

Olof Wilske

Konstitutionell hållbarhet eller hållbar konstitutionalism?

Constitutional government signifies the rule of law, which guarantees rationality and calculability of administration while preserving a definite sphere of private law and fundamental rights.¹

Det är helt uppenbart att massornas stöd för totalitarismen inte beror på vare sig okunnighet eller hjärntvätt.²

1 Inledning

En fungerande rättsstat är en förutsättning för att rättsregler överhuvudtaget ska vara relevanta. Rättsstaten är också en förutsättning för fredliga och inkluderande samhällen, vilket är ett av de 17 mål som ingår i Agenda 2030. För att en hållbar utveckling ska vara möjlig måste också själva rättsstaten vara hållbar och motståndskraftig mot påfrestningar.

Rättsstaten är i sin tur en komponent av ett lands konstitutionella strukturer. Konstitutionell hållbarhet är således en förutsättning för en hållbar rättsstat, vilket jag kommer att diskutera i den här artikeln. Mot bakgrund av detta finns det även anledning att kort reflektera över syftet med konstitutionella regelverk. Med "konstitutionen" avser jag för svensk del i detta sammanhang de fyra grundlagarna, riksdagsordningen, Europakonventionen, den konstitutionella EU-rätten samt konstitutio-

¹ Karl Loewenstein: *Militant democracy and fundamental rights*. American Political Science Review, vol. XXXI, no. 3, June 1937.

² Hannah Arendt: *Totalitarismens ursprung*. Tredje upplagan, Daidalos 2020, s. 29, fotnot 1. Citatet är Hannah Arendts förord från 1966.

nell sedvana och en del bestämmelser i vanlig lagstiftning. Jag kommer i det följande dock att använda begreppen konstitution och grundlag omväxlande – och det kommer också att framgå att konstitutionsbegreppet ofrånkomligen fångar något ytterligare, som inte helt och hållet låter sig begränsas av juridiska termer och definitioner.

En reservation kan vara på sin plats. Varningar om att demokratin och rättsstaten är hotade är numera så vanliga att de har tappat mycket av sitt värde, särskilt som sådana påståenden – när det gäller svenska förhållanden – sällan backas upp av egentliga fakta.³ Långt före högerpopulismens och auktoritarismens frammarsch över världen under de senaste decennierna har demokratin och rättsstaten ansetts vara under hot. Ofta görs slarviga liknelser med tyskt 1930-tal när den här frågan förs på tal. Men vi behöver inte sträcka oss mer än tjugo år tillbaka i tiden, då den italienske filosofen Giorgio Agamben under det då pågående "kriget mot terrorismen" i en bok slog fast att undantagstillståndet, det vill säga det tillfälliga upphävandet av den rättsliga ordningen, blivit till en normalitet från vilken det inte skulle gå att återvända.⁴ Kriget mot terrorismen var bara en av många omständigheter som fick Advokatsamfundets tidigare generalsekreterare Anne Ramberg att 2013 hävda rättsstaten i Europa var i gungning.⁵ På 1990-talet, annars en relativt optimistisk tid för den konstitutionella demokratin, förfasades vi över de brott mot mänskligheten som begicks bland annat i det forna Jugoslavien och i Rwanda. Vid den tiden reagerade världssamfundet med att bland annat inrätta internationella brottmålsdomstolar och utvidga nationell domsrätt över exempelvis folkmordsbrott begångna i andra länder, vilket kanske får sägas beteckna en tro på de rättsliga lösningarnas möjligheter, något som emellertid fick ett abrupt slut den 11 september 2001. Och även tidigare har den demokratiska rättsstaten ansetts hotad på olika sätt. Det ligger kanske i sakens natur att vi bekymrar oss över hot mot fundamentala värden i vårt samhälle, och en levande diskussion kring de grundläggande förutsättningarna för vårt samhälle är snarast ett hälstotecken. För egen del är jag

³ Ett exempel på hur debatten kan låta är Henrik Arnstads artikel i Expressen den 6 november 2022: *Sverige är på väg att bli en före detta demokrati*, där författaren bland annat skriver: "Tidöavtalet nöjer sig inte med att vara auktoritärt utan går ännu längre angående antidemokrati. Det är totalitärt. Det betyder att avtalet inte bara vill inkräkta på våra demokratiska rättigheter och friheter – det vill även kontrollera våra tankar."

⁴ Giorgio Agamben: *Undantagstillståndet*. Propexus/Site Editions 2005, s. 125.

