

Makt, rätt och USA:s högsta domstol

Av Hjalmar Dunås*

1. Inledning

Den 20 januari 2017 svors Donald Trump in som USA:s fyrtiofemte president. En vecka senare sjösattes en s.k. *executive order* som innebar ett inreseförbud för medborgare i ett antal länder med muslimska majoritetsbefolkningar. Inreseförbudet dömdes emellertid ut som grundlagsstridigt, och även en modifierad variant har sedermera underkänts av amerikanska domstolar. Relationen mellan presidentmakt och domarmakt är redan i allra högsta grad aktuell, och betydelsen av den relationen kommer knappast att minska under kommande år. Även i Sverige har vi all anledning att följa och förstå det konstitutionella spelet i USA.

Den 21 mars arrangerade Stiftelsen Rättsfonden ett seminarium på det tema som framgår av detta referats rubrik, på Sjöfartshuset på Skeppsbron i Stockholm.¹ Paneldeltagare var Thomas Bull, justitieråd samt Fredrik Bergman, chefsjurist på Centrum för rättvisa tillika LL.M. i konstitutionell rätt vid Harvard Law School. Journalisten och statsvetaren Anders Mellbourn modererade.² Den efterföljande diskussionen kom att behandla alltifrån vallagar till konstitutionens skydd av integritet, och det var tydligt att intresset av att diskutera amerikanska konstitutionella frågor var stort. Följande referat får emellertid av utrymmesskäl främst koncentreras till seminariets huvudfåra – om högsta domstolen i det amerikanska konstitutionella systemet, särskilt i relation till presidentmakten och i ljuset av Trumps nu inledda presidentskap.

Sedan Mellbourn introducerat ämne och upplägg lämnades ordet till Bull. Bulls anförande syftade främst till att belysa seminariets grundfrågor i en historisk och

* Jur. kand.

¹ Stiftelsen Rättsfonden har arrangerat en lång rad seminarier, varav åtskilliga refererats av Eddie Exelin i *Europarättslig tidskrift*, se *Arbetskraftsinvandring – utvisning med bristande lagstöd?*, ERT 2017 s. 447 ff.; *Offentliga tjänster i ett civilrättsligt perspektiv*, ERT 2016 s. 635 ff.; *Decemberöversenskommelsen och den svenska parlamentarismens framtid*, ERT 2015 s. 969 ff.; *Politiska partier i skolan*, ERT 2015 s. 456 ff.; *Den personliga integriteten och den konstnärliga friheten*, ERT 2014 s. 413 ff.; *Domstolarnas oberoende och självständighet*, ERT 2014 s. 181 ff.; och *Domarens ansvar för en rättssäker brottmålsprocess*, ERT 2013 s. 889 ff. Referaten finns också publicerade på www.rattsfonden.se.

² Enligt Clarence Crafoord, styrelseledamot i Stiftelsen Rättsfonden tillika vd för Centrum för rättvisa samt presentatör av såväl talare som moderator, var Mellbourn att tacka för idén till seminariet.

teoretisk kontext. Därefter kom Bergman att mer explicit behandla de dagsaktuella frågorna om en potentiell konstitutionell kris och om makten över domstolarna idag (och framöver).

2. Amerikansk konstitutionell idétradition

Bull tog avstamp i den idétradition ur vilken den amerikanska konstitutionen är sprungen. Att en form av maktodelningstänkande präglade den står klart, men hur domstolarnas roll skulle ses var ingalunda självklart från början. Det konstitutionella tänkande som präglade grundlagsfäderna i slutet av Upplysningens och revolutionernas 1700-tal kom i själva verket från olika idétraditioner. Brittiskt konstitutionellt tänkande utgjorde en tydlig influens vilket kunde ha lett till en helt annan utveckling än den amerikanska, även gällande domstolarnas roll. Montesquieu, som i sin tur med anförarens ord ”varit i England, missförstått det brittiska systemet och skrivit en bok om det”, fick stort inflytande. Även amerikanerna själva – med såväl originella tankar som idégodis från klassiska grekiska tänkare i fråga om statskicket utformning – bidrog till hur systemet kom att utformas.

Bull pekade på hur balansen mellan domstolsmakt och presidentmakt tidigt kom att sättas på prov, och hur konstitutionen i och med detta kom att levandegöras. I *Marbury v. Madison* från 1803 hade en domare, William Marbury, fått sin utnämning av den förre presidenten John Adams, vilket dock inte verkställdes av den nya administrationen under den ansvarige ministern James Madison (som då var Secretary of State). Marbury kom då att söka en domstolsorder på att Madison skulle tvingas signera nödvändiga dokument för att Marburys utnämning skulle bli verkställd. Detta skedde med stöd av Judiciary Act of 1789 § 13.

