

Konstitutionellt självförsvar på 2000-talet

Skyddet av den liberala demokratin och rättsstatsprincipen

Abstract

Det övergripande syftet med detta policy papper är att identifiera hot mot den liberala konstitutionella ordningen för att därefter peka på några åtgärder nödvändiga för att säkra och upprätthålla en liberal och rättsstatlig demokrati. Efter en belysning av de utmaningar som vi står inför läggs fokus på åtgärder som kan skydda och stärka grundlagens ställning och normativa kraft i Sverige. Begreppet konstitutionellt självförsvar, som utgår från och bygger på idén om militant demokrati, och konstitutionell patriotism, introduceras. Huvudsyftet är att identifiera vilka konstitutionella (juridiska och politiska) förutsättningar som behövs för att skydda den liberala demokratin och rättsstatsprincipen i en svensk kontext.



Anna Jonsson Cornell
professor i komparativ konstitutionell rätt vid Uppsala universitet



Konstitutionellt självförsvar på 2000-talet

Skyddet av en liberala demokratin och rättsstatsprincipen

1. Introduktion

Liberal demokrati och konstitutionalism går hand i hand. Begreppet konstitutionalism används för att beskriva ett system i vilket den politiska makten är bunden av en konstitution som uttrycker vissa värderingar, inklusive skyddet av grundläggande mänskliga rättigheter och friheter, maktfördelning och rättsväsendets oberoende.¹ I ett politiskt system präglad av konstitutionalism utövas den offentliga makten på grundval av legalitet och respekt för grundläggande rättigheter. Därutöver är rättsstatsprincipen, i dess breda och materiella bemärkelse en princip som respekteras och upprätthålls av alla innehavare av offentlig makt.²

I svåra tider präglade av desinformation och populism, samt nedmontering av oberoende domstolssystem, urholkning av maktdelningsprincipen och försvagning av skydden för mänskliga rättigheter särskilt för utsatta grupper och minoriteter, uppstår frågan i vilken utsträckning liberala demokratiska rättsstater kan skydda sig själva och sina kärnvärden. En särskild utmaning för en liberal demokrati och rättsstat är svårigheten den har att skydda sig själv utan att agera i strid med sina mest grundläggande principer och rättigheter. "Konstitutionen är inte en självmordspakt" är en fras som bland annat härrör från rättspraxis från USA:s högsta domstol, och som ofta används för att fånga paradoxens kärna.³

I början av 2000-talet har det blivit tydligt att illiberala demokratier och i viss utsträckning auktoritära stater behöver och värdesätter den legitimitet som kommer av att, åtminstone nominellt, agera i enlighet med konstitutionen och hänvisa till rättsstaten. Större politiska förändringar tvingas sällan igenom i direkt strid med grundlagens ordalydelse. Strategier är mer sofistikerade och inriktade på att förändra definitionen och den väsentliga innebörden av begrepp som demokrati, rättsstatlighet, konstitutionell identitet och nationell säkerhet. Sådana strategier skulle kunna beskrivas som en "begreppskidnappning" som syftar till att tömma nämnda begrepp på deras liberala värderingar och innehåll. Denna kontext är avgörande för att förstå behovet av och syftet med ett liberalt konstitutionellt självförsvar.

Det övergripande syftet med denna text är att identifiera hot mot den liberala konstitutionella ordningen för att därefter peka på några åtgärder nödvändiga för att säkra och upprätthålla en liberal och rättsstatlig demokrati. Efter en belysning av de utmaningar som vi står inför kommer fokus läggas på åtgärder som kan skydda och stärka grundlagens ställning och normativa kraft i Sverige. Begreppet konstitutionellt självförsvar, som utgår från och bygger på idén om militant demokrati⁴ och konstitutionell

1 Dieter Grimm, *Constitutionalism: Past, Present and Future*, Oxford University Press, 2016.

2 Brian Z. Tamanaha, *On the Rule of Law: History, Politics, Theory*, Cambridge University Press, 2004.

3 Detta är dock inte den exakta formuleringen av hur idén har uttryckts i beslut av USA:s högsta domstol. Se till exempel *Terminiello v. City of Chicago*, 337 US 1 (1949).