⁵ <https://www.advokatsamfundet.se/om-advokatsamfundet/anne-rambergs-blogg/2013/rattssamhallet--fundament-i-gungning/>.

bara en smula orolig för att ständigt fokus på retorik och ytliga företeelser ska göra oss blinda för de verkliga hot mot den demokratiska rättsstaten som inte är lika synliga. Ett exempel på ett sådant hot är den bristande kunskap om demokratins och rättsstatens konkreta innebörd och mekanismer som skolelever ger uttryck för. En slutsats i en nyutkommen rapport är att gymnasieelevers föreställning om hur en demokrati fungerar ligger närmare tillståndet i Ungern än i Sverige. En förklaring kan vara att läroböckerna tenderar att låta abstrakta värdeord ersätta kunskap om demokratins konkreta mekanismer.⁶

Det är i sammanhanget värt att påminna om att Sverige och övriga Norden alltså konsekvent hamnar i toppen av olika mätningar rörande demokrati och rättsstat. Det amerikanska forskningsinstitutet Freedom House ger i sin rapport för 2022 Sverige full pott i alla undersökta aspekter; valsystem och –procedurer, politiskt deltagande och pluralism, den offentliga maktens funktionssätt, fri- och rättigheter och rättsstat.⁷ Tidsskriften *The Economist* placerar Sverige på fjärde plats i världen i sitt demokratiindex för 2021 (efter Norge, Nya Zeeland och Finland).⁸ Transparency International rankade i sin senaste rapport från 2021 Sverige på fjärde plats i världen (tillsammans med Norge och Singapore) avseende transparent och hederlig offentlig förvaltning.⁹ Det fullständiga sammanbrottet för demokrati och rättsstat synes alltså vara en bit bort för svensk del, åtminstone om man jämför med världen som helhet. Det är också svårt, menar jag, att se några tendenser i riktning mot så kallad ”illiberal demokrati” à la Ungern i Sverige, för att nu inte tala om rent auktoritära tendenser. Naturligtvis finns brister i svenska konstitutionella strukturer och Sverige är heller inte förskonat från olika typer av hot mot rättsstat och demokrati, som vi kommer att se i det följande. Det finns emellertid, enligt min mening, goda skäl att se nyktert och rentav optimistiskt på den demokratiska rättsstatens möjligheter.

Det finns naturligtvis skilda meningar om vilka demokrati- och rättsstatsvärden som är viktigast att slå vakt om. Det kan ibland även vara svårt att acceptera att olika betoningar av demokrati och rättsstat kan

⁶ Aldrig hört ordet... vaddå rättsstat? Vad vet svenska gymnasister om rättsstatens roll i en demokrati? Rättsfonden, november 2022.

⁷ *Freedom in the World 2022. The Global Expansion of Authoritarian Rule*. Freedom House 2022. <https://freedomhouse.org/country/sweden/freedom-world/2022>.

⁸ *Democracy Index 2021*. Economist Intelligence Unit.

⁹ *Corruption Perceptions Index 2021*. Transparency International, <https://www.transparency.org/en/cpi/2021> Transparency.

vara sinsemellan svårförenliga. Alla kan inte bli nöjda. Det är emellertid sådant man får leva med i en demokrati och det finns därför, när det gäller skyddet för den demokratiska rättsstaten, anledning att fokusera uppmärksamheten på sådana gemensamma nämnare som förenar människor med varierande ideologiska uppfattningar.

2 Grundlagarnas syfte

Konstitutionalismens innebörd fångas kärnfullt av statsvetaren Karl-Göran Algotsson:

Ett samband mellan demokrati och konstitutionalism som är så intimt att det närmast bör betecknas som logiskt eller begreppsligt är det förhållandet att det demokratiska styrelseskicket måste vara rättsligt reglerat – alltså att det i denna mening föreligger en formell rättsstat. Demokratin förutsätter en rättsordning. Vanligen sker denna reglering genom ett dokument, en skriven konstitution, även om detta som bekant inte är nödvändigt. Utan regler om t.ex. rösträtt och yttrandefrihet skulle demokratin knappast kunna fungera; rättvisande val skulle svårligen kunna anordnas och medborgarna skulle inte känna trygghet vid utövandet av sin yttrandefrihet. Konstitutionalismen är således nödvändig för demokratin.¹⁰

En fungerande demokrati förutsätter alltså förekomsten av en rättsstat. Det är konstitutionens uppgift att tillhandahålla den rättsordning som den demokratiska rättsstaten behöver för sin existens. Så långt är de flesta överens. Den närmare avvägningen mellan demokrati och konstitutionalism är emellertid svårare. Algotsson får på sitt kärnfulla sätt nu formulera de centrala frågeställningarna:

Hur stort mått av maktindelning tål demokratin? I hur stor utsträckning kan man genom demokratiska beslut överlåta maktbefogenheter till organ, vilka man inte kan utsätta för ett demokratiskt ansvarsutkrävande, utan att demokratin ska anses ha gått förlorad? När närmar man sig ett tillstånd som Herbert Tingsten kallade ”caesarisk demokrati” innebärande att folket överlåter makten till en härskare? Eller för att anknyta till en inom nykonstitutionalistisk teori vanligen förekommande begreppsbildning: Hur stora befogenheter kan principalen överlåta åt agenter innan de senare tar makten från den förre? Man kan naturligtvis även ställa frågan: hur mycket demo-

