(2) לחוקה). הליך פוליטי. בבימ"ש נמוכים יותר לסנאטור מהמדינה הרלוונטית יש השפעה על הבחירה. אנשים בעלי דעות קיצוניות ל-2 הכיוונים לא מתמנים. השופט מחליט מתי לפרוש ובד"כ יעשה זאת כשהנשיא בעל דעות פוליטיות כמוהו כדי שיהיה לו מחליף תואם.

במדינות- מספר שיטות, בד"כ בחירה של הציבור ע"י בחירה מקצועית. לעיתים המושל ממנה. חלק מהמדינות מאפשרות הדחה או אי-בחירה מחדש של שופטים. יש כללים מאוד קפדניים לגבי הדחה ובפועל כמעט שלא מדיחים.

התאמה לישראל: נגד- אמונה גדולה יותר בוועדה מקצועית מאשר שיקול פוליטי. בעד- מקדמת פסיקה ערכית ודמוקרטית.

**שיטת הבחירות**

הנשיא נבחר כל 4 שנים ויחד איתו נבחר סגן נשיא. חברי בית הנבחרים נבחרים לשנתיים והסנאט נבחר ל-6 שנים (כל שנתיים 1/3 מהסנאט עומד לבחירות). יום הבחירות נקבע בחוקה ליום השלישי הראשון שחל אחרי היום השני בכל נובמבר.

נשיא ארה"ב לא נבחר בבחירות ישירות אלא ע"י אלקטורים- לכל מדינה יש מספר אלקטורים שנקבע ע"פ גודל המדינה (סה"כ 538. צריך 270 לזכות בנשיאות). אם במדינה יש רוב למועמד מסוים, כל האלקטורים הולכים אליו. הבוחרים לא בוחרים ישירות במועמד לנשיאות, אלא באנשים שהם אנשי ציבור שהתפקיד שלהם כיום הוא יותר סמלי. הם בעצם בוחרים באנשים שיבחרו את הנשיא. אם יש תיקו, בית הנבחרים מחליט על זהות הנשיא והסנאט מחליט על זהות סגן הנשיא.

ביקורת: \*שיטת הבחירות לא באמת דמוקרטית, מקשרים את זה למי יכול להצביע בבחירות – רק לבנים, רק בעלי רכוש וכו'. אין זכות כללית חוקתית לבחור (אסירים), ורק מי שכתוב לגביו בחוקה שאסור למנוע ממנו מלהצביע- רשאי להצביע בפועל.

\*שיטת "המנצח לוקח הכול"- פער בין מי שקיבל את רוב הקולות בארה"ב לבין מי שניצח בפועל. פוגע בלגיטימציה של השלטון.

\*העדפת יתר של המדינות המתנדנדות בעוד שיש מדינות בהם מספר האלקטורים הוא גבוה יותר והם לא מקבלים התייחסות (כי יודעים מה העדפתם). המועמדים מתחייבים לבצע דברים שיטיבו את האינטרסים דווקא של המדינות המתנדנדות ולא של רוב הציבור.

\*ייצוג יתר לאזרחי מדינות קטנות. יש מדינות בהם כמות האוכלוסייה שאלקטור מייצג לא תואמת את יחסיות האוכלוסייה. קול אזרח הגר במדינה קטנה נספר יותר מאשר במדינות גדולות.

לסנאט לכל מדינה יש 2 מושבים. בבית הנבחרים לכל מחוז במדינה יש נציג ואז מספר הנציגים הוא לפי גודל האוכלוסייה. מדובר בבחירה ישירה של הנציג. כל מחוז בחירה בוחר את הנציג שלו, אבל בתוך המחוז זה עדיין עובד בשיטת "המנצח לוקח את הכול" והמחוקקים הם בעצם אלו המחלקים את המחוזות ובעצם יוצרים לעצמם "מקומות בטוחים". בד"כ הדבר מונע לגמרי תחרות וזה עיוות גדול של הבחירות לקונגרס.

**שיטת המושבעים**- בתיק פלילי פדראלי+מדינתי. בתיק אזרחי פדראלי (ס' 3(2) + תיקונים 6-7 לחוקה) ובמדינתי אם חוקת המדינה מחייבת זאת. אפשר לסנן מושבע עקב חשש להטיה מוקדמת או מסיבה כללית (מוגבל).

\*חבר מושבעים רגיל (petite jury)- קביעת שאלות עובדתיות בעוד השופט דן בשאלה המשפטית. במשפט אזרחי קובעים אם יש אחריות ומה גובה הפיצוי. במשפט פלילי קובעים אם יש אשמה והשופט יקבע את גובה העונש. אין אפשרות ערעור על החלטה לזיכוי בהליך פלילי.

\*חבר מושבעים רחב (grand jury)- דנים בשאלה האם להעמיד אדם לדין- הגנה חוקתית על האזרח. רק אחרי אישור אפשר להגיש כתב אישום (תיקון 5).

