

USA:s högsta domstol*

CLAES SANDGREN**

The United States Supreme Court är en mäktig och mytomspunnen institution som är föremål för en strid ström av studier. Denna korta översikt som bygger på några nyutkomna arbeten (se bilagan) är ett försök att teckna några huvuddrag och tendenser.

1. Domstolens symboler

Domstolens ställning i amerikanskt samhällsliv understryks av dess majestätiska marmorbyggnad i klassisk stil – med sex och ett halvt ton tunga bronsdörrar – belägen mellan Capitolium (Kongressens byggnad) och Library of Congress. Byggnaden som togs i bruk 1935 har 44 trappsteg som leder till de dubbla rader av 8 massiva kolumner som bär upp byggnadens tak. Trappan s.a.s. lyfter domstolen upp över Capitolium till en plats ovan politikernas dagliga tråtor. I vart fall var det så som arkitekten Cass Gilbert tänkte när han utformade det nya hemmet för, som han sade, »the greatest tribunal in the world, one of the three great elements of our national government».

Särskilt domstolens ordförande har en roll i många ceremoniella sammanhang, såsom att svära in nya presidenter, och domstolen omger sig med utstuderade ritualer för att markera sin centrala plats i statsskicket. När domstolen skulle ta avsked av sin avlidne ordförande, William Rehnquist, i september 2005 samlades Rehnquists alla 105 biträden (»law clerks») under hans 33 år vid domstolen och 7 av dem, däribland Rehnquist efterträdare John Roberts, bar kistan upp för de 44 trappstegen in i byggnaden. Till vänster stod alla övriga 98 biträden och till höger i anciennitetsordning Rehnquists kolleger.

Domstolens byggnad, dess ritualer, dess traditioner och domarnas klädsel har syftet att bidra till domstolens auktoritet och legitimitet och att göra domstolen till en symbol kring vilken nationen kan samlas.

* Madeleine Leijonhufvud och Peter Westberg har lämnat synpunkter på ett utkast till denna artikel. Jag är dem stort tack skyldig.

** Innehavare av Torsten och Ragnar Söderbergs professur i rättsvetenskap.

Det är tradition att den yngste ledamoten ordnar en välkomstmiddag för en nyutnämnd ledamot. När Samuel Alito, den senast utsedde (2006), tillträtt inkallades domstolens egen »food preparation specialist» och staben ordnade en repetitionsmiddag kvällen före för att försäkra sig om att allt skulle avlöpa protokollsenligt. När domarna anlände med sina makar jämte änkor efter avlidna ledamöter hälsades de av Marinkårens orkester. Men yngste ledamoten, Stephen Breyer, överraskade alla. En gigantisk best i grön päls klädd i Philadelphia Phillies tröja trädde plötsligt in i matsalen och kastade sig över Alito (denna »The Phillie Phanatic» är maskot för Alitos favoritlag i baseball). Det finns utrymme för skämt som bryter högtidligheten.

2. Utnämningsprocessen

Utnämningsprocessen utmärks av öppenhet och ingående granskning av presidentens kandidat inför och i Senatens utfrågning av denne. Granskningen omfattar alla slags meningsyttranden, såsom domar, artiklar i tidskrifter, inlagor till rätten och debattinlägg i medierna. Den är numera långt mer intensiv och närgången än den var för ett par decennier sedan vilket bär vittnesbörd om domstolens betydelse. Det är inte bara FBI, Vita Huset och senatsutskottet som nagelfar tänkbara kandidater utan även medier och lobbyorganisationer. Sedan president Bush nominerat Roberts fick medierna tillgång till dokument om 75 000 sidor. När Alitos kandidatur blev känd mobiliserade organisationen People for the American Way – som verkar för medborgerliga rättigheter och på sin tid lyckades stoppa Robert Bork från att bli godkänd – sina 750 000 medlemmar för att hindra Alito från att bli godkänd.

Senatens utfrågning syftar till att bedöma kandidatens kvalifikationer, vandel och uppfattningar i rättspolitiskt kontroversiella frågor. Det har tidigare ansetts att en kandidat inte kunde få Senatens godkännande om han eller hon inte ställde sig bakom vissa helt centrala ställningstaganden av domstolen men ingen av de senast utfrågade domarna, John Roberts och Samuel Alito (domare nr 109 och 110 i domstolens annaler), var beredd att i senatsförhören klargöra sin uppfattning i t.ex. abortfrågan. De blev likväl båda godkända bl.a. i kraft av sina kvalifikationer. Roberts hade främst utmärkt sig som ett mycket skickligt ombud i Supreme Court, där han uppträtt i 39 mål, troligen rekord i modern tid, men hade också med sig en kort men lyckad tjänst i federal appellationsdomstol. Alito blev godkänd tack vare sina akademiska meriter och lovordade tjänstgöring som domare likaså på appellationsnivån.

De senatsgranskningar som leder till att en kandidat faller igenom röner naturligtvis mycket uppmärksamhet. Ett omtalat exempel är Robert Bork, mycket konservativ domare i appellationsdomstolen (D.C. Circuit) som hade en vacker akademisk karriär bakom sig vid Yale Law School. Han fälldes 1987 i första hand av en artikel i rasfrågor som publicerats 24 år tidi-

gare. President Reagan nominerade då Douglas Ginsburg som stupade på att han som professor vid Harvard Law School hade rökt marijuana. Ett misslyckande av färskt datum är president Bush jrs nominering av sin rättschef, Harriet Miers, som hösten 2005 drog sig tillbaka under förnedrande former p.g.a. att hennes kompetens och erfarenhet inte ansågs hålla måttet. Hon blev så hårt åtgången att hon återkallade sin kandidatur trots att hon troligen skulle ha blivit godkänd av Senaten.

Mest uppmärksammas dock den infekterade och utdragna granskning 1991 som Clarence Thomas utsattes för på grund av de anklagelser för sexuella trakasserier som riktades mot honom av Anita Hill, tidigare medhjälpare till Thomas. Trots att åtskilliga komprometterande omständigheter kom i dagen under den utdragna granskningen lyckades han bli godkänd, dock med minimal marginal.