¹⁰ Karl-Göran Algotsson: *Sveriges författning efter EU-anslutningen*. SNS förlag 2000, s. 14–15. Fotnoter uteslutna.

krati tål demokratin? Kan ett demokratiskt majoritetsstyre som bestämmer över vida områden av samhällslivet genom den åtföljande maktkoncentrationen urholka demokratin?¹¹

Algotsson formulerar stora och viktiga frågor som ligger till grund för hela vetenskapens existens. De är också bakgrunden till den fråga som är ämnet för min text, nämligen rättsstatens uthållighet eller, med ett populärt nutida uttryck, dess resiliens. I sammanhang då demokratin hotas på allvar är även rättsstaten i farozonen och vice versa. Och sådana situationer kan ofta hänföras till en obalans i det känsliga konstitutionella ekosystemet med dess många olika dimensioner som ser så olika ut beroende på de aktuella politiska sammanhangen.

I den finländska grundlagens portalparagraf finns följande formulering om konstitutionens uppgift: "Finlands konstitution är fastslagen i denna grundlag. Konstitutionen skall trygga människovärdets okränkbarhet och den enskilda människans frihet och rättigheter samt främja rättvisa i samhället."¹² Någon liknande formulering finns inte i den svenska regeringsformen (RF). Det framgår visserligen av 1 kap. 2 § att den offentliga makten ska utövas med respekt för alla människors lika värde och för den enskilda människans frihet och värdighet, och ett antal grundläggande fri- och rättigheter finns formulerade i främst 2 kap. Men regeringsformens syfte framgår inte uttryckligen av dess lydelse utan får anses underförstådd. I de ursprungliga förarbetena till regeringsformen finns en del formuleringar om regeringsformens syfte. Grundlagberedningen anförde att "grundlagarna ger bestämmelser och anvisar former för samhällsorganens verksamhet. De reglerar hur besluten i samhällsfrågor skall tillkomma och hur de skall förverkligas." Beredningen betonade faktiskt också skydd för mänskliga fri- och rättigheter och skydd mot övergrepp från myndigheternas sida.¹³ Formuleringarna är i hög grad praktiskt och konkret präglade; den som letar efter mer principiella resonemang gör det förgäves, delvis eftersom förslagen syftade till att kodifiera konstitutionell praxis.

Regeringen menade för sin del att grundlagens syfte var att ge grunderna för det representativa och parlamentariska systemet och för för-

¹¹ Algotsson s. 17. Författaren hänvisar här till Herbert Tingsten, *Demokratiens problem*, Aldus/Bonniers 1960, s. 69 f. och till Kjell Goldmann m.fl. (red.), *Statsvetenskapligt lexikon*, Universitetsförlaget i Stockholm 1997, s. 228 f.

¹² Finlands grundlag 1 kap. 1 § 2 st.

¹³ SOU 1972:15 s. 75 ff.

delningen av offentliga funktioner mellan riksdagen, regeringen, övriga förvaltningsmyndigheter, domstolarna och kommunerna. Utöver detta tillkom vissa regler om medborgerliga fri- och rättigheter, särskilt viktiga procedurregler för riksdagen och regeringen samt bestämmelser om statschefens ställning och befogenheter. Vissa specialregler om krig, krigsfara och andra utomordentliga förhållanden skulle också ingå. Men regeringen var om möjligt ännu mer kortfattad i de principiella frågorna.¹⁴

Tryckfrihetsförordningen (TF) är i jämförelse med regeringsformen tydligare; i dess första paragraf finns syftet med tryckfriheten formulerat tillsammans med ett stadgande om att inga begränsningar i denna får göras utöver de som följer av TF. I yttrandefrihetsgrundlagen (YGL) finns en liknande formulering i 1 kap. 1 § 2 st. Även successionsordningen har en syftesformulering (i förordet). Men varför saknas ett uttryckligt syfte med regeringsformen? Det finns sannolikt historiska förklaringar till det, som jag återkommer till nedan.