בעד- הגנה ממערכת התביעה. רוצים שהדיוטות יכריעו. חשש שלעו"ד תהיה השפעה רבה יותר על גזר הדין. הגנה ממערכת השפיטה- ריסון השלטון. חוסר אמון במערכת המשפט. שפיטה בתוך קהילה עם ערכים דומים. מכניס השקפות עולם שונות. השתתפות אזרחית כערך עליון בארה"ב. מכניס גמישות ושיקולי צדק מול חוקים נוקשים. יתרונות קבלת החלטות בקבוצה. הגנה על ההחלטה השיפוטית שעכשיו מקובלת יותר בקרב הציבור. דיוק גדול יותר בתוצאה כי יותר אנשים שקלו את העניין.

נגד- גוף לא מקצועי. הופך את המשפט להצגה ומניפולציה ולפחות מבוסס על טענות, עובדות ואמת. בעיית גזענות ודעות קדומות. הטיות פסיכולוגיות וסובייקטיביות. בעיה של קבלת החלטות בקבוצה. חוסר בכללי פרוצדורה איך להחליט. מוטים בעד האזרח הקטן בתביעה נגד חברה גדולה בתביעה נזיקית- מעלה את מחיר הפרמיות. סרבול הליכים לעומת שופט יחיד. גורם לבחירת מקום התביעה לפי זהות המושבעים (פורום שופינג).

**החוקה**

בעלת משקל גדול בחברה האמריקאית. מעמד כמעט קדוש. עברה מספר קטן יחסית של שינויים ב-140 שנה.

עקרונות מרכזיים: הפרדת רשויות (ס' נפרד העוסק בכל רשות), איזונים ובלמים בין הרשויות השונות בכדי למנוע כוח רב מדי בידי רשות אחת, העם/המדינות הוא הריבון ומקור הסמכות, פדרליזם, קיום זכויות אדם וזכויות טבעיות, חשיבות ההליך הנאות, עיסוק בפרוצדורות ההליך הפלילי ובהגנה על נאשמים, הפרדת דת ממדינה, הזכות לשאת נשק, האזרח רשאי לעשות הכול בעוד השלטון מוגבל ויכול לעשות רק מה שהותר לו חוק (חשש היסטורי ממלך אנגליה וכוחו הבלתי מוגבל).

רשאים להציע תיקון לחוקה (ס' 5)- הקונגרס ברוב של 2/3 ב-2 בתי המחוקקים או אסיפה מכוננת שתתבקש ע"י 2/3 ממחוקקי המדינות. האשרור יתבצע ע"י 3/4 מהמדינות ע"י בתי המחוקקים/אסיפות המכוננות בכל מדינה. שריון חזק מאוד. חוסר גמישות וקיבעון.

הביטוי לעיקרון הפרדת הרשויות הוא בהפרדה בין הסנאט (בו לכל מדינה 2 נציגים) לבין הקונגרס (ייצוג לפי גודל יחסי). לרשות המחוקקת יש סמכות מוענקת למה שנקבע בחוקה (ס' 1).

הליך החקיקה- לנשיא זכות וטו על כל חוק. אם מסרב לחתום אז הסנאט והקונגרס יכולים לאשר ברוב של 2/3. גורם לסחטנות של המדינות הקטנות. שומר על היציבות. קשה להעביר חוקים וכך חירות האזרח גדלה. מוריד את כוח קבוצות האינטרס. נוצרת הטיה לכיוון סטאטוס-קוו.

בכל מקרה, המחוקק יכול לחוקק חוקים רק בתחום סמכותו (פסקה 8). ס' חשובים: ס"ק 2- הסדרת יחסי המסחר בין המדינות (נעשה שימוש בס' זה כדי למנוע אפליה נגד שחורים). ס"ק 11- הכרזת מלחמה (מתח עם סמכות הנשיא כמפקד העליון של הצבא). ס"ק 18- מקנה סמכות לקונגרס לבצע כל סמכות קיימת.

פסקה 9- מגבלות על הקונגרס (כגון, איסור על חקיקה רטרואקטיבית). פסקה 10- מגבלות על המדינות (כגון, הדפסת כסף).

**הרשות המבצעת**- ס' 2.

הנשיא הוא ראש הרשות המבצעת, מפקד הצבא ומנהל אותו. ההסדרה של הצבא היא בסמכות הקונגרס, אבל היא לא המנהלת בפועל, כגון- מאשרת את התקציב.

**הרשות השופטת**- ס' 3

עצמאות השופטים נלמדת מכך שלא ניתן להפחית את השכר שלהם ולא ניתן לפטר אותם (למעט שחיתות או עבירה חמורה על החוק).