3. Domstolens rekrytering

Rekryteringsbasen för domstolen har av tradition varit smal: stora advokatbyråer, elituniversiteten och de federala domstolarna har varit de främsta källorna. Basen har varit begränsad också så till vida som minoritetsgrupper och kvinnor först under senare decennier fått säte i domstolen. Den förste afroamerikanske domaren var Thurgood Marshall som hade varit ombud i mål om svartas medborgerliga rättigheter och bl.a. vunnit målet *Brown v. Board of Education* som förbjöd rassegregering; han utnämndes 1967. Därefter kom Clarence Thomas som utnämndes 1991 och alltså sitter i domstolen. Antonin Scalia var den förste av italienskt ursprung när han utnämndes av president Reagan 1986. Det finns ännu ingen domare som har asiatiskt eller spanskt/spanskamerikanskt ursprung.

Domstolen är en manlig bastion. Sandra Day O'Connor utnämndes 1981 av Reagan som första kvinnliga ledamot av domstolen. O'Connor åtföljdes 1993 av Ruth Bader Ginsburg, då känd för bl.a. publikationer om feministisk rätt (och för övrigt kreerad till hedersdoktor i Lund 1969). O'Connor lämnade domstolen 2006 varför Ginsburg numera är ensam kvinna i denna.

Rekryteringen till domstolen har genomgått viss förändring under senare decennier. Tidigare rekryterades många ledamöter bland advokater, juristprofessorer och politiker. De senast utnämnda domarna har alla hämtats från de federala appellationsdomstolarna, vilka i sin tur ofta får sina ledamöter från de nämnda grupperna. Att flertalet presidenter föredrar att nominera domare beror på att dessa i sitt dömmande gjort klart var de står i kontroversiella ämnen, varför risken för att nya ledamöter skall döma på annat sätt än det förväntade reduceras. Eisenhower, Reagan och Bush Sr

är presidenter som bränt sig rejält genom att utnämna domare som visade sig vara långt mer liberala än de föreställt sig.

President Clinton ville dock inte ha »footnote people» – domare i USA förser gärna sina domar med mängder av fotnoter – när han 1993 fick chansen att utnämna en ledamot och vände sig i tur och ordning till guvernören i New York, Mario Cuomo, senatoren George Mitchel och utbildningsministern Richard Riley. Alla tre politikerna avböjde dock. Clinton kom i en besvärlig situation och fick behov av ett säkert kort. Hans stab föreslog då Stephen Breyer, chef för appellationsdomstolen i Boston och tidigare professor vid Harvard Law School i förvaltningsrätt men Clintons intervju med denne »footnote person» föll inte väl ut. Hela denna utdragna process slutade med att han nominerade Ruth Ginsburg, tidigare första kvinna att vara ordinarie professor vid Columbia Law School och sedermera ledamot av appellationsdomstolen i D.C. Circuit, den näst viktigaste domstolen i USA. Hon godkändes utan tvekan av Senaten. Breyer utnämndes för övrigt följande år.

Utnämningen av ledamöter av domstolen anses vara ett av de främsta medlen för en president att sätta bestående präge på landets politik. President Carter är den ende presidenten i USA:s historia som suttit en hel mandatperiod men likväl inte fått möjlighet att utnämna en ledamot. President Clintons utnämningar av Ginsburg och Breyer har visat sig vara ett par av hans mest framsynta beslut. 2005 och 2006 fick domstolen en mer konservativ sammansättning som en följd av utnämningarna av Roberts och Alito, en utveckling av domstolen som mycket väl kan komma att ses som president Bushs främsta politiska framgång.

4. Ledamöterna

Domstolens ledamöter är utnämnda på livstid. Fastän de i likhet med alla federala domare kan avgå med full pension efter 15 år i tjänst brukar de sitta kvar högt upp i åren. Dagens ledamöter är i genomsnitt 67 år (2008); John Paul Stevens sitter vid 88 års ålder fortfarande på bänken.

De nuvarande nio ledamöterna har en ensartad profil. Alla har studerat vid en av elitfakulteterna. Inte mindre än sex av de nio har studerat vid Harvard Law School. Sex av dem har tjänstgjort i offentlig tjänst såsom Justitiedepartementet eller liknande och sex av dem har varit praktiserande jurister. Fem har varit akademiska lärare. Så gott som alla har skrivit böcker och/eller artiklar. Alla nio var i tjänst i appellationsdomstol när de utnämndes till ledamot av domstolen. En majoritet av ledamöterna i dagens domstol (Breyer, Ginsburg, Kennedy, Scalia, Stevens) hade alla nu nämnda slag av erfarenhet när de nominerades. En skillnad mot tidigare kutym är att ingen av ledamöterna har gjort en politisk karriär. Av de nio

är sju utnämnda av en republikansk president och två (Ginsburg och Breyer) av en demokratisk.

Ledamöterna biträds i arbetet av sina »law clerks». De har i regel fyra sådana var. Dessa biträden som vanligen är mellan 25 och 30 år är f.d. toppstudenter från de ledande juridiska fakulteterna. De samlar material, gör memoranda om argumenten i olika mål och skriver i många fall första utkast till dom.

Domstolens ledamöter har högt anseende för sin intellektuella kapacitet och har enorm prestige. De håller föredrag, deltar i debatter och i TV-utfrågningar och skriver böcker. Mycket är känt om deras privatliv, bl.a. genom de redovisningar av inkomster och gåvor som de gör varje år. Thomas fick ett förskott av sitt förlag på 1,5 miljoner US \$ för att skriva sin självbiografi. Vissa av dem är väl kända för den amerikanska allmänheten och har nära nog idolstatus. Liberalen William J. Brennan (utnämnd 1956) som fick ett mycket stort inflytande under sina 34 år i domstolen brukade mötas av en beundrarskara när han kom till domstolen. Domarna har högt anseende även utomlands. När t.ex. Sandra Day O'Connor besökte Kina togs hon emot av presidenten. Vissa ledamöter reser mycket. Ett exempel är Anthony Kennedy som ena dagen kan möta sultanen av Malaysia, nästa dag tala inför 400 domare i Dubai och sedan fara vidare för att besöka Old Bailey. Många av domarna är roade av att hålla föredrag, undervisa, göra resor m.m. därför att de är isolerade i sitt dagliga arbete. Breyer har uttryckt detta så: »Allt vi gör är att läsa och skriva. Är man duktig i skolan med att göra sina läxor så får man göra läxor resten av livet.»