För den nyutnämnde chefsdomaren i Högsta domstolen, Chief Justice John Marshall, innebar detta ett visst dilemma. Marshall var själv utnämnd av samme John Adams, alltså den (avgångne) president som utnämnt Marbury. Att avgöra målet – som var hans första stora som chefsdomare – till förmån för Marbury kunde tolkats i politiska termer. Marshall hade emellertid även varit Secretary of State innan Madison och hade politisk förankring även åt det hållet. Den eleganta lösningen blev att inte behöva ta ställning till själv sakfrågan. I konstitutionen fanns en uppräkningslista av alla speciella fall där det går att klaga direkt till Högsta domstolen. Övriga fall prövas av Högsta domstolen endast sedan underrättsinstansernas domar överklagats. Judiciary Act stadgade en rätt att klaga direkt till Högsta domstolen. Marshall och högsta domstolen fann att konstitutionens uppräkningslista var uttömmande och att bestämmelsen i Judiciary Act således var oförenlig med konstitutionen. Kongressen hade alltså utfärdat en grundlagsstridig lag och Marburys talan kunde inte prövas – eller behövde inte prövas.³ Konstitutionen som

³ Bull illustrerade förtjänstfullt dilemmats ”lösning” med ett pyspunkeljud som mig veterligen saknar etablerad onomatopoetisk skriftform.

”supreme law” och domstolens normprövningsmakt i enskilda fall var alltså delvis att karakterisera som politisk utbrytarkonst från Marshalls sida. Spänningen och överlappningen mellan juridik och politik var i allra högsta grad avgörande för USA:s konstitutionella utveckling.

3. 1900-talets konstitutionella spänningar

Spänningen mellan domstolar, presidentmakt och kongressmakt kom sedan att aktualiseras på nytt främst under 1920- och 1930-talen, särskilt när Franklin D. Roosevelt sökte lagstifta på det ekonomiska och sociala området, med bl.a. begränsade arbetstider, förbud av barnarbete, införandet av minimilöner och ett antal andra reformer. Högsta domstolen kom inledningsvis att tolka konstitutionens bestämmelser om ”liberty” som omfattandes avtalsfriheten. Att inskränka rätten för enskilda att exempelvis ingå avtal om att arbeta för en lön som understeg en stadgad minimilön skulle alltså utgöra en inskränkning av den konstitutionellt fastslagna avtalsfriheten. Roosevelt sökte då genom ett lagförslag kallat ”the court-packing plan” utnyttja det faktum att konstitutionen inte sade någonting om *antalet* domare i Högsta domstolen. Sedan 1869 hade domstolen bestått av nio ledamöter, men det bestämdes genom en vanlig lag som Roosevelt nu såg sin chans att ändra för att fylla domstolen med ledamöter vars uppfattningar skulle ligga mer i linje med hans egen. Bull menade att det, sedan förslaget blivit känt, gick att skönja ett skifte i domstolens bedömningar av just ekonomiska och sociala frågor i riktning mot en ”ganska återhållsam” hållning. Inför en stark domstolsmakt reagerade presidentmakten, och domstolen kom att anpassa sig till ett nytt ekvilibrium utan att lagförslaget realiserades. Domstolen kom därefter att fokusera i första hand på fri- och rättighetsområdet, men inta en mer defensiv roll just gällande ekonomiska och sociala frågor – vissa skulle säga mer traditionellt *politiska* sådana.

Utvecklingen sedan dess har också, menade Bull, till stor del kommit att handla om olika granskningsstandarder, *levels of judicial scrutiny*. På fri- och rättighetsområdet skulle en s.k. *strict scrutiny* gälla.⁴ Normprövningsstandarden avseende ekonomisk och social lagstiftning skulle däremot i första hand bli en s.k. *rational basis review*,⁵ varvid frågan skulle bli om det fanns rationella skäl för den prövade lagstiftningen. Amerikansk konstitutionell rätt sedan 1950-talet har främst handlat om vilken sådan standard som ska användas i olika fall. På vissa områden visas därmed större stränghet mot lagstiftaren och presidenten än andra.

Bull tog upp ett antal konkreta frågor som domstolen prövat hitom andra världskriget, vari den politiska laddningen ofta är påtaglig. Segregationsfrågorna kom t.ex. att dominera 1950- och 1960-talen och dödsstraff och abort på 1970-

⁴ Se första gången i *Korematsu v. United States* (1944).