**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 (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.

פס"ד מרבורי נ' מדיסון- קביעת עקרון הביקורת השיפוטית והדרישה שכל [חוק](http://he.wikipedia.org/wiki/%D7%97%D7%95%D7%A7) שמתקבל ב[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) , לה יש מעמד נורמטיבי על שאר החוקים. ביהמ"ש העליון הוא המוסד המבקר את החוקים הפדראליים על בסיס פרשנותו לחוקה, גם אם מדובר בערכאה ראשונה. למחוקק אין סמכות להעניק לרשות השופטת סמכות מעבר לכתוב בחוקה. במידה ויש חוק הנוגד את החוקה, אזי הוא חסר תוקף, וביהמ"ש אינו יכול לאכוף אותו. הסיבה המרכזית לכך היא שהחוקה היא שהחוקה נובעת מהעם שהוא הריבון, בעל הסמכות המקורית ליצור את השלטון וגם להגביל אותו. אין לחוקק חוק המפקיע זכויות. כדי לתת שיניים לחוקה צריך גוף שיאכוף אותה- ביהמ"ש. ס' 6(2)- כל חוק/אמנה/שופט כפוף לחוקה. הס' מדבר על בימ"ש מדינתיים קל וחומר שפדראליים. ס' 1 (9)(3)- החוקה מגבילה את יכולת המחוקק לחוקק והכוונה היא שחוק הסותר אותה יהיה בטל. ס' 1(1)- החוקה היא מעניקת הסמכות למחוקק ולכן אין לסתור אותה.

ביקורת: תפקיד ביהמ"ש הוא לבדוק את החוק מבחינה פרוצדוראלית- האם נעשו כל שלבי החקיקה המתאימים, ולא לבחון הן מבחינה מהותית תואם לחוקה. צריך לציית לחוקה, אבל אין הדבר אומר שיש לשופטים סמכות של ביקורת חוקתית ופסילת חוקים.

**דוקטרינת השפיטות** נובעת מכך שנדרש מקרה קונקרטי בו יש מחלוקת בין הצדדים, בכדי שביהמ"ש ירכוש סמכות לדון. ס' 3(2)(1)- בשום מקום לא נכתב במפורש שתהיה מחלוקת/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/מחלוקת. ההשלכה היא כי דוקטרינת השפיטות אינה חלה על ביהמ"ש המדינתיים. כל בימ"ש מדינתי יכול להחליט בעצמו מה שפיט ומה לא. כיוון שהגבלות השפיטות על ביהמ"ש הפדראליים נובעות מהחוקה עצמה, הקונגרס לא יכול לאלץ את ביהמ"ש לדון במקרים שאינם מופיעים בחוקה. מקרים לא שפיטים:

\*ביהמ"ש הפדראליים אינם רשאים לתת חו"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.

\* אין לדון בשאלה משפטית שטרם הבשילה- עתירה מוקדמת- לא ידוע אם יש בכלל סכסוך.

\* אין לדון בשאלה משפטית שהתייתרה (חריג: מקרה שחוזר על עצמו / מקרה שעלול לא להגיע לעולם להכרעה עליונה, כגון- הפלות).

\*זכות העמידה.

\*שאלה פוליטית.

**זכות העמידה**

פס"ד לוגן- 3 דרישות לזכות העמידה: פגיעה אמיתית בפועל בזכות חוקתית מוגנת + המקרה קונקרטי וספציפי לאותו אדם + הפגיעה כבר קרתה או שהיא ברורה ומיידית. לא מדובר רק בסיכון תיאורטי. כן צריך להיות קש"ס בין הפגיעה הנטענת לבין החוק המותקף, וכן כי הסעד המבוקש אכן יתקן את המצב.

פס"ד זיבוטופסקי - פגיעה אינה חייבת להיות ישירה, והיא יכולה לנבוע מהפרה של זכות שהוענקה לאדם ע"פ חוק. הפגיעה מתקיימת גם אם אדם לא היה סובל פגיעה בהיעדרו של החוק. זכות שהוענקה לאדם ונלקחה ממנו- זו פגיעה (טענה נפוצה ביחס לקבלת מידע מהשלטון לפי חוק חופש המידע). ברגע שנקבע שיש זכות עמידה, המקרה חוזר לערכאה הראשונה לדיון מחדש.

**שאלות פוליטיות**

\*פרופ' הנקין- הכול 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 את פס"ד מרבורי, שם נטען כי יש עליונות החוקה מחייבת בהכרח ביקורת שיפוטית.

\*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. הכול שפיט למעט מה שנאמר במפורש בחוקה שהוא בתחום רשות פוליטית.

\*אלכסנדר ביקל- דוקטרינת הריסון שיפוטי. ביקורת שיפוטית אינה עולה בקנה אחד עם עקרון הדמוקרטיה לפיו גוף שאינו נבחר מכריע בשאלות פוליטיות, ולפיכך ביהמ"ש צריכים להימנע מדיונים בשאלות פוליטיות (גם אם החוקה אינה אוסרת על כך). זו הפרה של עיקרון הפרדת הרשויות. כוחו של ביהמ"ש נשחק אם אינו נמנע מהכרעה משיקולים של תבונה (להיות חכם ולא צודק).

\*ג'סי צ'ופר- שימוש בביקורת שיפוטית יהיה מוצדק רק כאשר יש פגיעה בזכויות אדם, כגון- 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 (הכול שפיט).