Ledamöterna är självsäkra – för att inte säga självtillräckliga – personer som gärna tar ut svängarna i medvetande om sin uppburna ställning. Domarna kan vara mycket bitska i förhandlingarna inför domstolen, där ombuden brukar få 30 minuter var för plädering. Dessa förutsätts kunna målet på sina fem fingrar. När Scalia ställde en fråga till ett ombud i ett mål och denne började bläddra i sina papper väste Scalia: »Säg Bingo när ni har funnit svaret!» Ombuden antas föra fram enbart noga övervägda argument. I ett mål om fångarna i Guantánamo Bay menade Solicitor General (regeringens ombud) att Kongressen i ett beslut *implicit* hade upphävt »the writ habeas corpus» för personer utanför USA:s territorium. David Souter ropade blixtnabbt till Solicitor General: »The writ is the writ!»

Ett egenartat förhållande är att de federala domarna inte haft en löneförhöjning på åtskilliga år. En ledamots årsinkomst är 203 000 \$ (2006), alltså vida mindre än en framgångsrik Wall Street-jurist och mindre än en ledande professor vid något av elituniversitetet. Som advokat tjänade Roberts väl en miljon \$ per år. Det har troligen inte hänt att någon av ekonomiska skäl avböjt ett erbjudande att bli ledamot av Supreme Court. Däremot fortsatte Abe Fortas, som fått en lönereduktion med 80–90 % när han inträdde i domstolens tjänst, att uppbära sidoinkomster från näringslivet. När detta blev känt 1966 blev han tvungen att avgå.

5. Ordföranden

Domstolens ordförande har bara en organisatorisk och procedurell roll men kan ändå få stor betydelse för att hålla samman domstolen och att överbrygga meningsmotsättningar. Den kanske främst av dem alla, John Marshall, som hade befattningen 1801–1835, tillträdde sitt ämbete i en svår tid för domstolen och vann sig om enighet som ett medel att hävda domstolens ställning. Earl Warren verkade i samma anda och han lyckades bl.a. få domstolens ledamöter att 1954 ena sig om att förbjuda rassegregering (*Brown v. Board of Education*). Rehnquist såg sin roll som ordförande på samma sätt.

Dagens ordförande, John Roberts, den sjuttonde i ordningen, är kritisk mot vissa företrädare i ämbetet – i flera fall f.d. professorer – som mästrade sina domstolskolleger och strävade efter en konsekvent och teoretiskt hållbar rättstillämpning. Roberts menar att detta bara motverkar enighet och han förespråkar själv en pragmatisk hållning som låter fakta – inte teorier – vara utgångspunkt för bedömningarna. Roberts söker åstadkomma ökad enighet med ett inkluderande arbetssätt och med hjälp av snäv domskrivning som tar sikte på omständigheterna i det särskilda fallet. Han lyckades väl med detta under sitt första år då 45 % av domarna var enhälliga men under hans andra år var siffran så låg som 25 %, d.v.s. långt under de ca 40 % som över åren varit vanligt. Mest iögonenfallande var kanske att 33 % av målen såväl 2006 som 2007 avgjordes med rösterna 5–4, en frekvens utan motstycke i domstolens historia. Många av prejudikaten är därför sårbara.

Domarna är mycket angelägna att få skriva dom i mål som är av stor betydelse och den vägen få sitt namn förbundet med de »stora avgörandena». Detta ger ordföranden makt som en följd av att han bestämmer vem som skall skriva domen i de fall som han tillhör majoriteten. Han kan då välja den som är konsensusinriktad och kan finna skrivningar till vilka fler kan ansluta sig. I vissa fall kan valet t.o.m. säkra att skrivningarna blir sådana att majoriteten förblir intakt, d.v.s. ingen tveksam »byter sida». Tillhör ordföranden minoriteten är det den äldste i tjänst inom majoriteten som bestämmer vem som håller i pennan för denna.

6. Domstolens avgöranden

Majoriteten av domstolens ledamöter strävar numera efter snäva skrivningar som reducerar risken för oenighet och ifrågasättanden. De går härvid i O'Connors fotspår. Hennes röst skapade ofta en majoritet samtidigt som hon avgav ett särskilt yttrande som begränsade räckvidden av majori-

tetens domskäl. Detta gav henne stort inflytande och utrymme att modifiera sin position nästa gång som domstolen hade att ta ställning till en snarlik fråga. Domstolen har de bägge senaste åren i åtskilliga mål frångått prejudikat utan att säga att så har skett. Det har underlättat för ledamöterna att ena sig men frustrerat de konservativa domarna Scalia och Thomas eftersom de önskar att rättsbildningen skall ske i all öppenhet.

Domarna är ofta mycket utförliga med talrika hänvisningar till litteratur av diverse slag. Det är tydligt att ledamöternas biträden (»law clerks») tillbringar stor del av sin tid i domstolens välförsedda bibliotek och ägnar mycket möda åt att finna belägg i litteraturen – ibland t.o.m. av medicinsk eller tekniskt slag – till stöd för sina domares vota. Domstolen brukar motta ett stort antal utlåtanden från amici curiae – organisationer och individer som inte är parter i målet – som vill påverka domstolens ställningstaganden. Dessa utlåtanden citeras ofta eller omnämns i de fall som de har haft inflytande på domstolen.

Det behövs fyra ledamöters röster för att prövningstillstånd skall beviljas. Domstolen mottar varje år ca 7 000–8 000 ansökningar om sådant tillstånd. Av dessa brukar 80–100 bifallas. »Law clerks» spelar en central roll i arbetet med att bedöma ansökningarna.