⁵ Se t.ex. *Nebbia v. New York* (1934).

talet. Högsta domstolen kom att uppvisa en betydande och offensiv aktivitet, även om de problem den adresserade knappast kom att lösas en gång för alla. Som exempel nämnde Bull frågan om dödsstraff, som Högsta domstolen ansåg grundlagsstridigt för att tillämpningen visat sig vara diskriminerande. Lösningen på delstatsnivå blev inte sällan att dödsstraff infördes som *obligatorisk* påföljd vid vissa brott, och att diskrimineringen och godtyckligheten kom att fortleva i åklagarmyndigheterna och göra sig gällande vid rubriceringsfrågan.

Alla dessa spörsmål, ackompanjerade på senare år av t.ex. frågor om personlig integritet och om HBTQ-rättigheter, har varit politiskt känsliga och aktualiserat en ständigt pågående spänning mellan lagstiftaren, presidenten och domstolarna. Bull sammanfattade därmed sitt inledande anförande genom att peka på att konflikter mellan dessa tre statsmakter i allmänhet och mellan domstolar och övriga i synnerhet inte är något nytt i amerikansk historia. Att President Trump har sin egen tolkning av grundlagen är inte heller något nytt. I själva verket är frågan om det är domstolen som är mest kompetent att tolka konstitutionen ingalunda självklar. Redan President Lincoln ansåg sig ha ett eget mandat att tolka grundlagen och agera utifrån denna egenmäktiga tolkning i inbördeskrigets inledning. Idén om *judicial supremacy* – att det är domstolarnas tolkning som alltid gäller och som går före alla andras tolkning – är med Bulls karakteristik ”inte oomstridd”, även om den är ”*der herrschende Meinung* som tyskarna skulle säga”.⁶

4. Betydelsen av liberalism och konservatism i högsta domstolen

Innan ordet lämnades över till Fredrik Bergman för en mer framåtblickande analys avrundade Bull med två synpunkter han ansåg särskilt viktiga att bära med sig när amerikansk konstitutionell historia (och samtid) diskuteras. För det första påminde han om den i anglosaxiska system så starka prejudikatbundenheten. Denna innebär att skiften i t.ex. domstolens sammansättning inte nödvändigtvis får det genomslag som varit politiskt förväntat. Särskilt en konservativ domare kan också se ett särskilt värde i att inte rubba en etablerad ordning utan starka argument. I *Planned Parenthood v. Casey* från 1992 kom domstolen att upprätthålla och bekräfta aborträtten fastslagen i *Roe v. Wade* från 1973 trots att många trott att domstolens politiska (konservativa) sammansättning 1992 skulle ha föranlett en annan utgång.

Apropå politiska sammansättningar i domstolen betonade Bull för det andra att vi inte bör låta vår svenska förståelse av ”höger och vänster” och ”konservativa och liberaler” i alltför stor utsträckning färga vår förståelse av begreppen i en amerikansk kontext. Gällande amerikanska domare handlar uppdelningen till stor del om synen på grundlagstolkning, federalism, fri- och rättighetskyddet samt

⁶ Alltså den allmänt etablerade uppfattningen som åtminstone en och annan svensk skulle kunna uttrycka det.

förhållandet till internationell rätt. Konservativa domare tenderar att anse att konstitutionen bör tolkas efter sin ordalydelse, medan liberala domare anser att konstitutionen ska vara ”a living document”,⁷ och något som bör kunna appliceras även på fenomen som i slutet på 1700-talet var okända och som inte nämns explicit i konstitutionen.⁸ Gällande federalism tenderar konservativa domare att vilja decentralisera makten och vilja se ett stort mått av självbestämmanderätt på delstatsnivå. Gällande fri- och rättighetsskyddet menade Bull, å andra sidan, att de konservativa domarna tenderar att uppfatta detta som ett (många gånger alltför stort) hinder mot en stark exekutiv regeringsmakt, till skillnad från liberala domare som ofta haft en mer ”generös syn”. När det gäller internationell rätt, slutligen, framhöll Bull att konservativa domare sällan tillmäter denna någon betydelse för amerikansk rätt, särskilt inte rörande konstitutionella frågor. Liberala domare tenderar däremot att influeras av hur andra (besläktade) rättsordningar ser på frågor om t.ex. dödsstraff och homosexuellas rättigheter. ”Vi lever ju i en rättskultur där saker och ting hänger ihop”, som Bull uttryckte det innan Bergman fick ordet.