Enligt den finländske rättsvetaren Kaarlo Tuori har grundlagen eller konstitutionen följande syften. Den ska förmedla relationerna mellan samhällets rättsliga och politiska system; den ska definiera den politiska maktens organisation och främja dess stabilitet och dess legitimitet samt ange gränserna för dess maktutövning; och den ska möjliggöra den moderna rättens positivitet genom att definiera procedurerna för rättsnormernas produktion samt lösa den moderna positiva rättens gränsproblem genom mekanismer för vad han kallar rättens självbegränsning.¹⁵ Konstitutionen är dessutom intimt sammankopplad med rättens normativa djupstruktur, såsom mänskliga rättigheter och fundamentala rättstatsprinciper eftersom dessa får sin uttryckliga diskursiva formulering genom positivrättsliga konstitutionella bestämmelser. Dessa begränsar i sin tur lagstiftningens och den offentliga maktutövningens räckvidd.¹⁶ Denna förståelse av grundlagen ansluter till den numera brett accepterade konstitutionalistiska modell som syftar till att skydda demokrati och mänskliga rättigheter samt begränsa den offentliga maktutövningen.¹⁷ Konstitutionalismen i ett demokratiskt sammanhang är sålunda en paradox så-

¹⁴ Prop. 1973:90.

¹⁵ Kaarlo Tuori: *Vad ska vi ha en "grundlag" till?* I Grundlagens makt: Konstitutionen som politiskt redskap och som rättslig norm. SNS förlag 2002, s. 228.

¹⁶ Tuori s. 227.

¹⁷ Tom Ginsburg, Aziz Z Huq & Mila Versteeg: *The Coming Demise of Liberal Constitutionalism?* The University of Chicago Law Review, vol. 85, no. 2, pp. 239–255.

tillvida att den både syftar till att skydda och begränsa den demokratiska maktutövningen.¹⁸

Men teoretiska definitioner kan bara fånga en del av sanningen när det gäller konstitutionens syfte och funktion. Konstitutionen är en del av ett kulturellt och historiskt sammanhang som inte alltid passar ihop med de teoretiska mallarna. För svensk del skulle jag vilja påstå att de historiska omständigheterna är tämligen specifika, och att de bättre än konstitutionell teori kan förklara den svenska attityden till konstitutionalismen som idé. 1809 års regeringsform föddes i en historisk situation i vilket det svenska rikets överlevnad stod på spel – ett sant konstitutionellt ögonblick – men var också en produkt av sin tids intresse för konstitutionella frågor om maktindelning och stabilitet. Dess okränkbara ställning underbyggdes av den under 1800-talet rådande rättsidealismen som dominerade universiteten och de tjänstemän som skolats där. Vid 1900-talets början hade partiväsendet och det framväxande civilsamhället tagit över grundlagens roll som legitimationsfaktor för det politiska systemet. Grundlagen förvandlades gradvis till ett politiskt dokument som reflekterade den accepterade politiska praxisen i statsskicket. Maktdelningsprincipen kom att uppfattas som ett hinder för snabba politiska reformer.¹⁹ Det författningslösa halvsekle, då stora delar av regeringsformen uppfattades som obsoleta, har av Fredrik Sterzel angetts börja omkring 1920, då demokratin och parlamentarismen hade slagit igenom i det faktiska statsskicket.²⁰ Men rötterna fanns på plats betydligt tidigare.

I välfärdsstatens Sverige (och i viss mån även i övriga Norden) var inställningen således länge en smula skeptisk till att medborgaren skulle behöva skydd mot den demokratiskt styrda staten, så konstitutionalismen slog i denna mening igenom relativt sent (eller har rättare sagt återkommit först under senare decennier) och lagstiftaren har i många avseenden fortfarande en stark ställning. Men en del ser annorlunda ut i början av 2020-talet. Fri- och rättigheter har fått en relativt stark ställning av flera orsaker: Europakonventionens och EU-rättens genomslag i såväl politik som rättstillämpning, mänskliga rättigheter är officiell politik som kom-

¹⁸ Här finns en direkt parallell till den "rättsstatens paradox" som Åke Frändberg formulerade i en artikel på 1990-talet: *Begreppet rättsstat*, i Fredrik Sterzel (red.) *Rättsstaten – rätt, politik och moral*, Iustus 1996.

¹⁹ Magnus Enzell: *Grundlagens ställning i den politiska kulturen*. I Olof Petersson (red.), *De politiska spelreglernas betydelse*, SNS förlag 2004.

²⁰ Fredrik Sterzel: *Författning i utveckling – tjugo studier kring Sveriges författning*. 2 upplagan, Iustus 2009, s. 18 f.

municeras via universiteten och uppdragsutbildningar för statsanställda; ett statligt institut för mänskliga rättigheter har inrättats;²¹ FN:s barnkonvention har inkorporerats som svensk lag;²² och under coronapandemin åren 2020–2022 var det påtagligt att grundlagsskyddade rättigheter (exempelvis mötes- och demonstrationsfriheten och rörelsefriheten) både diskuterades i media och togs på allvar av lagstiftaren och av myndigheter.

Sammantaget vill jag påstå att vi har rört oss från en påtagligt praktisk och deskriptiv förståelse av grundlagen mot en mer principiell och normativ förståelse enligt Tuoris modell. Konstitutionens normativa betydelse för en hållbar rättsstat har på så sätt blivit mer påtaglig än tidigare.