Ledamöterna månar om en elegant språklig utformning av sina vota, ibland med val av ord och formuleringar som hämtas från klassiska domar långt tillbaka i tiden. Domarnas temperament kommer till uttryck även i deras stil och språkbruk som kan skilja sig kraftigt åt och ofta lätt känns igen. Vissa formulerar sig knappt och koncist medan andra skriver personligt och temperamentsfullt. När domstolen beslutade att inte riva upp domen i målet *Miranda v. Arizona*, utgöt Scalia sin vrede över kollegerna i ett avvikande votum: »Dagens dom omvandlar *Miranda* från en milstolpe i rättskipningens överdrifter till en Cheopspyramid (eller kanske en sfinx vore en bättre analogi) av domstolsarrogans.»

Supreme Courts domar har ett stort antal *dissenser*. Sådana domar – särskilt »5–4-domarna» – tilldrar sig stor uppmärksamhet och är ett återkommande tema i debatter om domstolens roll och auktoritet. Medierna publicerar tabeller som visar hur domarna röstar och vilka domare som röstar tillsammans med andra. Det finns i domarkretsen något olika uppfattningar om dissenser. Roberts anser att oenighet skadar domstolens trovärdighet och legitimitet och innebär en »personifiering» av dömandet; engelsk kutym att var och en skall säga sitt (»seriatim») står inte högt i kurs. Flera domare är också medvetet restriktiva med att skriva sig skiljaktiga medan Scalias många och vidlyftiga dissenser vittnar om en motsatt inställning. Hans vota liknar artiklar i tidskrifter och citeras mycket ofta men han formar i liten utsträckning domstolens praxis. Det faktum att han som domare fortsätter att skriva ungefär som den juristprofessor han en gång var kan komma att gå ut över hans eftermäle. Erfarenheten visar nämligen att många domare som utmärkt sig för akademisk briljans i historiens ljus är mindre respekterade än de kollegiala pragmatikerna. Än

mer isolerad står Thomas, den mest konservativa domaren. Han har knappt författat någon dom av stor betydelse, eftersom det i stort sett aldrig är möjligt för en majoritet att ställa sig bakom hans skrivningar.

Särskilt Ginsburg har i anföranden hävdad inställningen att talrika avvikande vota avleder uppmärksamheten från det väsentliga i domstolens arbete. Även hon kan dock tappa tålamodet. I talande kontrast till sin inställning skrev hon sig skiljaktigt flera gånger år 2007, bl.a. i målet *Ledbetter v. Goodyear* som handlade om lika lön för kvinnor. Majoriteten om fem domare fick sig en rejäl uppsträckning av Ginsburg, som engagerat sig i detta ämne redan som juristprofessor. Hon antydde att hennes fem konservativa kolleger var utom hjälp och avslutade sin dissens med en vädjan till Kongressen att ändra lagstiftningen.

Domarna brukar inte spara någon möda när de utformar sina dissenser i mål av betydelse eftersom de i många fall är övertygade om att majoriteten har fel och att deras dissenser en dag skall bli domstolens mening. Och inte sällan faller domstolen tillbaka på en tidigare dissens i ett prejudicerande avgörande när den sätter prejudikatet åt sidan. Detta ses naturligt nog som en triumf för den framsynta domare som såg ljuset före majoriteten.

En domare som kan synas vara utan inflytande kan alltså med tiden »få rätt». Ett exempel är J. M. Harlan, som satt i domstolen 1877–1911. Harlan, som kom från en slavägarfamilj, kämpade för de svartas rättigheter och för den federala regeringens rätt att skydda ekonomiskt svaga personer (mot delstatlig lagstiftning). Han hävdade 1896 att segregering av svarta och vita i järnvägsvagnar stred mot konstitutionen: »Our constitution is color-blind and neither knows nor tolerates classes among citizens». Han var ensam i domstolen om den uppfattningen. Först 1954 förbjöd domstolen rassegregering i skolorna och inte förrän 1964 anslöt sig det politiska etablissemanget genom att Kongressen antog Civil Rights Act.

7. Prejudikatläran (»stare decisis»)

Domarnas instinkt är att värda gamla prejudikat och i många av dagens domar återklingar föregångarnas röster. Ledamöterna är högst medvetna om värdet av förutsebarhet. När den konservativa majoriteten upphävde prejudikatet åren 2006–2007 var värdet av stabilitet ett av den liberala minoritetens huvudargument mot ändringarna i åtminstone sex av målen.

Likväl är det inte ovanligt att Supreme Court ändrar sin praxis, särskilt i konstitutionella mål. Skälen kan vara domares tillträde, domares ändrade uppfattningar, kritik mot domstolens avgöranden, andra domstolars avgöranden och förskjutningar i samhällsklimatet. Domstolens praxis kan sägas vidimera en vanlig uppfattning, nämligen att konstitutionella mål beslutas

på grundval av »political judgment» och att en sådan bedömning inte kan kallas rätt eller fel.

Det är inte sällan känt att domare finner tidigare domar felaktiga och därför bör omprövas och det förekommer att domare går ut och säger att de misstagit sig. Sådana uttalanden kan förebåda en ny kurs. Ett exempel är att Lewis F. Powell 1986 i en 5–4-dom hade accepterat att en delstat kunde kriminalisera homosexuella handlingar mellan vuxna (*Bowers v. Hardwick*) men i ett anförande inför juridikstudenter förklarade han att han ångrade sig. Han insåg att domen blivit frånsprungen av den allmänna opinionen. En utdaterad ideologi kan dock leva kvar ganska länge. Först 2003 tog domstolen chansen att upphäva *Bowers* (*Lawrence v. Texas*).

Ett exempel av motsatt slag är att förre ordföranden William Rehnquist (i likhet med Scalia) hade uttalat sig ytterst kritiskt till domstolens dom i det nämnda målet *Miranda*, som ger gripna personer långtgående rättigheter. Han hade t.o.m. skrivit en sång som gjorde narr av domen och låtit förstå att denna borde rivas upp. Det antogs därför allmänt att han skulle ta tillfället i akt när ett sådant yppades. Men han gjorde tvärtom i ett mål år 2000 för att slå vakt om »stare decisis». Han t.o.m. skrev majoritetens votum (i en 7–2-dom). Hans motivering var att principen att en polis skall läsa upp en gripens rättigheter utgjorde en del av »our national culture» (*Dickerson v. United States*).