5. En konstitutionell kris i antågande?

Bergman tog vid med ett anförande som kom att fortsätta analysen av den amerikanska konstitutionella rättskulturen, men i en mer uttalat samtida kontext. Även han inledde dock med en betraktelse från förr, apropå den modererande Mellbourns möte med Justice Brennan på 1960-talet. Brennan, som av Bergman karakteriserades som en av de ledande liberala domarna i den utpräglat liberala s.k. Warrendomstolen på 1960-talet, ska ha förklarat domstolens funktionssätt genom att uppvisa sin ena hands fem fingrar och lakoniskt sammanfatta med ”five votes”. Fem röster – allt som behövdes för att få majoritet. Som Bergman uttryckte saken säger detta måhända någonting både om en möjlig syn på domstolens roll och på den av Bull beskrivna prejudikatbundenhetens reella bräcklighet.

Bergman gick därefter in på den för samtiden i allmänhet och seminariet i synnerhet så centrala frågan om risken för en konstitutionell kris i USA. Han konstaterade att det knappast råder konsensus kring vad en konstitutionell kris är för något, men att det amerikanska konstitutionella systemet i stort lär hålla även för President Trump. Vi lär dock få se hur denne kommer att vilja testa och tänja på gränserna för presidentämbetets befogenheter. Konstitutionen är över lag kortfattad. Det gäller även såväl dess andra artikel (om presidenten) som den första (om kongressen) och den tredje (om domstolarna) likaledes kortfattad. Konstitutionen säger inte särskilt mycket om vad presidenten kan bestämma vid sidan av att han är Commander-in-Chief och att han har att verkställa de lagar kongressen antar.

⁷ Som Bull påpekade känns detta även igen från t.ex. Europadomstolens syn på Europakonventionen.

⁸ Bull tog upp telefonavlyssning som ett exempel.

Frågan om eventuella oskrivna befogenheter kan vi alltså anta att Trump kommer att testa. Även hans två föregångare, Barack Obama och George W. Bush, försökte i stor utsträckning genomföra sin politik genom s.k. exekutiva ordrar, *executive orders*, snarare än genom kongressen. Att Trump fortsatt på detta spår har snabbt blivit tydligt, inte minst i och med hans mycket uppmärksammade beslut angående inreseförbud. Sett till regeringens argumentation finns ett tydligt släktskap med exempelvis flera av Bushs exekutiva ordrar, där man hävdade att presidentmakten i fråga om nationell säkerhet bör vara mycket vidsträckt och därtill ligga utanför domstolarnas kontrollmakt. Med ett sådant synsätt ligger Trumps inreseförbud utanför domstolarnas befogenhet att underkänna eftersom det skulle tillhöra kärnan i presidentens befogenheter enligt konstitutionen. Det argumentet har dock, som bekant, hittills avfärdats av de federala domstolar som har prövat inreseförbudet.

Bergman gick därpå in mer i detalj på just turerna kring inreseförbudet, eller inreseförbuden. Det första fälldes på grund av att det sannolikt skulle stå i strid med konstitutionens krav på en rättvis rättegång. Ordern innebar, när Trump skrev under den, att alla människor från ett sex stycken särskilt utpekade länder förlorade rätten att resa in i USA, även om de redan fått uppehållstillstånd. De förlorade således i ett slag sina grundlagsskyddade rättigheter och kunde inte få sin sak prövad. Trump valde att inte överklaga det första inreseförbudets underkännande till högsta instans, sannolikt för att han bedömde att han inte skulle vinna. Inreseförbudet skrevs därefter om med en prövningsmekanism, men även denna nya exekutiva order ansågs i federala underrätter strida mot konstitutionens förbud mot diskriminering på religiös grund. Trots att ordern inte nämner någon viss religion ansågs Trumps motiv, bl.a. med hänsyn till hans uttalanden i valrörelsen, vara att hindra muslimer från att resa in i landet.

Bergman framhöll att Trump på goda grunder kan sägas ha ett intresse av att få frågan om hur långt presidentens befogenheter sträcker sig prövad. Rättsläget är trots allt oklart på området. Det ledande rättsfallet på området, *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer* från 1952, gällde dåvarande president Trumans beslut att genom en exekutiv order expropriera privat stålindustri sedan arbetarna hotat med strejk, vilket bedömdes äventyra USA:s militära operationer i Korea. Högsta domstolen underkände beslutet men det finns inget tydligt majoritetsvotum i domen som klart anger hur långt presidentens befogenheter sträcker sig när denne inte agerar med stöd i en lag utan i kraft av president. Vad som skulle kunna beskrivas som "en reell risk för en konstitutionell kris" kan alltså bli ett tillfälle för Högsta domstolen att tydliggöra presidentens befogenheter, som i nuläget är i högsta grad oklara. I praktiken kan det dock bli realpolitiken som får bestämma vad presidenten "kommer undan med". Stödet i kongressen blir i det avseendet avgörande.

