



Domstolenes politiske magt i USA: Højesteret fortolker ikke kun loven, den skaber den

Om podcasten

[Juristeriet - podcast](#)

I Danmark udmærker vores retssystem sig ved at kunne give nøgterne og saglige vurderinger af komplekse spørgsmål. Her gør vi en særlig dyd ud af at holde det juridiske rum rensset for politik. Men i USA ser vi ikke samme adskillelse af det politiske og juridiske rum, tværtimod kan præsidenten i USA for eksempel benåde dømte kriminelle og udpege højesteretsdommere. Samtidig er domstolenes egen politiske magt overraskende stor set med danske øjne. For eksempel har den lovgivning, der før beskyttede retten til abort, sit navn fra den sag ved den amerikanske højesteret Roe versus Wade der stadfæstede, at retten til abort er sikret i den amerikanske forfatning. Den amerikanske abortlovgivning var altså ikke produktet af et politisk forlig, men af en højesteretsdom. Men hvordan kan det egentlig være, at politiske problemstillinger rykker ind i retssystemet i USA? Og hvad betyder det for både det politiske og juridiske system, at skotterne er utætte? Det skal vi tale om i det her afsnit af Juristeriet, og for at gøre os lidt klogere på retssagernes rolle i det politiske system i USA, har vi inviteret professor Helle Porsdam i studiet. Helle har en særlig viden om amerikansk historie og forholdet mellem ret og politik i USA.

Gæst: Helle Porsdam

Vært: Emil Tarp Vang

Musik og lyd: Emil Tarp Vang

Redaktion: Lene Juhl Friedrichsen og Emil Tarp Vang

Optaget den 4. november 2024.

Hvis du har ris, ros eller gode forslag til udsendelser om jura, så skriv til os på redaktion@jur.ku.dk

Indholdet af podcasten

Intro

I Danmark udmærker vores retssystem sig ved at kunne give nøgterne og saglige vurderinger af komplekse spørgsmål. Her gør vi en særlig dyd ud af at holde det juridiske rum rensset for politik. Men i USA ser vi ikke samme adskillelse af det politiske og juridiske rum, tværtimod kan præsidenten i USA for eksempel benåde dømte kriminelle og udpege højesteretsdommere. Samtidig er domstolenes egen politiske magt overraskende stor set med danske øjne. For eksempel har den lovgivning, der før beskyttede retten til abort sit navn fra den sag ved den amerikanske højesteret Roe versus Wade, der stadfæstede, at retten til abort er sikret i den amerikanske forfatning. Den amerikanske abortlovgivning var altså ikke produktet af et politisk forlig, men af en højesteretsdom. Men hvordan kan det egentlig være, at politiske problemstillinger rykker ind i retssystemet i USA? Og hvad betyder det for både det politiske og juridiske system, at skotterne er utætte? Det skal vi tale om i det her afsnit af Juristeriet, og for at gøre os lidt klogere på retssagernes rolle i det politiske system i USA, har vi inviteret professor Helle Porsdam i studiet. Helle har en særlig viden om amerikansk historie og forholdet mellem ret og politik i USA.

Mit navn er Emil Tarp Vang. Velkommen til.

Del 1

Emil Tarp Vang:

Og også velkommen til dig Helle.

Helle Porsdam:

Tak skal du have, og tak for invitationen.

Emil Tarp Vang:

Velbekomme. Og Helle inden vi nu dykker ned i det, som er historien her i dag, vil du så ikke starte med at fortælle lidt om, hvor din fascination af USA startede henne?

Helle Porsdam:

Jo. Jeg har engelsk som førstefag, altså jeg har en kandidatgrad i engelsk på KU, og i det allersidste fag jeg tog på engelsk, der havde vi en amerikansk lærer, som sagde til mig, da jeg fortalte ham, og bad om en anbefaling til, at jeg gerne ville et år til USA. Jeg skulle bare over og være et år i USA, inden jeg skulle være gymnasielærer, tænkte jeg. Der sagde han, hvis du vil til USA, giver det så ikke mere mening at læse amerikansk end bare at læse engelsk derovre. Og det havde han i og for sig en pointe i, og så blev jeg optaget som 'specielstudent' på Yale University i amerikanske studier. Og så gik der lige akkurat to uger, tror jeg, tre uger, før jeg opdagede, hvor fantastisk et sted det var, og hvor spændende det var. Så jeg endte med at søge ind i ph.d.-programmet og tage en ph.d. i amerikanske studier. Så var min far jurist, og derfor var jeg vant til at tænke over det der med juraen. Og jeg noterede mig meget hurtigt, hvordan der var forskelle. Altså hvordan et Amerika for amerikanere, der var noget at det mest demokratiske i det amerikanske system, "to have one's day in court". Der kunne man gå hen og kæmpe for sine rettigheder, når det politiske system ikke var åbent. Vi så det med Civil Rights bevægelsen, vi har set det med kvindebevægelsen, LGBT+ og så videre. Så der er rigtig mange ting, som starter eller som ender i en retssal, og bliver afgjort der, og det der med at tage sin sag for domstolene, er den amerikanske måde at kæmpe for sine rettigheder på.