פס"ד בייקר- ביהמ"ש יכול להתערב בשרטוט אזורי בחירה. נקבעו כללים לשפיטות בשאלות פוליטיות (מספיק שאחד יתקיים):

\*מקרה בו החוקה עצמה מפנה לרשות פוליטית אחרת.

\*מקרה בו אין כללים משפטיים שניתן ליישם כדי להגיע להכרעה.

\*מקרה בו אי אפשר להכריע מבלי לקבל תחילה החלטת מדיניות ראשונית.

\*מקרה בו הכרעה תפגע בכבוד הראוי בין הרשויות או תיצור מבוכה כתוצאה מעמדות סותרות.

\*מקרה בו נסיבות מיוחדות מחייבות להימנע מהתערבות בהחלטה שהתקבלה.

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

עמדתו של וקסלר התקבלה (תפיסה שיורית), אולם זו של הנקין היא בד"כ השלטת.

פס"ד בוש נ' גור- ביהמ"ש אפילו לא קיים הצבעה האם לדון או לא, למרות שמדובר בשאלה פוליטית מובהקת.

**פרשנות חוקתית ראויה**

שאלה שנויה מאוד במחלוקת בארה"ב. גישות מרכזיות:

\*טקסטואליים- צריך לפרש את החוקה רק ע"פ הטקסט והלשון ולא לפי מקורות חיצוניים לו (כוונת המחוקק, ערכי הציבור, תיאוריות פילוסופיות 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'ינליזם- יש לתת לחוקה את המובן ההיסטורי שהיה לה בזמן חקיקתה.

 \*לפי המשמעות המקורית של החוקה.

 \*לאור כוונת אלו שכתבו/אישררו את החוקה, ומהרקע לחוקה לפי מקורות היסטוריים.

 \*לאור המשמעות המקורית של הלשון שהייתה מקובלת בתקופה בה החוקה התקבלה.

\*גישות דינמיות- החוקה היא מסמך חי ומשמעותה משתנה כל הזמן. יש ללכת לפי המשמעות המודרנית שיש כיום. במתן משמעות לחוקה יש להתחשב בשינויים החברתיים שחלו מאז יצירתה ולעדכן את הבנת החוקה בהתאם.

הלכה למעשה- סוגי הטיעונים הפרשניים הנפוצים:

\*טיעון טקסטואלי- צריך להתחיל בהבנת הנקרא.

\*סטרוקטורליזם- ניתן ללמוד על משמעות החוקה ממבנה הטקסט, חלוקה לס' והקשרים בין הס'.

\*כוונת המכונן.

\*דוקטרינות שיפוטיות קיימות.

\*תקדימים- יש ערך לוודאות ויציבות. יש חזקה שצריך נימוק טוב מאוד כדי להפוך הלכה של העליון, אחרת צריך להראות שתפיסת העולם המשפטית השתנתה באופן משמעותי / חל שינוי עובדתי משמעותי שמחייב את שינוי ההלכה.

\*נוהג- מקובל בעיקר כשמדובר בפעולה של הרשויות הפוליטיות. זהו שילוב של היסטוריה ודינמיקה.

טיעונים נוספים, שנויים יותר במחלוקת, המקבלים משקל קטן יותר (אם בכלל): טיעונים מוסריים (מה ראוי שההחלטה תהיה), טיעונים תוצאתיים (מה יהיו השפעות הפסיקה על החברה, ראיות סוציולוגיות וממדעי החברה, משפט משווה.

**הפרדת רשויות**

\*החלק המשטרי-מוסדי בחוקה: קובע את היחסים בין השלטון הפדראלי למדינות (פדרליזם) וקובע את היחסים בין 3 הרשויות הפדראליות (הפרדת רשויות ואיזונים ובלמים).

\*החוקה המקורית (ס' הקונפדרציה)- למייסדי החוקה היו 2 תכליות סותרות שיוצרות מתח: הצורך בשלטון אפקטיבי והצורך לבלום את השלטון.

גישות מתחרות בפסיקה ביחס להפרדת רשויות:

\*הגישה הפורמליסטית- מדגישה הפרדת רשויות נוקשה. פרשנות מילולית טקסטואליסטית + כוונת המכונן. נוהג בין הרשויות לא מקבל משקל בפרשנות. העדפה לכללים ברורים במקום מבחני איזון.

\*הגישה הפונקציונאלית- 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 טקסטואליסטית ואוריג'ינליסטית. מבחני איזון.

**סמכויות הנשיא**- ס' 2.

מדובר בסמכויות מאוד עמומות (קצרים, מנוסחים באופן רחב), בעוד שלקונגרס הוענקו סמכויות מפורשות. התפיסה היא שהנשיא מחזיק בסמכויות אינהרנטיות ורחבות יותר ממה שמצוין במפורש. הפסיקה ממעטת לעסוק בכך שכן לרוב נקבע כי מדובר בנושא שאינו שפיט.

פס"ד ינגסטון- צו נשיאותי להשתלט על מפעלי הפלה המרכזיים עקב שביתה בעיצומה של מלחמת קוריאה.