Bergmans första spaning var alltså "att Trump kommer att pressa hårt". Huruvida det skulle kunna utgöra eller leda till en konstitutionell kris var Bergman mer försiktig med att spekulera om. Inte ens frågan om vem som ska ha sista ordet angående konstitutionen råder det konsensus kring, även om den etablerade

uppfattningen, som även Bull var inne på, är att det är domstolen som är den yttersta uttolkaren. Många presidenter – Bergman nämnde t.ex. Abraham Lincoln, Franklin D. Roosevelt, Richard Nixon och George W. Bush – ifrågasatte emellertid denna uppfattning. Barack Obama ägnade en del av sitt State of the Union Address år 2010 åt att gå till hårt angrepp mot domstolen till följd av avgörandet *Citizens United v. FEC* från samma år, vari Högsta domstolen menade att valkampanjfinansiering är ett uttryck för yttrandefrihet och därmed inte får begränsas. Det går att argumentera för att konstitutionen binder alla tre statsmakterna lika och att ingen av dem ska ha företräde framför hur presidenten tolkar den. Presidenten har en egen skyldighet att försvara och upprätthålla konstitutionen såsom han uppfattar den. Samtidigt påpekade Bergman att det sätt varpå Trump levererar kritiken skiljer sig från hur tidigare presidenter gjort det. Trump ifrågasätter själva legitimiteten hos de som fattat beslut han ogillar.⁹ Den samlade juristkåren har varit mycket upprörd över *sättet* som han kritiserar domarna på. Enligt Bergman är ett framtida domstolstrots ingen omöjlighet, även om det alltså främst lär betingas av vad Trump själv bedömer att han kan komma undan med.

6. Trump och makten över domstolarna

Därefter gick Bergman över till frågan hur presidenten långsiktigt kan påverka landets domstolar i allmänhet, och den högsta i synnerhet. Han anförde inledningsvis att det brukar sägas att det viktigaste beslut en amerikansk president har att fatta under sin mandatperiod är utnämningen av domare till Högsta domstolen. Eftersom domare i princip sitter på livstid kan en president genom sin utnämningssmakt prägla det amerikanska samhället långt efter att den egna mandattiden löpt ut. Högsta domstolens nio ledamöter dömer alltid i full sammansättning vilket gör att varje domare kan bli avgörande i varje mål. Högsta domstolen tolkar federal lag och amerikansk grundlag, samt delstatslagars förenlighet med federal lagstiftning. Gränsen mellan juridik och politik är i många fall flytande. Inte bara amerikansk politik är polariserad – detsamma kan i allra högsta grad sägas om juridiken, vilket även Bull framhållit. Utnämningen av en domare med samma eller åtminstone liknande ideologiska utgångspunkter blir därmed desto viktigare, även på ett juridiskt plan.

Innan Bergman fördjupade Bulls analys av skiljelinjerna mellan liberala och konservativa domare presenterade han en första definition av liberala domare som sådana som utsetts av demokratiska presidenter och konservativa domare som sådana utsedda av republikaner. Sedan 1970-talet, efter den s.k. Warrendomstolen, har Högsta domstolen med den definitionen varit konservativ.

⁹ Bergman menade senare att Trump på ett liknande sätt ifrågasatte han stora delar av valresultatet såsom *illegitimt* – skälet till att han inte vann *the popular vote* var 3 miljoner illegala invandrades röster, skälet till att han inte vann vissa delstater var ett riggat valsysteem, och så vidare.