Emil Tarp Vang:

Og nu nævner du allerede selv lidt om forskellene på det danske og amerikanske system, men hvis nu vi zoomer lidt ind på det, og særligt på domstolenes rolle sådan rent politisk i USA. Så virker det jo noget fremmed for os i Danmark. Vil du sige lidt om det?

Helle Porsdam:

I Danmark er jo holdningen typisk, at der ikke er nogen over eller ved siden af Folketinget, som Hørup den gamle politiker i sin tid sagde. At vi er et parlamentarisk demokrati, hvor det er flertallet der bestemmer. Og heroverfor har vi så i USA en totalt multikulturel befolkning, som ikke er enig om noget som helst, og hvor det egentlig drejer sig om, hvordan finder man den rigtige balance mellem flertallets rettigheder og mindretallets på den anden side. Eller hvad gør man, hvis flertallet ikke har ret. Og der mener man så i USA, i amerikansk optik, at der kan ret godt trumfe politik. The Constitution, altså den amerikanske forfatning, er lidt af en sekulær bibel, som man henviser til i tide og utide. Så ud fra betragtningen om at finde den rigtige balance mellem hensynet til flertallets rettigheder og hensynet til mindretallets rettigheder er det meget vigtigt for amerikanerne at sige, der visse rettigheder som trumfer et flertal til enhver tid. Så det er baggrunden for noget af det, hvor man ligesom synes, det er vigtigt at sige, at flertallet godt kan have uret, og så må man henvise til den amerikanske forfatning, for at komme videre og sikre sig, at der ikke sker noget med de fundamentale rettigheder.

Emil Tarp Vang:

På samme måde som vi i Danmark har vores grundlæggende rettigheder sikret i grundloven. Men det virker alligevel som om, at den amerikanske forfatning er noget mere præsent for amerikanerne end grundloven er for os danskere. Hvad tænker du om det?

Helle Porsdam:

Altså den amerikanske forfatning er levende på en måde, som måske ikke altid er tilfældet med den danske grundlov. Folk – ikke alle selvfølgelig – men mange vil kende den, og i medierne ser vi henvisninger til First Amendment Rights, Second Amendment Rights – de der forskellige tilføjelser der er i den amerikanske forfatning helt selvfølgelig. Så det er den der indgroede tro på, at hvis alt andet fejler, så er der domstolene. Hvis ikke man vil høre på mig i det politiske system, jeg ikke kan komme igennem, og for øjeblikket når det politiske system ikke virker helt så godt, så er der domstolene tilbage, hvor jeg kan gå hen med det, der nu måtte optage mig, prøve at få ret der, få mine ting igennem der.

Del 2

Emil Tarp Vang:

Hvis vi så ser lidt nærmere på nogle af de sager, som ender med at nå hele vejen til den amerikanske højesteret, så er der jo nogle af dem, der ender med at få det, man kalder en retsskabende eller lovgivende effekt. Nu nævnte jeg for eksempel i indledningen Roe versus Wade. Hvad skyldes det?

Helle Porsdam:

En af de ting som USA faktisk overtog fra England, var common law-systemet. Derfor er det også lidt ironisk på sin vis, at de snakker om en amerikansk revolution, for hvor revolutionerende er det lige, når man overtager grundstenen i det engelske system, som var common law. Så mens vi har et civilretligt eller kontinentaleuropæisk system, hvor retten hviler på kodificerede lovgivninger, på juridiske retsregler, så er common law udviklet i overensstemmelse med præcedenser med domstolsafgørelser. Så man kan sige, at common law-systemet er