Thomas (och i viss mån Scalia) intar en särställning också i fråga om »stare decisis». Anser domarna att en dom är felaktig skall den ändras, punkt slut, menar Thomas, som i så måtto inte respekterar stare decisis. Han är följaktligen beredd att riva upp ett mycket stort antal av de ledande avgörandena, inklusive den ledande domen om abort, *Roe v. Wade*.

8. De politiska falangerna

Domstolen har långa tider haft motsättningar mellan konservativt och liberalt sinnade domare. Mycket av det konservativa tänkandet idag härrör från en rörelse benämnd »The Federalist Society» som hade akademikern Robert Bork som inspiratör. Han lade den teoretiska grunden för »originalism», dvs. ståndpunkten att konstitutionen skall tolkas bokstavligt med utgångspunkt i grundlagsfädernas avsikter. De liberala domarna däremot menar att konstitutionen bör vara ett levande dokument som skall tolkas utifrån de värderingar som råder i var tid liksom den politiska kontexten.

Dessa motsättningar kommer i dagen främst i ideologiskt präglade mål, t.ex. om abort och mänskliga rättigheter. Motsättningarna kan t.o.m. leda till ren politisering. Domen i målet *Bush v. Gore* år 2000 om omräkningen av röster i presidentvalet framstår som exempel på en sådan politisering av

sämsta slag. De konservativa, republikanskt utnämnda domarna gillade Bushs talan på föga övertygande skäl, medan den liberala minoriteten röstade för Gore. Majoritetens osjälvständighet i detta mål – om än mer skenbar än reell – gav domstolens anseende en rejäl knäck. Detta får dock ses som ett undantag. Domarna brukar ha hög integritet. Ett känt exempel är målet *Youngstown Sheet & Tube v. Sawyer* i vilket domstolen 1952 i en politiskt mycket känslig fråga förklarade att president Truman handlat okonstitutionellt trots att alla ledamöterna var utsedda av Truman eller dennes demokratiska företrädare Franklin D. Roosevelt.

År 2004 ådrog sig Bush-administrationen ett förödmjukande nederlag när domstolen med rösterna 6–3 beslutade att fångarna i Guantánamo Bay skulle ha rätt att få sin sak prövad i amerikansk domstol (*Rasul v. Bush*). På motsvarande sätt ogiltigförklarade den i huvudsak republikanskt utnämnda domstolen 2006 president Bushs beslut att inrätta särskilda militära kommissioner för att lagföra s.k. kombattanter som sitter i fängelset i Guantánamo Bay (*Hamdan v. Rumsfeld*).

Domstolen är numera splittrad i politiska falanger. Bush jrs utnämningar av Roberts år 2005 och Alito år 2006 som ersättare för Rehnquist och O'Connor har skapat en konservativ kärngrupp i form av dessa två samt Scalia och Thomas. Även om åtskillig pragmatism kan bryta igenom är grundackordet i de senaste årens domar konservativt. I en dissens i abortmålet 2007 *Gonzales v. Carhart* skrev Ginsburg således att utgången i det målet berodde på att domstolen hade en annan sammansättning än den som förelåg när domstolen senast hade att bedöma en restriktiv abortreglering.

Det är inte ovanligt att domares allmänna hållning ändras under loppet av deras tjänstgöring. Rehnquist blev med tiden alltmer pragmatisk och O'Connor som vid sin utnämning uppfattades vara klart konservativ hamnade efter en tid snarare i mittfåran. Hon blev inflytelserik genom att sitta i en »vågmästarposition» i domstolen och fick ett stort inflytande även därför att hon lyckades inta positioner som stämde väl överens med den amerikanska allmänhetens. Som en följd att så många av dessa avgöranden var »5–4-domar» är det dock svårt att veta om hennes inflytande varar.

Det finns skiftningar inom det konservativa blocket. En äldre generation av konservativa var skeptisk mot regeringsmakten mot bakgrund av de överdrifter som New Deal stod för i deras ögon. En senare generation – Alito, Scalia och Thomas – menar att landet behöver en stark verkställande makt. De tre nämnda är också konsekventa och opragmatiska i sina ställningstaganden; de principer som en dom uttrycker är viktigare än dess praktiska konsekvenser. Scalia, som gärna ser att den ideologiska undertexten avtäcks, brukar göra narr av pragmatiska argument. Mest principfast är måhända Thomas, den afroamerikanske domaren, som ådragit sig det afroamerikanska USA:s vrede. Han är bl.a. mest benägen av de nio att

acceptera dödsdömdas avrättningar och även helt negativ till positiv särbehandling av minoriteter (han blev för övrigt antagen på Yale Law School tack vare positiv särbehandling).

9. Tvisteämnena

Supreme Court är högsta federala appellationsdomstol i USA och har behörighet att pröva mål inom en rad rättsområden inom t.ex. affärsjuridik, skatterätt, straffrätt, immaterialrätt osv. Många av dessa rättsområden är relativt okontroversiella från rättspolitisk synpunkt och vållar inte grundläggande motsättningar mellan domarna. De uppstår främst i tvister av konstitutionell art.

Ett av de tvisteämnena som skiljer konservativa och liberaler gäller principerna för domstolens *tolkning* av konstitutionen. Som framgått förespråkar de konservativa domarna en tolkning i linje med grundlagsfädernas uppfattning och fäster stor vikt vid landets traditioner. De är också böjda att tolka lagar efter deras ordalydelse som ett sätt att säkerställa respekten för en demokratisk majoritet. De konservativa domarnas tolkningsfilosofi (»judicial restraint») är naturlig därför att den minskar utrymmet för domarnas personliga uppfattningar. Vänstern (liberalerna) däremot förordar »judicial activism» och vill frigöra sig från grundlagsfädernas syn i sin lagtolkning. De konservativa domarna har dock svårt att iakttä en judiciell återhållsamhet i de fall som denna skulle leda till resultat som strider mot deras övertygelse. De kritiseras för att de vill återinföra bön i skolorna, förbjuda positiv särbehandling och tolka mänskliga rättigheter snävt utan att ha stöd för detta i konstitutionens lydelse eller ursprungsmening.