3 Utmaningar mot rättsstat och konstitutionalism

Samtidigt som konstitutionalismen på sätt och vis står i zenit, såväl i Sverige som internationellt, är den också ifrågasatt på flera olika håll. Populistiska regeringar till höger och vänster har världen över gjort sitt bästa för att undergräva demokratiska institutioner eller manipulera dem till sin favör, exempelvis genom att ersätta oberoende tjänstemän med partitrogna, tvångspensionera eller förflytta domare, mixtra med valkretsindelningar, ta kontroll över oberoende medier och mycket annat. För europeisk del är tendensen välkänd i Polen och Ungern; globalt har en liknande utveckling ägt rum ibland annat Turkiet, Indien, Venezuela, Brasilien och Sydafrika. Även i demokratins fyrbåk USA pågår en oroväckande utveckling med stark partipolitisk polarisering, politisering av domstolar och försök att manipulera demokratiska val. Ofta försöker populistiska makthavare med auktoritära böjelser ändå hålla sig inom en nominellt konstitutionell ram genom att utnyttja konstitutionella oklar-

²¹ Lag (2021:642) om Institutet för mänskliga rättigheter. Institutet ska enligt lagen främja säkerställandet av de mänskliga rättigheterna i Sverige samt följa, undersöka och rapportera om hur de mänskliga rättigheterna respekteras och förverkligas i Sverige. Institutet ska dessutom bland annat lämna förslag till regeringen om åtgärder som behövs för att säkerställa de mänskliga rättigheterna, delta i internationellt samarbete och främja utbildning och forskning på området.

²² Lag (2018:1197) om Förenta nationernas konvention om barnets rättigheter anger att konventionens artiklar 1–42 ska gälla som lag i Sverige i originaltexternas lydelse.

heter eller genomföra val som på ytan ger legitimitet men som i själva verket är manipulerade.²³

Populistiska politiker utger sig ofta för att vilja ge tillbaka kontrollen till folket från olika eliter som påstås ha kidnappat de offentliga institutionerna. De brukar numera knappast påstå att de vill avskaffa demokratin; snarare brukar de framställa sig som demokratins enda riktiga vänner.²⁴ En sådan retorik var således vanligt förekommande när Storbritannien lämnade EU (Brexit), när Donald Trump valdes till USA:s president (slagordet "drain the swamp" gick ut på att den förment korrupta huvudstaden skulle rensas på lobbyister och byråkrater), men även i Sverige finns en tendens hos vissa politiker att ställa "folket" mot "eliterna". I alternativa medier världen över är den "djupa staten" ett begrepp som betecknar hur mörka krafter i det fördolda styr över de statliga institutionerna och gör demokratin till en chimär. Rättsstatens våldsmonopol utmanas på andra håll av den organiserade kriminaliteten vilket reser krav på hårda motreaktioner samtidigt som demokratiskt styrda stater framställs som svaga eller maktlösa. Katastrofer som Covid-pandemin ställer ibland motstridiga krav på statlig handlingskraft och skydd av mänskliga rättigheter.

Den politiska ledare som har formulerat den tydligaste nutida utmaningen mot den liberala demokratin är kanske Viktor Orbán, Ungerns premiärminister sedan 2010. I ett tal 2014 uttryckte han sig på följande sätt:

...a trending topic in thinking is understanding systems that are not Western, not liberal, not liberal democracies, maybe not even democracies, and yet making nations successful. Today, the stars of international analyses are Singapore, China, India, Turkey, Russia... and we are doing our best to find, ways of parting with Western European dogmas, making ourselves independent from them... We needed to state that a democracy is not necessarily liberal. Just because something is not liberal, it still can be a democracy... we want to organize a workfare state, that – as I previously mentioned – will undertake the odium of expressing that in character it is not of a liberal nature. What all this exactly means, Honorable Ladies and

²³ Adam Chilton & Mila Versteeg: *How Constitutional Rights Matter*. Oxford University Press 2020, s. 332.

²⁴ András Sajo: *Militant Constitutionalism*. I Anthoula Malkopoulou & Alexander S. Kirshner (eds.), *Militant Democracy and Its Critics. Populism, Parties, Extremism*. Edinburgh University Press 2019, s. 189.