Den av Bergman främst fördjupade skiljelinjen rör tolkningen av konstitutionen. Konservativa domare vill främst tolka grundlagen i enlighet med dess ursprungliga innebörd, med en tolkningsmetod som kommit att kallas *originalism*.¹⁰ Argumentet är då att det var den grundlag som antogs för över 200 år sedan som är den som är överenskommen i demokratisk ordning, med dess då förstådda innebörd.¹¹ Liberala domare tenderar att se på grundlagen såsom Europadomstolen sett på Europakonventionen – alltså som något som ska tolkas dynamiskt i takt med samhällsförändringen. Att innebörden skulle kunna ändras över tid utan att grundlagsdokumentet i sig ändrats i demokratisk ordning anser originalister vara odemokratiskt.¹² Flera liberala landvinningar bygger på en dynamisk tolkning av konstitutionen vilket skulle göra dessa illegitima ur ett originalistiskt perspektiv. Samtidigt betonade Bergman (senare under seminariet, liksom Bull) att prejudikatbundenheten mycket väl kan förhindra radikala omvälvningar av etablerad praxis. Justice Antonin Scalia (se vidare nedan) ska enligt Bergman ha kritiserat det epokgörande skolsegregationsmålet *Brown v. Board of Education* såsom felaktigt i och för sig, samtidigt som han aldrig skulle ändra det med hänsyn till respekten för *settled law*. ”I’m an originalist, not a nut”, lär Scalia ha sagt.

Vad som nu sker, anförde Bergman vidare, är att balansen mellan konservativa och liberala domare under Trumps mandatperiod kan komma att ändras betänkligt. En av de mest tongivande konservativa domarna, den ovan nämnda Antonin Scalia, avled i februari 2016.¹³ Då befann sig domstolen i vad Bergman beskrev som ett ”ideologiskt dödläge”, med fyra konservativa ledamöter, fyra liberala ledamöter och en s.k. *swing vote* i form av Anthony Kennedy. Kennedy är i huvudsak konservativ men tenderar att i rättighetsfrågor rösta liberalt. Hans röst blev ofta utslagsgivande. När Scalia avled fick alltså dåvarande President Obama en historisk möjlighet att för första gången sedan Warrendomstolen på 1960-talet säkra en liberalt dominerad högsta domstol. Eftersom man dessutom såg framför sig att Hillary Clinton skulle vinna presidentvalet och därmed kunna säkra ännu fler liberala ledamöter satte emellertid den republikanska dominerade senaten stopp för Obamas planerade utnämning. Senaten släppte över huvud taget inte fram

¹⁰ Bergman framhöll senare under seminariet att originalismen visserligen är ett relativt sentida påfund och i stor utsträckning en reaktion mot den liberala, mycket offensiva Warrendomstolen.

¹¹ Som svar på en fråga senare under seminariet identifierade Bergman förvisso, som en av originalismens svagaste punkter, att det knappast finns några originalistiska belegg för en originalistisk tolkning. Det vill säga: det är svårt att dra slutsatsen att den tänkta innebörden av konstitutionen när denna skrevs var att den under inga omständigheter skulle tolkas dynamiskt.

¹² Som svar på en senare fråga från Percy Bratt, om huruvida det fanns någon mer djupgående filosofisk motivering på originalismen (vilken enligt Bratt utifrån framstod som en smula ”intellektuellt osofistikerad”), framhöll även Bull det demokratiska argumentet som den ideologiska utgångspunkten, och att det av originalister anses finnas en fara att domstolen använder grundlagen på ett sätt som ger den dömande makten orättmätig makt.

¹³ Se vidare den av Bergman författade (och juridiskt bildande) nekrologen Ett amerikanskt original: Antonin Scalia (1936–2016) i SvJT 2016 s. 246.

Merrick Garland, som Obama nominerade, trots att denne var en s.k. *moderate*, en måttfull mittenliberal som Obama trodde att såväl republikaner som demokrater kunde enas om. Sedan Obamas nominering förfallit när kongressen samlades igen i januari 2017, efter att Trump valts, fördes istället den konservative Neil Gorsuch fram som föreslagen ersättare till Scalia. Gorsuch tog plats i högsta domstolen den 10 april 2017.¹⁴

Att en konservativ domare ersätts av en annan är, som Bergman uttryckte det, kanske inte särskilt dramatiskt. Mycket talar dock för att Trump kommer att få utse fler än en domare och därmed ytterligare stärka den konservativa dominansen, kanske för många år framöver. Två av de mest liberala domarna, Justice Ruth Bader Ginsburg¹⁵ och Justice Stephen Breyer som båda utsågs av Bill Clinton, är 84 respektive 79 år gamla. Domstolens s.k. swing vote Justice Anthony Kennedy är 81 år gammal. Det räcker med att Trump får utse en enda domare förutom Gorsuch för att få en utpräglat konservativ domstol. Bergman framhöll att såväl frågor om abort som homosexuellas rättigheter då mycket väl kan få en annan belysning.