Rätten till *abort* har varit och är den kanske största och mest kontroversiella frågan i amerikansk rättspolitik, tidvis t.o.m. i amerikansk politik över huvud taget. Supreme Courts dom 1973 i målet *Roe* utlöste en rörelse med huvudmålet att begränsa utrymmet för domarnas personliga uppfattningar (»judicial discretion») till förmån för tolkningar i linje med lagstiftarnas, särskilt grundlagsfädernas, intentioner. Domstolens argumentation till stöd för rätten till abort har också svängt. Från att i *Roe* ha varit en fråga om privatlivets helgd som grund för en rätt till abort är det numera snarare kvinnans rätt att bestämma över sitt liv och sin kropp, en form av jämställdhet, som betonas av liberalerna.

Ett annat av de stora tvisteämnena rör *delstaternas* ställning. De konservativa vill slå vakt om deras självständighet och tvekar därför att ogiltigförklara lagar som antagits av delstaternas lagstiftande församlingar. Liberalerna däremot vill se den amerikanska rättsordningen som ett medel att hålla ihop den splittrade nationen och vill sätta åt sidan sådana delstatliga

lagar som uppfattas som främmande för de amerikanska idealen. De konservativa domarna är benägna att ge de bägge valda statsmakterna – Kongressen och regeringen – en starkare ställning än den tredje statsmakten, medan liberalerna är böjda att ställa de tre på samma fot.

Utländsk rätt som källa för tolkning av konstitutionen har blivit ett tvisteämne under senare år. De liberala ledamöterna har sedan 1999 börjat hänvisa till utländsk rätt som ett hjälpmedel för att tolka konstitutionen, exempelvis till stöd för uppfattningen att mördare under 18 år inte bör avrättas. De konservativa har en annan uppfattning. Thomas har uttalat att domstolen aldrig borde »[...] impose foreign moods, fads, or fashions on Americans.»

De konservativa vill få till stånd ändringar på en rad kontroversiella områden. De vill stärka den verkställande maktens befogenheter på Kongressens bekostnad; de har en mer positiv syn på dödsstraffet och verkställighet av dödsdomar; de ser mindre positivt på homosexuellas och andra minoriteters rättigheter; de vill förbjuda positiv särbehandling och ge ökat utrymme åt religion inom det allmänna, exempelvis i skolorna. Många av de domar som avkunnades år 2007 gick också i konservativ riktning varför president Bush på denna väg kunde flytta fram sina positioner inom de nämnda ämnesområdena.

Man kan notera att de konservativa inte alltid har så lätt att finna en konsekvent väg. Å ena sidan vill de ålägga sig »judicial restraint» och inte underkänna beslut av Kongressen, en folkvald institution i motsats till domstolen. Å andra sidan vill de värna delstaternas självständighet och därför skydda dem mot federala ingrepp. När Kongressen utfärdar skyddslagstiftning (om t.ex. arbetstider eller minimilöner) som intervenerar i delstatlig lag får de svårt att legera sina bägge synsätt, varför de saknat en konsekvent linje i denna typ av mål.

10. Domstolens legitimitet

Ledamöterna är inte ansvariga inför någon och de är utnämnda på livstid. Likväl är deras personliga uppfattningar i rättspolitiskt kontroversiella ämnen i hög grad bestämmande för domstolens utslag. Risken för ett legitimitetsunderskott är uppenbar.

Utnämningsprocessen ger dock viss legitimitet åt domstolens ledamöter. Presidenten väljer kandidater inte bara med hänsyn till deras kvalifikationer utan även på grundval av sina politiska övertygelser. Utnämningsprocessen äger rum i stor öppenhet och varje kandidat granskas ingående. Senatens godkännande innebär att domarna kan s.a.s. härleda sin makt från en folkvald församling.

Mer betydelsefullt är emellertid att domstolen tillvunnit sig en reell legitimitet tack vare att dess rättspolitiska linje löpt parallellt med de amerikanska medborgarnas åsikter. Det är en vanlig uppfattning att de viktigare målen under den senaste 15-årsperioden skulle ha fått i huvudsak samma utgång om de varit föremål för folkomröstning som de nu fått genom domstolens utslag. Särskilt O'Connor, domstolens första kvinna, ansågs ha en säker slagruta för vad befolkningen ville ha. Stora delar av denna har kommit att betrakta domstolen som en bundsförvant, i viss mån i harnesk mot Kongressen och Vita Huset (»Washington»). I själva verket står domstolen, som i sin tidiga historia hade en utsatt ställning, starkare än på mycket länge och åtnjuter hög legitimitet hos den amerikanska allmänheten, trots att partipolitiseringen av målet *Bush v. Gore* år 2000 tärde på dess auktoritet.

Det saknas dock inte motkrafter helt och hållet. Kongressen kan stifta lag om den finner ett avgörande oacceptabelt och en domare i Supreme Court kan avsättas av Senaten på talan av Representanthuset (»impeachment»), om två tredjedelar av Senatens ledamöter röstar för avsättning. Vid ett tillfälle har det väckts talan mot en domare inför Senaten. Det utdragna förfarandet mot Samuel Chase, som var partipolitiskt dikterat, slutade 1805 med att Senaten friade honom. Abe Fortas som stod inför hotet av »impeachment» 1966 tog självmant avsked.

11. Domstolen och universiteten

Domstolens domar är naturligtvis föremål för intensiv bevakning och analys av professorer och andra verksamma vid universiteten. De ledande rättsfallen tas in i de volymer med »Cases and Materials», dvs. kommenterade samlingar med rättsfall och annat material, som är främsta läromedel vid universiteten. På så vis blir alla amerikanska jurister väl förtrogna med dessa rättsfall, till vilka också kan höra vissa avgöranden av lägre domstolar. Domarna – inte minst många av domarna i appellationsdomstolarna – är angelägna att få sina vota inkluderade i de ledande läroböckerna. Inte minst Scalia strävar efter att den vägen säkerställa sitt inflytande. Han har lyckats så till vida som han är mest citerad bland Supreme Courts ledamöter i såväl läroböcker som artiklar i juridiska tidskrifter. Han citeras också flitigt av domare (Richard Posner i appellationsdomstolen i Chicago är troligen den domare som citeras mest av domare).