\*בלאק (רוב)- נקבע לפי הגישה הפורמליסטית כי סמכות הנשיא חייבת לנבוע מחקיקה או מהחוקה עצמה ובמקרה זה אין חקיקה מסמיכה. הנשיא מוסמך לתת הוראות לצבא (commander in chief) אבל לא לפגוע בקניין הפרטי בכלכלה הפנימית. בוצעה פרשנות ע"פ ניתוח הטקסט החוקתי. נקבע כי אין נפקות לנוהג בעבר או לנסיבות המיוחדות של המקרה. פסקאות ה-vesting וה-take care לא מסמיכות את הנשיא לחוקק, אלא רק להיות אוכף ומבצע החוק.

\*פרנקפורט (יחיד)- יש מקום לתת משקל לנוהג בין רשויות כמקור פרשני, ולא רק ללשון החוקה. כיוון שיש פרקטיקה מתמשכת ושיטתית בחלוקת הסמכויות הצבאיות בין הנשיא לפרלמנט, אזי אפשר לראות בכך מקור סמכות.

\*ג'קסון (יחיד)- אין תשובה חד משמעית לסמכויות הנשיא. יש להתחשב בנסיבות המקרה. אמות המידה לבחינת פעולות הנשיא: 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.

**פדרליזם**

חלוקת הסמכויות בין השלטון הפדראלי למדינות. עקרונות מרכזיים:

\*לשלטון הפדראלי יש אך ורק הסמכויות המוענקות לו בחוקה (במפורש או במשתמע). העובדה שסמכויות הקונגרס מפורטות הביאה לתפיסה שיש הסדר שלילי- מה שלא שם, לא בסמכות הקונגרס. מה שאינו בסמכות השלטון הפדראלי נתון למדינות מכוח עקרון השיוריות.

\*למדינות יש את כל הסמכויות שלא נשללו מהן בחוקה (סמכות שיורית). אם החוקה שוללת סמכות ממדינות במפורש, הרי שכל מה שלא נשלל מהן הוא בסמכותן. למרות זאת, יש שאלה- האם הסמכות השיורית שייכת למדינות או "לעם"?

\*החוק הפדראלי (חוקה, חקיקה, אמנות וכו') גובר על חוק מדינתי סותר.

**סמכויות השלטון הפדראלי**

\*ס' 8- מיסוי, מימון/ הוצאות,הסדרה (רגולציה) של מסחר בין-מדינתי ובינ"ל**,** התאזרחות והגירה.

\*הקונגרס יהיה רשאי לחוקק חוקים כדי לאכוף את הסמכויות המופיעות בס' קטנים 1-17, וכל הסמכויות הניתנות לממשל ואנשיה.

\*חקיקה לשם אכיפת תיקונים 13-15 לחוקה (שוויון גזעי)- התיקון החשוב ביותר היום הוא תיקון מס' 14- יצירת זכות השוויון. לקונגרס יש סמכות לחוקק כל חוק הנדרש כדי לאכוף את אותם תיקונים שנועדו למנוע אפליה ע"י המדינה.

הקונגרס מוסמך להסדיר את הסחר בין מדינות ארה"ב וגם בצורה בינלאומית. לא מדובר רק ברגולציה של מסחר, אלא בכל מה שיש לו היבט של רגולציה- שוויון וזכויות אדם, איכות סביבה, פשיעה, בטיחות ועוד.

פס"ד ויקארד- ביהמ"ש יתערב רק אם ממש ברור שאין שום קשר בין מה שהקונגרס רוצה לעשות עליו רגולציה לבין השפעה על המדינות. בוטל חוק פדראלי. נקבע כי צריך להוכיח שאין קשר רציונאלי בין התכלית לבין היישום.

מגמה הרחבת סמכויות זו נעצרה בפס"ד לופז- יש גבולות לסמכות החקיקה של הקונגרס ונפסל חוק פדראלי שאסר החזקת כלי נשק בקרבת בי"ס- רחוק מאוד מעניין הסחר.

פס"ד מוריסון- ביהמ"ש המשיך את גישת לופז, יישם את מבחניו ופסל חוק נוסף, אשר העניק סעד נזיקי בגין אלימות נגד נשים.

פס"ד גונזלס- אושרה סמכות הקונגרס לחוקק חוק האוסר גידול מריחואנה.

למרות הפס"ד דלעיל קשה לדעת מה המגמה של ביהמ"ש. (המבחנים מופיעים בעמוד הבא)

רפורמת הבריאות של אובמה- חובה לרכוש ביטוח רפואי. האם אנשים בריאים יהיו טובים יותר למסחר? כעת ממתין להכרעה בביהמ"ש העליון.

המבחן השיפוטי בעקבות פס"ד לופז: 3 קטגוריות של פעילות שלקונגרס מותר לעשות בהם רגולציה:

\*נתיבי המסחר הבין-מדינתי. בד"כ לא שנוי במחלוקת. כגון, נהרות, רכבות וכו'.