Avslutningsvis påpekade Bergman att det inte är enbart i Högsta domstolen som Trump kan få avsevärt inflytande. Presidenten äger också utse underrättsdomare. Vissa bedömare menar att Trump kan komma att bli den president som får utse flest underrättsdomare på 40 år. Om även dessa domare väljs strategiskt kan Trump därmed sätta sin prägel på det amerikanska rättssamhället – och i förlängningen samhället – under en mycket lång tid framöver.¹⁶

7. Åter till ideologiernas genomslag – inte självklar?

Mellbourn påpekade visserligen att förväntningarna på hur en viss domare ska döma inte alltid infriats – ”man beställer ju inte en domare för att den ska bete sig på ett visst sätt.” Justice Felix Frankfurter, utnämnd av demokraten Roosevelt och politiskt progressiv, uppvisade en betydligt mer konservativ sida som ledamot i Högsta domstolen och blev en stark förespråkare för s.k. *judicial restraint*. Det-

¹⁴ Seminariet hölls, som framgår ovan, några veckor dessförinnan.

¹⁵ Om Ginsburg framförde en av seminariedeltagarna följande kuriosas, som förtjänar en plats även i referatet: hon deltog som professor i processrätt i ett forskningsprojekt som 1961–1963 tog henne till Juridiska fakulteten vid Lunds universitet där hon författade en bok om svensk civilprocess på engelska tillsammans med Anders Bruzelius. Senare blev hon hedersdoktor vid Lunds universitet och bär sedan dess doktorsringen därifrån även i högsta domstolen. Ännu idag förstår hon svenska någorlunda. Se även Modéer, A Conversation with Justice Ruth Bader Ginsburg, 2015, samt Ginsburg, A Tribute to Anders Bruzelius, SvJT 2006 s. 882.

¹⁶ Som Clarence Crafoord och Maria Rankka påpekade i den efterföljande diskussionen kan en domarnämning idag potentiellt vara gällande en mycket lång tidsperiod. Neil Gorsuch är t.ex. knappt 50 år gammal och skulle mycket väl kunna bli sittande i åtskilliga decennier. I slutet av 1700-talet kunde man måhända inte räkna med att en domare skulle komma att sitta i trettio, fyrtio eller femtio år, även om Bull i sammanhanget nämnde att Chief Justice Marshall satt från 1801 till 1835.

samma kunde sägas om Justice Byron White, utsedd av (demokratiska) President John F. Kennedy. Bull höll å ena sidan med och tog upp Justice Earl Warren som kanske det viktigaste exemplet – utsedd till chefsdomare av (republikanska) President Dwight Eisenhower men sedermera förgrundsfigur för den mest liberala Högsta domstolen USA hittills skådat. Det i sin tur provocerade fram mycket av den diskussion om domstolens makt som förts sedan dess. Å andra sidan framhöll Bull att processen, trots allt, är oerhört noggrann och att den föreslagna domarens samtliga tidigare domar blir föremål för en mycket genomgående granskning. ”Men hundra kan man aldrig vara”, medgav han.

På samma tema – alltså den reella betydelsen av att en viss domare har en viss ideologisk utgångspunkt – noterades också att det faktiska genomslaget av en utnämning även av andra skäl kan bli ett annat än förväntat. Det framfördes t.ex. att en långvarig konservativ majoritet skulle kunna innebära att Högsta domstolen *inskränker* sin roll och att en ökad decentralisering och rättspluralism blir följden. Bull instämde och framhöll därtill att en konservativ högsta domstol kan leda till ökad aktivitet på en mer liberalt influerad delstatsnivå, t.ex. i Kalifornien och andra delstater med utpräglat demokratisk dominans. Även Bergman lyfte fram den konservativa tendensen att vilja se en ökad makt hos delstaterna, vilket förstås kan leda till olika resultat beroende på vilka strömningar som finns på den nivån.

Bergman menade också att det är mycket ovanligt att Högsta domstolen går helt på tvärs med allmänt etablerade uppfattningar. Delstatspolitik kan alltså i någon mån påverka riktningen i domstolens avgöranden. I fråga om samkönade äktenskap etablerade domstolen det som t.ex. en grundläggande rättighet (i och med *Obergefell v. Hodges* från 2015) *efter* att en majoritet av delstaterna redan erkänt sådana äktenskap – Bergman menade att domstolens avgörande därför inte var ”så revolutionerande”.¹⁷ Bergman drog här paralleller till hur Europadomstolen ofta tolkar vad Europakonventionen innebär; tycks det finnas något som liknar en europeisk konsensus i en viss fråga säger man plötsligt att en grundläggande europeisk rättighet är för handen. Omvänt är t.ex. samkönade äktenskap som bekant inte en grundläggande europeisk rättighet enligt Europakonventionen, *eftersom* en majoritet av konventionsstaterna fortfarande inte accepterar sådana. Til syvende og sidst blir, i en amerikansk kontext, delstaternas hållning alltså märkbar även i federala domstolars avgöranden. Bull karakteriserade detta som att Högsta domstolens avgöranden sällan handlar om att etablera *nya* rättigheter utan om att tvinga in de delstater som ”inte hänger med i utvecklingen” i ledet.