Gentlemen, is that we have to abandon liberal methods and principles of organizing a society, as well as the liberal way to look at the world.²⁵

Parallellt med den populistiska diskursen finns också en akademisk tendens att ifrågasätta delar av konstitutionalismen. Det gäller särskilt mänskliga rättigheter men kanske även den institutionella tröghet som är avsedd att skydda grundlagarna och det demokratiska styrelseskicket. Domarutnämningar i USA har medfört att vissa delar av det etablerade rättighetsskyddet har utmanats i domstolar, ofta i maktodelningens eller demokratins namn (exempelvis att abortfrågan ska avgöras av delstaternas folkvalda församlingar i stället för av domstolar). I Sverige har rättighetsskyddet satts ifråga i rättsvetenskapliga artiklar och böcker och på sina håll finns alltjämt en föreställning om att rättighetsskydd är naturrättsligt nonsens.²⁶ En mer nyanserad inställning är att rättighetsideologin ibland medför domskäl som är präglade av en strävan efter en viss rättspolitiskt önskad utgång och således en politisering av rättsväsendet.²⁷

I internationell doktrin finns exempel på hur liberal konstitutionalism kritiseras för att vara en förutsättning för en nyliberal ekonomisk ordning. En del går så långt som att kalla europeisk liberal konstitutionalism ”passivt auktoritär” och att den innebär en urholkning av demokratin.²⁸ Den marxistiskt influerade filosofen Jessica Whyte menar exempelvis att genombrottet för mänskliga rättigheter under andra halvan av 1900-talet har varit sammanflätat med nyliberal ekonomisk ideologi och ett försvarande av statsmakten för att rentav blockera välfärdsprojekt och nationella frigörelsesträvanden.²⁹ En liknande kritik framförs av den brittisk-indiska forskaren och aktivisten Radha d’Souza i boken *What’s Wrong*

²⁵ Mina utdrag. Hela talet i engelsk översättning finns tillgängligt på <https://budapestbeacon.com/full-text-of-viktor-orbans-speech-at-baile-tusnad-tusnadfurdo-of-26-july-2014/>.

²⁶ Se ang detta exempelvis Hans Gunnar Axberger: *Rättigheter I*, SvJT 2018 s. 759 och *Rättigheter II*, SvJT 2018 s. 849; Karolina Stenlund: *Rättighetsargumentet i skadeståndsrätten*, Iustus 2021 samt Axbergers recension av densamma i JT 2022–23 s. 191.

²⁷ Hans Gunnar Axberger: *Att skapa en mänsklig rättighet. Analys av en dom i Europadomstolen*. Rättsfonden och eddy.se ab 2018, s. 88.

²⁸ Michael A. Wilkinson: *Authoritarian liberalism as authoritarian constitutionalism*. I Helena Alviar Garcia & Günter Frankenberg (eds.): *Authoritarian Constitutionalism. Comparative Analysis and Critique*. Edward Elgar Publishing 2019, s. 335.

²⁹ Jessica Whyte: *The Morals of the Market – Human Rights and the Rise of Neoliberalism*. Verso 2019.

With Rights.³⁰ I en annan bok, med liknande titel, kritiseras rättigheter från konservativt håll. Från det hållet hävdas då att rättigheter saboterar rättsreglernas demokratiska legitimitet, driver kostnader för det allmänna och försummar betydelsen av att fostra och främja ett offentligt etos.³¹ Och även på våra nordiska breddgrader finns författare som menar att ett extensivt rättighetsskydd riskerar att underminera en demokratisk politisk kultur.³²

Jag vill understryka att en diskussion kring mänskliga rättigheter och deras omfattning givetvis är fullt normal i politisk och akademisk diskurs. De som menar att ett alltför omfattande rättighetsskydd riskerar att kortsluta det demokratiska beslutsfattandet har onekligen en poäng: ju fler delar av det politiska beslutsfattandet som omfattas av rättighetsskydd och alltså kan komma att avgöras av domstolar, desto mindre blir utrymmet för renodlade politiska intresseavvägningar och förhandlingar mellan olika åsiktsriktningar.³³ "Juridifiering" är en realitet, till gagn för många individers rättighetsskydd men möjligen även till förfång för tilltron till demokratiskt beslutsfattande och politisk handlingskraft. Är det hållbart i längden, för den liberala demokratin och för rättsstaten?

Kritiken mot den liberala demokratin har inte i någon större omfattning nått Sverige ännu; i de traditionella partierna till höger och vänster råder enighet om de konstitutionella grundprinciperna (även inom Socialdemokraterna och Vänsterpartiet, som länge hade svårt att acceptera exempelvis domstolarnas lagprövningsrätt och andra begränsningar i folksuveränitetsprincipen). De högerpopulistiska Sverigedemokraterna, med sina rötter i nazismen och vars företrädare ibland har flirtat med auktoritära regimer, är ett mer osäkert kort. Läser man partiets valplattform för 2022 framstår emellertid partiet som anhängare av den konstitutionella demokratin: enligt plattformen ska domstolarnas självständighet stärkas och möjligheterna till normprövning utökas. Rättighetsskyddet avseende äganderätt, yttrandefrihet och "frihet från religion" ska stärkas. Men i andra avseende visar sig släktskapet med populistiska och auktoritära partier utomlands tydligare. Fler folkomröstningar ska hållas med

³⁰ Radha d'Souza: *What's Wrong With Rights? Social Movements, Law and Liberal Imagination*. Pluto Press 2018.