\*אמצעים מקדימים למסחר הבין-מדינתי. הפסיקה מאוד מקלה ומקבלת חקיקה פדראלית. כגון, מטוסים, משאיות וכו'.

\*פעילות פנים מדינתית. פעם היה מדובר במבחן רחב והיום יש מבחן מצמצם. לא די בהשפעה כלשהי על המסחר הבין-מדינתי, אלא נדרשת השפעה ממשית ומשמעותית ובד"כ נדרש שהפעילות נשוא החקיקה תהיה בעלת אופי כלכלי/מסחרי.

ס' 8(18)- 2 דרכים להבנת הס':

\*מצמצם את סמכויות הקונגרס- מותר לחוקק רק מה שיהיה נחוץ ומתאים.

\*מרחיב את סמכויות הקונגרס- בנוסף לסמכויות המוקנות, מותר לחוקק גם כל מה שיהיה נחוץ ומתאים.

פס"ד מקקלוק- אומצה הפשרנות המרחיבה. החוקה מעניקה לקונגרס לא רק סמכויות שפורטו במפורש, אלא גם סמכויות משתמעות. את הביטוי "נחוצים ומתאימים" אין לפרש כמאפשר רק חקיקה שהיא ממש לביצוע יתר סמכויות השלטון הפדרלי, אלא יש לפרש ביטוי זה בהרחבה- כל חקיקה שנדרשת לשם כך. הס' אינו מקור עצמאי לסמכות חקיקה, אבל משמש להרחבה ו"מתיחה" משמעותית של סמכויות השלטון הפדראלי שניתן לקשר לס' מסמיכים אחרים.

**התיקון ה-14: שוויון**

\*כל מי שנולד או התאזרח בארצות הברית, ונתון לשיפוטה, הינו אזרח ארה"ב.

פס"ד בראון- לדוקטרינת ה"נפרד אבל שווה" (פס"ד פלסי) אין מקום מרחב הציבורי, אפילו אם התנאים זהים. עצם ההפרדה כשמדובר בחינוך מהווה פגיעה בשוויון. יש נזק פסיכולוגי בהעברה לילדים השחורים מסר שהם נחותים, זה מנוגד לשוויון מבחינה אינהרנטית (הייתה התבססות על מחקרים פסיכולוגיים). השימוש במחקרים היסטוריים נדחה למרות שתמך בהפרדה: הגישה ההיסטורית לא נותנת תשובה ברורה / תפקיד החינוך בחברה השתנה מאוד מאז התיקון ה-14 ולכן אפילו אם היו ראיות ברורות לכוונת המחוקק האמיתית לא צריך לתת להן משקל משמעותי.

אין לפס"ד בסיס דוקטורינרי, ולכן הוא אינו כל כך טוב לשימוש בביהמ"ש כתקדים.

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

עם זאת שוויון לא חל על: גופים פרטיים (אפילו במקומות ציבוריים), מסעדות, מלונות, מקומות בידור, קניון, מרכז מסחרי. חריגים: \*כשגוף פרטי מבצע תפקיד שלטוני- פריימריז במפלגות (פס"ד סמית'), עיירה בבעלות של חברה פרטית (פס"ד מארש), ניהול פארק עירוני ע"י חברה פרטית (פס"ד אוונס), אבל לא: חברת חשמל פרטית, גם כשיש לה מונופול באזור מסוים (פס"ד ג'קסון).

\*כשקיים קשר הדוק בין הגוף הפרטי למדינה- מסעדה הממוקמת על קרקע של המדינה ומשלמת שכ"ד למדינה (פס"ד בורטון), לא מספיק כל קשר למדינה או הטבה מהמדינה (כגון, רישיון למכור אלכוהול), אלא צריך להיות קשר ישיר ומשמעותי (פס"ד מוס לודג').

\*כשההתנהגות הפרטית מבקשת לערב את המדינה בפעילות האפליה (בעיקר את ביהמ"ש)- אכיפה של ס' בחוזה האוסר מכירת דירה למיעוטים (התנאי בחוזה- חוקתי, אכיפה שיפוטית שלו- לא) (פס"ד שלי), כשצד בהליך פרטי (פס"ד אדמונדסון) או נאשם בהליך פלילי (פס"ד גרגוריס) פוסל מושבעים על בסיס גזע.

מאז שנות ה-60 קיימת חקיקה פדראלית האוסרת אפליה גם ע"י גופים פרטיים (מקומות ציבוריים, העסקה, דיור וכו') בטענה כי כדי להבטיח סחר יעיל בין המדינות אנשים סוחרים צריכים להשתמש בשירותים רבים, ואסור למנוע מהם את זה.

הכלל הוא שככל שההבחנה חשודה יותר (ומתקרבת לכדי אפליה), כך הביקורת השיפוטית קפדנית או מחמירה יותר:

\*הבחנה חשודה- ביקורת קפדנית: גזע, דת, לאום/מוצא, אזרחות (למעט משרות ציבוריות). הקריטריונים: 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? אם נמצאה הבחנה חשודה, אזי חזקה שהחוק המפלה אינו חוקתי והנטל הוא על המדינה להראות שהחוק עומד בדרישות: תכלית- האינטרס חייב להיות חיוני, ומידת ההתאמה בין האמצעי לתכלית- הקשר חייב להיות הדוק.