Summa summarum tycks alltså domstolen påverkas av ideologi *både* inifrån och utifrån, samtidigt som ideologierna inte på ett självklart sätt är avgörande för varje avgörande, eller entydigt enhetliga (eller, sinsemellan, polära). Det tycks krävas en viss (nyanserad och initierad) fingertoppskänsla för att kunna följa, förstå

¹⁷ Se även Bergmans längre rättsfallsanalys, *Obergefell v. Hodges*. Domen som legaliserade samkönade äktenskap i USA, SvJT 2015 s. 685 ff.

och förutse det amerikanska konstitutionella spelet även om grunddragen kan framstå som tydliga. Så mycket större anledning att fortsatt intressera sig!

8. Avslutande reflektion – vad angår det oss?

Diskussionen om domstolarnas roll i demokratin pågår ständigt men tycks ha intensifierats på senare år. Det finns all anledning att reflektera över vilken roll europeiska domstolar i allmänhet och svenska i synnerhet bör ha i ett demokratiskt samhälle. Hovrättspresidenten Fredrik Wersäll initierade i början av 2014 en med hans ord ”förhållandevis intensiv debatt”¹⁸ om (ett enligt hans mening alltför långtgående) *rättsskapande* inom (främst) Högsta domstolen.¹⁹ I år har han på nytt dragit igång en diskussion om domstolarnas roll i ett demokratiskt samhälle; denna gång dock med ett fokus på hur domstolarnas oberoende kan och bör stärkas i ljuset (eller snarare skuggan) av auktoritära strömningar inom Europa.²⁰ Det kan måhända låta dystert att påpeka att problemen näppeligen är exklusiva för t.ex. Polen och Ungern, där sådana strömningar fram tills förhållandevis nyligen var helt och hållet institutionaliserade (med andra ord: länderna har trots allt inte varit demokratier särskilt länge). Även i USA, den kanske främsta symbolen för (modern) västerländsk civilisation och med snart 250 års demokrati i ryggmärken,²¹ är frågorna i allra högsta grad levande. Pessimisten kan alltså konstatera att inte ens maktindelningens förlovade supermakt är immun mot auktoritarianismens sjuka. Optimisten uppmärksammar emellertid att det i just USA pågått en liknande diskussion under mycket lång tid och att demokratins grundvalar trots allt visat sig robusta. Den politiskt och juridiskt intresserade europén – pessimist eller optimist – bör oavsett vad veta att blicka västerut.

¹⁸ Wersäll, Ökad domarmakt och makten över domstolarna, SvJT 2017 s. 2.

¹⁹ Se t.ex. Fura, En offensiv högsta domstol – en kommentar, SvJT 2014 s. 101 ff.; Wiklund, Om Högsta domstolens rättsskapande verksamhet – löper domstolen amok?, SvJT 2014 s. 335 ff.; Josefsson, Domstolarna och demokratin, SvJT 2015 s. 40 ff.; Kleineman, Från prejudikatinstans till lagstiftare? Högsta domstolens ökade aktivism, Juridisk Tidskrift 25 år, JT 2014–15 s. 495 ff.; Zetterquist, Offensiva domstolar – en (konstitutionell) principfråga, ERT 2015 s. 77 ff.; samt Lindskog, Dag och jag och Högsta domstolen, SvJT 2015 s. 415 ff. och Derlén/Lindholm, Judiciell aktivism eller prejudikatbildning?, SvJT 2016 s. 143 ff. (vilken till viss del sammanfattar diskussionen).

²⁰ Wersäll, Ökad domarmakt och makten över domstolarna, SvJT 2017 s. 1 ff. samt Melin/Lindskog, Domstolarnas oberoende behöver stärkas, SvJT 2017 s. 345 ff.

²¹ Låt vara i vissa avseenden kraftigt begränsad innan Nineteenth Amendment 1920 och Voting Rights Act 1965.