³¹ Nigel Biggar: *What's Wrong With Rights?* Oxford University Press 2020.

³² Martti Koskeniemi: *The Effect of Rights on Political Culture*. I densamme, *The Politics of International Law*, Hart Publishing 2011, s. 133.

³³ Se t.ex. Jakob Heidbrink: *Barnkonventionen kortsluter demokratin*. Kvartal 15 december 2019.

utökade möjligheter till folkinitiativ och det ”nationella självbestämmandet” ska stärkas (av sammanhanget förefaller det mest vara på bekostnad av EU-samarbetet).³⁴ Nationellt självbestämmande är en självklarhet i ett nationalistiskt parti och folkomröstningar är en vanlig metod för auktoritära ledare att stärka sin legitimitet.

4 Militant demokrati och konstitutionellt självförsvar

Angreppen mot demokratiska och rättsstatliga strukturer på olika håll i världen har föranlett oro och diskussioner kring hur dessa ska kunna skyddas. I detta sammanhang har begreppet *militant demokrati* fått en renässans. Begreppet synes ha myntats av den tyske filosofen och statsvetaren Karl Loewenstein i en artikel från 1937, i vilken han kartlägger hur den liberala demokratin i stora delar av Europa gett vika för auktoritära eller fascistiska regimer, men också hur det demokratiskt sinnade motståndet mot sådana tendenser har utformats på andra håll, exempelvis i Finland och Tjeckoslovakien. Han argumenterar för att vissa repressiva åtgärder kan vara nödvändiga och framgångsrika i försvaret av demokratin.³⁵

I en artikel i Svensk Juristidning från 2018 argumenterar Johan Hirschfeldt, inspirerad av Loewenstein, för att den demokratiska rättsstatens företrädare måste bli mer militanta. Det formella skyddet för demokrati och rättsstat är otillräckligt; motståndskraften ligger i den politiska och rättsliga kulturen och i människornas tillit till institutionerna och dem som arbetar där.³⁶ Med en metod som påminner om Loewensteins går Hirschfeldt också igenom utvecklingen i Ungern, Polen och Turkiet.

Anna Jonsson Cornell argumenterar i policydokumentet *Konstitutionellt självförsvar på 2000-talet* för att konstitutionell design har en avgörande betydelse för skyddet av den liberala demokratin. För Sveriges del pekar hon på att försvagningen av välfärdsstaten har försämrat förutsättningarna för den typ av författningspatriotism (eller, för den delen, ”välfärdsstatspatriotism”) i Habermas anda som länge lade grunden för

³⁴ Sverigedemokraternas valplattform 2022, s. 54. Tillgänglig via Sverigedemokraternas webbplats, <https://sd.se/wp-content/uploads/2022/07/sverigedemokraternas-valplattform-2022-april.pdf>.

³⁵ Loewenstein 1937.

³⁶ Johan Hirschfeldt: *Krisen för den demokratiska rättsstaten*. SvJT 2018 s. 76.

samhällelig sammanhållning. Sverige har blivit betydligt mer heterogent under senare decennier, samtidigt som folksuveränitetsprincipen alltjämt är det grundläggande konstitutionella paradigmet. Snabbt genomslag för folkviljan, en svag konstitutionell roll för domstolarna och en relativt snabb procedur för grundlagsändringar är exempel på hur detta tar sig uttryck. Frågan i sammanhanget är hur balansen mellan konstitutionellt självförsvar och parlamentarisk demokrati bäst ska utformas.³⁷

I internationell diskurs verkar frågan främst ha diskuterats från andra utgångspunkter. Hur ska demokratin exempelvis förhålla sig till partier som förespråkar demokratins eller den konstitutionella ordningens avskaffande? Ett problem härvidlag är, som vi har sett, att det knappast finns något att försvara sig mot i det här hänseendet. Ytterst få partier eller politiker förespråkar öppet demokratins avskaffande. För svensk del är det närmaste vi har kommit i det här avseendet ett utredningsbetänkande om förbud mot rasistiska organisationer som ägnar sig åt vissa typer av kriminell aktivitet. Betänkandet har inte lett till lagstiftning.³⁸