karakteriseret ved judge-made law – altså dommerlavet ret – eller retspraksis, det er et case law-system. Vi kender det så godt fra filmene, alle de amerikanske retsagsfilm, hvor man altid skal finde en case, der ligner den, man har med at gøre. Man skal ikke finde lovgivning nødvendigvis, men en case der ligner den, man har med at gøre her. Og amerikanerne kalder det juridiske princip bag det, som er præcedensprincippet, for 'stare decisis', den der latinske betegnelse, som de udtaler på amerikansk. Og som egentlig betyder at stå ved ting, der er besluttet. Altså at dommere og domstole skal følge forudgående afgørelser, kendelser og retspraksis, når de behandler forhold, som ligner hinanden i fremtiden. Og det er lidt i modsætning til vores parlamentariske system, hvor det er de lovgivende institutioner, der har den største indflydelse på, hvad det er, loven er. Så man plejer at sige, at vores domstole fortolker retten, men undlader at skabe den. Og alt det her betyder, at der i det amerikanske common law-system er indbygget en meget mere politisk skabende funktion for dommerne. Den ligger der ligesom allerede, at dommerne også skaber politik.

Emil Tarp Vang:

Og hvor kommer den magt fra?

Helle Porsdam:

Altså ved domstolsprøvelsen – traditionel reviews – som amerikanerne kalder det. Det er det, der giver de amerikanske føderale domstole så utrolig stor magt. Det står ikke i forfatning, at domstolene har den magt, har prøvelsesret, eller har domstolsprøvelse. Det fremkom i en meget kendt sag fra 1803, der hedder Marbury versus Madison, hvor højesteretten simpelthen bekendtgjorde, at det var højesteret og ikke politikere, der fortolkede forfatningen, og man havde den her ret til at erklære ting, der kom fra kongressen for forfatningsstridig. Og konkret i USA er kongressen hæmmet af polarisering, og det gør, at også domstolene kan få forøget magt, og til forskel for det danske system, så kan man se på det som en form for græsrodsbevægelse. Hvis man kan lave ret nede fra, for eksempel ved Civil Rights bevægelsen, kvindebevægelsen og så videre, andre eksempler på det også, og kæmper sin kamp via domstolene. Altså nu nævnte du abortlovgivningen før. Der ved vi fra de to kvindelige advokater, der tog Norma McCorvey's sag, hende der var Roe dengang i 70'erne, at man overhoved ikke kunne komme igennem med nogen som helst form for abortpolitik i Texas. Det var en af de mest konservative stater, og der vidste de, at der ikke var noget at gøre politisk. Så der måtte man prøve via rettens vej. Så der er eksempler i amerikansk historie på, at domstolene har været mere progressive end politikerne. For øjeblikket er det ikke tilfældet, men sådan har det været i perioder. Så det der med at "have one's day in court", at have et tjek på flertallets magt, hvis det har uret. Det er vigtigt for amerikanerne. Michael Ignatieff, en kendt menneskerettighedsforsker sagde det engang på den måde, at et demokratisk system uden domstolsprøvelse kan medføre – mener han – flertalstyranni. Og sådan ser vi ikke på det, for os har vi et parlamentarisk demokrati, hvor det er flertallet, der bestemmer. Så det er en helt anden måde, og igen må man i amerikansk optik tænke det multikulturelle samfund ind, hvor man skal finde den her balance mellem hentydende til flertallet og til de forskellige minoriteter.

Emil Tarp Vang:

Og det er jo en balance, som bliver tiltagende sværere for amerikanerne at finde her. Nu nævnte du selv polariseringen i det politiske system. Hvilken rolle spiller den politiske polarisering i det her spin mellem ret og politik?

Helle Porsdam:

Det har jo noget at gøre med, at vi ser den her enorme polarisering mellem det demokratiske parti og republikanske parti. Og en af de få ting som alle amerikanerne, indvandrere – alle har haft tilfælles – har været troen på retssystemet, og måden at tale på er blevet noget, man har

tilfælles. Det er blevet en fælles diskurs, kan man kalde det. Så det er forskellige måder at kæmpe på. Det er jo en anden form for demokrati. Amerikanerne vil jo sige, at vi er udemokratiske, fordi vi glemmer, at der er minoriteter nogle gange, og der er ting, hvor det ikke er sundt for et demokrati, hvis flertallet altid kan få sine rettigheder sat ned over hovedet på alle. Så det er forskellige syn på, hvad demokrati er, synes jeg.