De 13 appellationsdomstolarnas ställning som prejudikatinstanser inom respektive domkrets och alla delstaternas högsta domstolars motsvarande ställning innebär att det finns tusentals vägledande domar i amerikansk rätt. Doktrinen systematiserar rättsfallsmaterialet och väger samman det

med annat material. Detta resulterar i ett enormt utbud av böcker och artiklar som i förening med allt bättre sökverktyg skapar god överblick. Domarna tycks vara suveränt hemmastadda i det stora kretsloppet av material obesvärade av jurisdiktions- och disciplinränser, något som kommer till uttryck i bl.a. mängder av rättsfallshänvisningar i avgörandena, inte sällan 50, 60 eller fler.

Det finns många personband mellan de ledande universiteten och Supreme Court. Påfallande många av professorerna vid dessa universitet har i sin ungdom arbetat som »law clerk» och är därför väl förtrogna med domstolens domare och arbetsformer m.m. Inte sällan uppträder professorer som ombud i uppmärksammade mål. Ett exempel är *Bush v. Gore* där Gore företrädde av den välkände Harvardprofessorn Laurence Tribe.

Så gott som alla domare i Supreme Court har sin utbildning vid elit-fakulteterna. Som kuriosum kan nämnas att fem av nio i Rehnquists domstol t.o.m. hade tagit samma kurs på Harvard Law School som lärde dem att valda församlingar är bättre skickade än domare att fatta policybeslut. Många av domarna i Supreme Court har i sin tur varit verksamma som akademiska lärare. Domarna publicerar sig i de juridiska fakulteternas tidskrifter och skriver böcker som ges ut av universitetsförlag. De håller ofta föreläsningar vid universiteten – Kennedy t.o.m. fortsatte som universitetslärare under de tolv år som han var domare i appellationsdomstolen i Kalifornien. Posner som verkar vid appellationsdomstolen i Chicago gör likadant och han kommer ut med en bok vart eller vartannat år i de mest skilda ämnen. Domarna deltar i debattaftnar med studenter som kan ifrågasätta såväl domarna som domarena på ett väl så respektlöst sätt.

12. Domstolens betydelse

Supreme Courts makt vilar på konstitutionens centrala roll i amerikanskt samhällsliv och domstolens rätt att pröva lagars och besluts förenlighet med konstitutionen. Dess roll formas av att USA är en splittrad, multikulturell kontinent som utgörs av ett stort antal delstater med långtgående självständighet. Det rättsliga systemet – med Supreme Court i toppen – är en av få faktorer som håller samman nationen. Domstolen spelar en central roll också därför att de politiska organen i många frågor haft svårigheter att utforma en politik och få bred acceptans för denna, t.ex. i abortfrågan, varför det uppstår ett vakuum. Till detta skall läggas den misstro mot staten och myndigheter som råder i USA sedan långliga tider; domstolen värnar medborgarnas rätt mot en överhet som de inte litat på.

Domstolen har många framsynta domar på sin meritlista, t.ex. i fråga om medborgerliga rättigheter, men alla perioder i domstolens historia har

inte fått ett gott eftermäle. Domstolen har i många ämnen varit starkt påverkad av tidsandan, på gott och ont. Ett välkänt exempel är den beryktade domen 1857 i målet *Dred Scott* där den ställde sig bakom slaveriet och på så vis trots välmentade försök inte lyckades avvärja inbördeskriget; dess utslag hade i själva verket motsatt verkan. Här sviktade den alltså när det politiska systemet sviktade. I början av 1900-talet kom domstolen in i en skymningsfas och gick emot en rad delstatliga lagar av social karaktär såsom lagar om minimilöner och arbetstider. Den har tidvis varit allmänt följsam mot storindustrins intressen när dessa intressen och regeringens sammanfallit. Under 1930-talet stod den i vägen för New Deal men ändrade kurs på 1940-talet genom att ge stort utrymme åt regeringen att genomföra New Deal. Man kan alltså säga att den tidvis haft liten distans till den andra statsmakten. Det var först på 1950- och 60-talen som domstolen på ett kraftfullt och systematiskt sätt trädde fram som försvarare av medborgarnas grundläggande rättigheter. Den gick då i liberal riktning inom en mängd områden (medborgerliga rättigheter, abort, diskriminering, positiv särbehandling, yttrandefrihet, dödsstraff osv.). Ordföranden Warren stod visserligen som målsman för denna omsvängning men han fick hela domstolen med sig.

Denna aktivism – utan nämndvärd förankring i konstitutionen – fick mothugg först av teoretiker, sedan av konservativa domare, som menade att man borde gå tillbaka till konstitutionens ursprungliga mening (se avsnitt 8).

13. Slutord: vad finns att lära?

Har vi något att lära av Supreme Court? Kanske inte så mycket, när allt kommer omkring. Förhållandena är alltför olika i en mängd avseenden. Det saknas förutsättningar för de bägge högsta instanserna att spela den roll i svenskt samhällsliv som tillkommer Supreme Court i USA.

Mycket av det som sagts i det föregående får i själva verket svensk rättsskipning att framstå i en gynnsam relief. Vi skall sätta värde på att vi har litet av den »personifiering» av dömandet som förekommer i Supreme Court. Domare som månar mer om sin judiciella meritlista än om domstolens ställning försvagar en domstols auktoritet och legitimitet. Ett stort antal avgöranden med en rösts majoritet liksom ett stort antal dissenser har också en sådan verkan. Vårt politiska system klarar väl av att lösa många samhällsproblem som det i USA faller på domstolarna att ta sig an. Dessa löser i hög grad policyfrågor som i Sverige faller inom utredningsväsendets och politikens domäner. Riskerna för en politisering av rättsskipningen är därför långt mindre i Sverige.

Supreme Courts betoning av maktindelning och kontroll av regeringen och den lagstiftande församlingen stämmer emellertid till eftertanke. En ledamot av domstolen skulle aldrig acceptera att göra en utredning åt regeringen eftersom domstolen kan komma att granska den lagstiftning eller de beslut som blir resultat av en sådan utredning. Vikten av oavhängighet och integritet innebär också att det vore otänkbart för en ledamot att acceptera uppdrag som skiljeman eller liknande. Supreme Court skall vara den yttersta garanten för att rätt skipas. Den skall därför stå fri från andra makter och intressen och det skall synas att den är helt obunden.