5 Konstitutionell hållbarhet

Sammanfattningsvis kan vi konstatera följande. Den liberala demokratin eller konstitutionalismen, i vilken rättsstaten är en fundamental delkomponent, är i en del länder hotad av illiberala eller auktoritära krafter, vilka emellertid vanligen vill bibehålla en demokratisk eller konstitutionell fernissa. Konstitutionalismens närmare innehåll är omdiskuterat i akademiska och politiska sammanhang, men på en del håll är den dessutom öppet ifrågasatt, antingen som helhet eller i vissa avseenden, kanske främst då beträffande hur det konstitutionella rättighetsskyddet ska betraktas. Det råder inte längre internationell konsensus kring den liberala konstitutionalismens ställning som demokratisk överideologi, vare sig i politiska eller vetenskapliga sammanhang. Samtidigt kan konstitutionalismen i andra avseenden sägas ha en starkare ställning än någonsin, retoriskt men även med avseende på faktiska förhållanden. I Sverige har således domstolarnas konstitutionella ställning stärkts i omgångar sedan regeringsformens införande, och en utredning pågår om att stärka dem ytterligare. Samma utredning ska för övrigt undersöka om grundlagarna

³⁷ Anna Jonsson Cornell: *Konstitutionellt självförsvar på 2000-talet. Skyddet av den liberala demokratin och rättsstatsprincipen*. Tankesmedjan Fores 2022, s. 13.

³⁸ SOU 2021:27 *Ett förbud mot rasistiska organisationer*.

ska göras svårare att ändra genom ett krav på kvalificerad majoritet vid grundlagsändring.³⁹ Som anförts ovan har en rad andra åtgärder också genomförts, inte minst utbildningsinsatser för statligt anställda. Grundlagens ställning i det offentliga rummet har blivit synligare och starkare, i alla fall enligt min personliga erfarenhet. Så hur ligger det då till? I vilken utsträckning behöver vi militant demokrati eller konstitutionellt självförsvar i Sverige under 2020-talet?

Den ungerske juristen András Sajo har fått erfara populismens framfart på nära håll. Från att ha varit, bland mycket annat, rådgivare åt Ungerns president och landets domare i Europadomstolen har han fått se sitt universitet, Central European University, tvingas bort från Budapest till exil i Wien. Sajo har också, som professor i rättsvetenskap vid sagda universitet, varit en framstående och produktiv författare på konstitutionalismens område under samma tidsperiod som Viktor Orbáns regering i Ungern arbetat med nedmonteringen av landets rättsstatliga funktioner i sin strävan mot vad Orbán själv kallat ”illiberal demokrati”.⁴⁰ Hans slutsats synes vara att det finns en plats för konstitutionell ingenjörskonst för att skydda den konstitutionella demokratin. Men, som han också konstaterar, spelar rättsregler en sekundär roll om ingen finns som vill och kan försvara konstitutionen:

Notwithstanding the well-known normative objections to entrenching constitutionalism and the practice of militant constitutionalism, I believe they have a place in the struggle to sustain electoral democracy. But whatever is written into laws is of secondary relevance where there is no one to stand up for the constitution. The institutions of militant constitutionalism may work against populism in conditions of social inertia but not where populists systematically mobilise hatred and disparagement against the institutions; where democracy is understood simply as regular voting and where constitutional freedoms are not cherished, democracy will fail. A democracy cannot be sustained in the absence of (reasonable) democrats. And it cannot be sustained when people believe that they are still good democrats even as they work to undermine it.⁴¹

Den centrala frågan är således inte vilka konstitutionella eller andra juridiska mekanismer som bäst kan skydda den konstitutionella demo-

³⁹ Ju 2020:11 *Förstärkt skydd för demokratin och domstolarnas oberoende*.

⁴⁰ <https://verfassungsblog.de/illiberal-democracy-beyond-hungary-2/>. Se även ovan.

⁴¹ Sajo s. 203.

kratin. Konstitutionen kan bara skydda demokratin på marginalen, om ens det. Vid ett populistiskt maktövertagande kommer institutioner för maktbalans, ansvarsutkrävande och konstitutionellt rättighetsskydd att bli de första måltavlorna för den nya regimen. Det avgörande blir då dels integriteten hos de personer som befolkar de aktuella institutionerna och hur de agerar, dels hur bredare lager i befolkningen uppfattar de mer eller mindre subtila angreppen på den konstitutionella ordningen. Och den reaktionen är sannolikt beroende av helt andra faktorer än grundlagen, nämligen sociala och ekonomiska realiteter. Om dessa har fört samhället till en punkt där massorna ger sitt stöd för en odemokratisk samhällsordning (för att travestera Arendt i ett av de inledande citaten) så har grundlagen redan spelat ut sin roll.

Men där är vi inte nu, och min uppfattning är att det är mycket långt dit för Sveriges del. För att skydda den konstitutionella ordningen på sikt måste behöver staten emellertid visa sig vara värd invånarnas förtroende. I det större perspektivet måste därför varje diskussion om konstitutionell hållbarhet förhålla sig till frågorna om statens roll och uppgift i förhållande till invånarna.