\*הבחנה הפוגעת בזכות יסוד- ביקורת קפדנית: זכות ההצבעה, זכות הגישה לערכאות, חופש התנועה ממדינה למדינה. אבל לא: זכויות סוציאליות, כגון- חינוך, בריאות, דיור וכו'.

\*הבחנה מעין חשודה- ביקורת בינונית: מין, ממזרות. חזקה שהחוק המפלה אינו חוקתי והנטל הוא על המדינה להראות שהחוק עומד בדרישות: תכלית- החוק חייב להיות אינטרס חשוב (פחות מחיוני בקפדנית) ומידת ההתאמה בין האמצעי לתכלית- קשר משמעותי.

\*הבחנה שאינה חשודה- ביקורת מקלה: כל מה שלא הוכר ע"י ביהמ"ש ב-2 הקטגוריות הנ"ל נופל בקטגוריה זו, כגון- גיל, נכות, מצב כלכלי. הויכוח היום הוא על נטייה מינית (פס"ד פרי). חזקה שהחוק חוקתי ונטל הראיה על העותר להראות שהחוק אינו עומד בדרישות. תכלית- אינטרס לגיטימי/מותר ומידת ההתאמה בין האמצעי לתכלית- קשר רציונאלי.

פס"ד מונרו- אין תכלית במניעת היפים מלקבל תלושי מזון לנזקקים, מלבד התעמרות. ביקורת שיפוטית מקלה.

פס"ד רומר- לא חוקתי בחוק מדינתי לטעון כי אסור לאסור אפליה על רקע נטייה מינית (משמע, שמותר להפלות). הביקורת מקילה. אין במקרה זה שום תכלית מלבד רצון להפלות קבוצה מסוימת ולכן התיקון בחוקה המדינתית אסור.

פס"ד פרי- אין הכרעה אם הומוסקסואליים הם קבוצה חשודה שמצריכה ביקורת שיפוטית קפדנית. אין הכרעה אם הזכות להינשא היא זכות יסוד. התיקון לא עומד אפילו בביקורת מקילה, משום שהתכלית היא לרדוף את ההומואים, ולהביע בחקיקה שיפוט מוסרי שלילי נגדה. אין להשתמש באמצעים של המדינה כדי לקבוע שיפוט מוסרי שלילי, זו זכות שיש לחברה אך לא למדינה. כרגע בערעור נוסף בביהמ"ש העליון.

**חופש הביטוי**

תיקון 1- לכאורה החובה חלה רק על הקונגרס, אך כבר מההתחלה היה ברור שזה חל על כל המשטר הפדראלי. החובה הגיעה אל המדינות בעקבות פסיקה. מדובר בזכות רחבה מאוד איך לא מוחלטת, ולכן ייתכן ומדובר במצב של איזון אינטרסים. קטגוריות לפי סוג הביטוי:

\*ביטוי בנושא פוליטי-ציבורי: ההגנה הגבוהה ביותר.

\*ביטוי אומנותי/מסחרי: מוגן, אך בדרגה נמוכה יותר.

\*ביטוי בנושא לגמרי פרטי: מוגן, אך בדרגה נמוכה מאוד.

\*סוגי ביטויים ש(כמעט) אינם מוגנים: דיבה נגד אדם פרטי, תועבה (סיפוק הנאה מינית ללא שום ערך אומנותי/חיובי כלפי החברה), "מילים נלחמות"- לא הסתה אלא מילים שמטבען כשאומרים אותם זה יגרום לאחר להגיב באלימות פיזית. חריג- כשהאיסור אינו כללי וניטראלי, אלא מתמקד בהשקפה מסוימת- לדוגמה, איסור להציב צלב בוער, במצב כזה ייתכן שתהיה הגנה.

פס"ד סאליבן- ביקורת על התנהגות השלטון ואפילו ביטוי שאינו אמת הפוגע בשמו הטוב של אדם- זכאי להגנה. עובד/נבחר ציבור יכול לקבל פיצוי בגין הוצאת דיבה ביחס לתפקודו השלטוני רק אם הוא מוכיח שהפרסום נעשה בזדון. הלכה זו הורחבה בפסיקה מאוחרת יותר לכל אישיות ציבורית, כל עוד מדובר בעניין בעל חשיבות ציבורית.

פס"ד גרצז- המבחן לקביעת מעמד של "אישיות ציבורית":

\*אנשים בעלי תפקיד בעל השפעה חברתית כלשהי בסוגיות ציבוריות (למשל, הרב עובדיה יוסף).

\*אנשים שאינם אישיות ציבורית, אך בסוגיה מסוימת הם הכניסו עצמם לדיון הציבורי ייחשבו לאישיות ציבורית להקשר הזה בלבד (למשל, דפני ליף, אם היא לא אישיות ציבורית לגמרי, כנראה שהיא כן לפחות לעניין המחאה החברתית).