Även processen för domarutnämningar och överhuvudtaget den stora öppenhet som kännetecknar domstolsväsendet är exemplariska. De ledande domarna är kraftfulla företrädare i den allmänna debatten för rättsstatens ideal. När de håller anföranden och deltar i den allmänna debatten uppträder de som talesmän för rättsväsendet och tar ställning i tidens stora rättspolitiska ämnen.

Vi har en egenartad ordning i Sverige som en följd av att både Europakonventionen och EG-rätten går före svensk lag samtidigt som vår egen grundlag sitter på undantag. Det vore välgörande om vår författning fick en mer framskjuten plats i samhällslivet i allmänhet och rättslivet i synnerhet liksom om värdet av maktindelning kom till uttryck i klara befogenheter för domstolarna – i vart fall de bägge högsta – att utöva normprövning. USA kan här tjäna som föredöme. Det förhållandet att det är den konservativa sidan i USA som värjer sig mot långtgående normprövning påminner om att detta ämne inte nödvändigtvis har en vänster-högerdimension. Det är snarare den sida som är van att sitta vid makten som inte vill få sina författningar (och beslut) underkända.

Supreme Courts fria argumentation är ett förord för att domstolarna bör söka efter de bästa argumenten och tillämpa en elastisk rättskällelära. Det lämnar utrymme åt konsekvensresonemang, ändamålsresonemang, lyhördhet för samhällsklimatets utveckling m.m. Det kan även innebära att ett prejudikat eller motivuttalande tillmäts mindre vikt än ett utländskt avgörande eller ett uttalande i doktrinen, i fall där källan med lägre formell auktoritet har en mer övertygande argumentering. På motsvarande sätt kunde ekonomisk teori nyttjas som stöd åt argumentationen. Det är dock möjligt att de svenska högsta instanserna rör sig i den här riktningen utan att nödvändigtvis annonsera det.

Den amerikanska praktiken att juristerna cirkulerar i systemet ger de blivande domarna en god grund att stå på. En kandidat till Supreme Court kan ha varit i tur och ordning »law clerk», biträdande jurist vid advokatbyrå, tjänsteman vid ett departement eller annan förvaltning, akademisk lärare och forskare samt domare i en appellationsdomstol. Även denna praktik manar till efterföljd.

Till sist är det på plats att erinra om att rättsvetenskaplig forskning om de högsta instanserna och deras ledamöter är underförsörd i vårt land och detsamma kan sägas om kvalificerad journalistik i detta ämne. De amerikanska arbetena borde kunna tjäna som inspiration. Även om domstolarna inte kan eller bör få samma ställning i svenskt samhällsliv borde här finnas mycket av intresse för domstolsforskare och journalister att granska, inte minst tack vare att de skulle befinna sig på jungfrulig mark.

BILAGA

Litteraturen

Litteraturen om domstolen är närmast oöverskådlig. Nya volymer och artiklar kommer till varje år. Litteraturen har starkt skiftande inriktning. En kategori utgörs av domarnas egna verk. Härtill kommer rättsvetenskapliga studier och journalistiska arbeten. Här kan nämnas följande:

Stephen Breyer, *Active Liberty: Interpreting Our Democratic Constitution*, Alfred A. Knopf, New York 2005. Breyer, som var skiljaktig i målet *Bush v. Gore* rörande presidentvalet, behandlar bl. a. detta mål i sin bok där han förklarar sin praktiska, resultatnriktade filosofi i polemik med Scalias lära sådan den läggs ut i dennes nedan nämnda arbete.

Jan Crawford Greenburg, *Supreme Conflict*, The Penguin Press, New York 2007. Denna nyutkomna bok, rappt skriven av journalisten Jan Crawford Greenburg, har en viss skvallerkaraktär. Här finns dock intresseväckande inblickar i utnämningssprocessen: turerna kring urvalet av kandidater, spelet kring Senatens godkännande osv.

Michael W. McConnell, *Originalism and the Desegregation Decisions*, *Virginia Law Review*, 1995 s. 947 ff. I denna artikel angriper den konservativa appellationsdomaren McConnell konservativa domare i Supreme Court för inkonsekvens i sitt bruk av »originalism» som metod för tolkning av konstitutionen.

William H. Rehnquist, *The Supreme Court: How It Was, How It Is*, William Morrow, New York 1987. Rehnquist redogör på ett medryckande sätt för många av sina företrädares gärning och berättar också om domstolens arbete, t.ex. om formerna för beslut om prövningstillstånd.

Jeffrey Rosen, *The Supreme Court: The Personalities and Rivalries that Defined America*, Times Books, New York 2007. Genom att parvis jämföra olika ledande personligheter i domstolen under seklens lopp belyser juristprofessorn Rosen på ett raffinerat sätt de stora stridsämnen som präglat domstolens dömande under 200 års tid.



Antonin Scalia, *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*, Princeton University Press, Princeton 1997. Denna bok är en plädojé för att domstolen skall följa grundlagsfädernas intentioner och inte ägna sig åt en ohämmad »judicial activism».

Clarence Thomas, *My Grandfather's Son. A Memoir*, HarperCollins New York 2007. Thomas, som är den ende i Supreme Court av afrikanskt ursprung och dess mest konservativa ledamot, berättar i denna förbittrade levnadsberättelse om bl.a. sin uppväxt hos sin farfar under mycket små omständigheter i USA:s söder.

Jeffrey Toobin, *The Nine: Inside the Secret World of the Supreme Court*, Doubleday, New York 2007. Detta är en insiktsfull och lättillgänglig bok om viktigare ämnen och rättsfall i domstolens moderna historia.

Bob Woodward & Scott Armstrong, *The Brethren: Inside the Supreme Court*, Simon and Schuster, New York 1979. Denna »minor classic» är ytterst initierad därför att flera av domarna lämnade författarna detaljerad information om domstolen och dess ledamöter som en form av protest mot ordföranden Burgers – som de tyckte – misskötsel av sitt ämbete.