Engang for mange år siden, da jeg var helt ny inden for feltet her, var jeg landet på et panel sammen med daværende landsdommer Holger Kallehauge, som dengang var formand for de danske handicapforeninger, hed de dengang. Og vi snakkede om de her ting, og på et tidspunkt må jeg jo have sagt et eller andet med, at det danske system kan noget, som det amerikanske ikke kan, det der med rettigheder og så videre. Og så sagde han, ”jeg har kæmpet i årevis for at blive hørt af konsensus Danmark, for at blive hørt af flertallet i dansk politik. Det er aldrig nogensinde lykkedes, så giv mig én grund til, hvorfor jeg ikke skulle forsøge mig menneskeretligt?”. Det er den situation, vi har, hvis ikke det politiske system vil høre på en, at man synes, at man er fuldstændig uden stemme, uden at nogle overhoved kan komme igennem. Hvis man heller ikke kan komme igennem pressen, hvis ingen interesserer sig for en, så er der den mulighed, og det er den amerikanerne har brugt med en ofte tro på at ”to have your day in court”, det er altså det, der er essensen i en retsstat som den amerikanske. Hvis ingen andre kan og vil, så er der en dommer, der skal høre på en.

Emil Tarp Vang:

Det er måske netop den oplevelse af, at politikerne enten ikke kan eller ikke vil lytte, som mange amerikanere sidder med. Simpelthen på grund af den polarisering der også er inden i det politiske system i kongressen for eksempel. Men den polarisering giver jo så i virkeligheden bare højesteret en større og større politisk magt, tænker jeg.

Helle Porsdam:

Det er nemlig lige præcis det. Der snakkes ikke sammen, man når aldrig til den der syntese, som var meningen med USA: ”e pluribus unum”. Man kommer ikke så langt, man sidder i en skyttegravskrig. Så det er ikke særlig konstruktivt overhoved, og så er det selvfølgelig, at man prøver med, hvad er der så andre muligheder at gå her. Og der er det, at retssystemet er blevet utrolig vigtigt. Men i overvejende grad i mange år har været det sted, man kæmpede sine kampe, også når man var uenig på alle mulige måder, som man jo er i en multikulturel kontekst. Så har det været det forum, man har valgt til at kæmpe sine kampe.

Del 3

Emil Tarp Vang:

Her til sidst bliver vi nok nødt til lige at adressere elefanten i rummet. For vi står jo, og optager det her den 4. november. Det vil sige dagen inden det amerikanske præsidentvalg, så det vil jo næsten være ærgerligt ikke også lige at vende det bare ganske kort. Så Helle, hvilken rolle er det, at domstolene vil kunne spille i forbindelse med præsidentvalget. Nu ved vi for eksempel, at Donald Trump har nogle retssager hængende.

Helle Porsdam:

Der spekuleres meget i de fire verserende retssager mod ham selv for hans medvirken i angrebet på kongressen d. 6. januar. Hvis han taber, så vil de jo gå videre, men hvis han vinder, frygter man jo, at han bare meget belejligt vil ”get rid of them”. Altså simpelthen få dem til at forsvinde med sin magt over justitsministeriet, og de antidemokratiske tendenser han jo har vist gennem hele sin valgkamp

Emil Tarp Vang:

Det er jo interessant, for nu har vi jo talt om domstolenes politiske magt i det her program, men det du kommer ind på her, det vender det jo lidt på hovedet. For nu er det så politikernes magt over domstolene, vi kommer ind på. Hvor realistisk er det, at Trump kan få de her retssager imod ham til at forsvinde, hvis han vinder valget?

Helle Porsdam:

En af det vigtigste højesterets beslutninger her, eller domme i foråret, var netop i en sag, der drejede sig om Trumps immunitet og præsidenters immunitet i det hele taget. Sagen drejede sig om Trump, men højesteret valgte sådan at se det lidt for oven, og snakke om præsidenter i almindelighed, så det var også noget, der ville komme til at gælde for Biden for eksempel. Hvor de faktisk gav ganske vide immunitetsbeføjelser til en præsident. Og sagen blev så sendt tilbage til de lavere domstole med besked om, at de skulle finde ud af, hvad der var personligt: hvad havde Trump gjort i egenskab af sin egen person, og hvad havde han gjort som følge af præsidentembedet. Og hvis det var noget, der havde at gøre med, at han havde gjort det som præsident, så var han overvejende immun. Altså det har ikke gjort det nemmere at få ram på ham, for den rolle han spillede i angrebet på kongressen der 6. januar 2021. Højesteret har bestemt hjulpet ham på det punkt.

Emil Tarp Vang:

Tror du, at du skal se med på valgnatten?

Helle Porsdam:

Det skal jeg.

Emil Tarp Vang:

Fedt. Helle Porsdam, så vil jeg bare sige tusind tak, fordi du kiggede forbi studiet i dag.

Helle Porsdam:

You're welcome.

Outro

Lene Juhl Friedrichsen:

Du har lyttet til Juristeriet; en podcast fra det juridiske fakultet på Københavns Universitet. Tak for nu.