פס"ד סניידר- כדי שביטוי ייחשב ציבורי הוא צריך להיות קשור לנושא פוליטי/חברתי וכו', המעסיק את החברה כולה או משהו חדשותי לגיטימי שיש התעניינות רחבה בו וערך/עניין ציבורי. צריך להיות עניין לציבור מבחינה מהותית. מבחן היישום של המבחן המשפטי הו הסתכלות על מכלול הנסיבות ובדיקה מה נאמר, איפה וכו'- האם הביטוי התייחס לנושא בעל עניין לחברה כולה? האם הביטוי בוצע במקום ציבורי/פרטי? האם יש קשר לגורם הפרטי? ­­ דעת המיעוט- מדובר בהרחבה גדולה מדי של חופש הביטוי.

פס"ד ברנדנבורג- גם התנהגות היא ביטוי. במקרה והביטוי נחשב להסתה לאלימות או להפרת חוק, יש ללכת לפי מבחן אובייקטיבי- האם הקריאה לאלימות או להפרת החוק עלולה לגרום לפעולה אלימה/בלתי חוקית מיידית, להבדיל מזמן כלשהו בעתיד- זהו מבחן סובייקטיבי: נדרשת כוונה לגרום לפעולה מידית כזו.

הגבלות על חופש הביטוי:

\*הגבלה על תוכן הביטוי: \*אסור למתוח ביקורת על הנשיא.

\* חזקה שהחוק אינו חוקתי- ביקורת שיפוטית גבוהה: יש להוכיח כי מדובר באינטרס חיוני ובאמצעי הכרחי ומצומצם.

\*הגבלה על הזמן, מקום ואופן, שהיא ניטראלית לגבי התוכן. לדוגמה, אסור להפגין בשטח פרטי. ביקורת שיפוטית בינונית: צריך להוכיח אינטרס משמעותי וצריך להוכיח שמדובר באמצעי מצומצם המשאיר מספיק אלטרנטיבות לביטוי.

פס"ד מדסון- אושרה הגבלה על הפגנה רועשת במרחק שמיעה מקליניקה להפלות בימים מסוימים ובשעות מסוימות, אך נפסלה הגבלה על הפגנה ושימוש במגביר קול במרחק 300 רגל ממגוריהם הפרטיים של בעלי ועובדי הקליניקה. דעת המיעוט- אם מדובר בהגבלה על תוכן הביטוי כשצו חל על קבוצה אחת בלבד בעלת אג'נדה אחת ברורה והצו התבקש ע"י גופים שיש להם אינטרס לדכא את השקפת העולם של קבוצה זו, אזי צריך להפעיל ביקורת שיפוטית קפדנית.

פס"ד היל- אושר חוק מדינתי שהגביל נאומים/ניסיונות שכנוע בסמיכות למתחם רפואי. האבחנה החשובה היא האם מדובר על הגבלה על התוכן או הגבלה על הצורה, המקום והאופן. כן יש להבחין בין הגבלה שמונעים אותה מראש (לא חוקתי) לבין ענישה בדיעבד. כן יש להבחין לגבי מיקום ההגבלה- האם במקום ציבורי או במקום פרטי? דעת המיעוט- האמצעי עמום ורחב מדי.

פס"ד מדסון- הגבלה שנקבעה בצו שיפוטי ולא בחקיקה מצדיקה ביקורת שיפוטית קפדנית יותר.

**חוקתיות של חוק פדראלי:**

* הפרדת רשויות- האם נושא החוק בתחום סמכותה של רשות פדראלית אחרת? (ס' 1-3)
* פדרליזם- האם נושא החוק בתחום סמכותו של הקונגרס או של המדינות? (ס' 1(8), תיקונים 13-15)
* הליך החקיקה- האם החוק התקבל בהליך הנדרש לפי ס' 1(7)(2).
* מגבלות ספציפיות על חקיקת הקונגרס בס' 1(9). (כגון- חקיקה רטרואקטיבית)
* מגילת זכויות האדם- תיקונים 1-9 + 14.
* אפשרי ביקורת שיפוטית?

**חוקתיות של חוק מדינתי:**

* רשימת מגבלות על המדינות בס' 1(10). האם החוק הספציפי מפר זאת?
* האם החוק פוגע בזכויות המוגנות בתיקונים לחוקה?
* פדרליזם- האם החוק סותר את החוק הפדראלי? האם נמצא בתחום הסמכות השיורית?
* האם החוק פוגע בזכויות המוגנות בחוקת המדינה? האם החוק סותר חלק מחוקת המדינה?
* האם החוק התקבל בהליך הנדרש בחוקת המדינה?
* האם נושא החוק בתחום סמכותה של רשות שלטונית מדינתית אחרת ע"פ חוקת המדינה?
* דרישות סף- מה יקרה בביהמ"ש ומתי אפשר לטעון את הטענות האלו?
* מגילת זכויות האדם- תיקונים 1-9 + 14.
* אפשרי ביקורת שיפוטית?