4 Karl Loewenstien, "Militant Democracy and Fundamental Rights, I", *The American Political Science Review*,

patriotism⁵, introduceras. Huvudsyftet är att identifiera vilka konstitutionella (juridiska och politiska) förutsättningar som behövs för att skydda den liberala demokratin och rättsstatsprincipen i en svensk kontext.

2. Varför och hur utmanas idén om liberal demokrati och konstitutionalism?

Utgångspunkten för denna text är normativ i betydelsen att den tar avstamp i föreställningen om att liberal demokrati och rättsstatlighet är den nuvarande politiska normen i västerländska demokratier och att detta är ett system som är värt att bevara och försvara. Liberal demokrati som normativ idé och politiskt system utmanas av enskilda stater såväl i Europa som i andra delar av världen.⁶ Vi ser uttalanden från såväl statsledare som representanter för politiska partier som argumenterar för att liberal demokrati inte är det enda demokratiska systemet och att illiberala demokratiska system skulle kunna vara bättre alternativ. Parallellt med detta ägnar sig samma ledare åt att försöka omdefiniera innehållet av såväl europeisk som internationell rätt. Redan 2006 introducerade ryska politiker och tänkare begreppet suverän demokrati för att skapa acceptans och legitimitet för ett alternativ till liberal demokrati, med målet att understryka att nationell identitet, kultur och historia måste beaktas när en stat utformar sina konstitutionella, politiska och rättsliga ramar. På samma tema, och som förberedelse inför valet till Europaparlamentet 2018, uttalade Victor Orbán "Kristen demokrati är inte liberal ... den är illiberal, om du vill."⁷ Dessa uttalanden och den världsbild och riktning de ger uttryck för måste tas på allvar både intellektuellt, juridiskt och politiskt. Sammantaget illustrerar de en trend där makten domineras av ett parti, tillsammans med en åternationalisering av den konstitutionella rätten i såväl praktiska som rättsliga termer. Det senare är en motreaktion mot den europeisering av den konstitutionella rätten som följde efter Sovjetunionens upplösning i och med att flera stater blev medlemmar av Europarådet och/eller EU.

De som motsätter sig liberal demokrati har i allmänhet en snäv definition och förståelse av demokrati som huvudsakligen är processuell och med en stark betoning på folksuveränitet och majoritetens vilja. En sådan förståelse av demokrati värdesätter inte kvalitativa aspekter som individuell frihet, maktodelning och skydd av minoriteter. I sådana system styr majoritetens vilja och det finns inga eller väldigt få och svagt inbyggda mekanismer för att skydda demokratin som politiskt system. Dessutom förkastas rättsstatsprincipen genom att dess betydelse sätts i andra hand i förhållande till majoritetens vilja.

Illiberal demokrati och illiberal konstitutionalism, även om de är omtvistade begrepp⁸,

Vol. 31, nr 3 (juni, 1937), s. 417-432, Karl Loewenstein, "Militant Democracy and Fundamental Rights, II", The American Political Science Review, Vol. 31, nr 4 (aug. 1937), s. 638-658.

5 För en introduktion till och definition av konceptet, se Jan Werner Müller, *Constitutional Patriotism*, Princeton University Press, 2007.

6 Takis S. Pappas, *Populism and Liberal Democracy: A Comparative and Theoretical Analysis*, Oxford University Press, 2019, s. 7.

7 Citerat i Reuters, <https://www.reuters.com/article/us-hungary-orban-idUSKBN1KI0BK>, senast tillgänglig den 15 mars 2022.

8 Som förklarats i Drinóczi, T. & Bień-Kacała, A., "Illiberal Constitutionalism: The Case of Hungary and Poland", *German Law Journal* 20, 2019, s. 1140-1166.

är användbara för att förstå en situation där konstitutionen som ett normativt dokument fortfarande existerar tillsammans med en valdemokrati, samtidigt som den politiska processen och resultatet av den är uppenbart illiberal till sitt innehåll. Pappas menar att en illiberal demokrati bör ses som en balansgång mellan liberal demokrati och ett auktoritärt styre, och om det är möjligt att motverka dess illiberala läggningar kan en liberal demokratisk ordning återinföras.⁹ Drinóczi och Bień-Kacała¹⁰, förstår illiberal konstitutionalism som ett tillstånd i stater som redan upplevt liberal demokrati och konstitutionalism, och som går tillbaka till illiberal demokrati och illiberal konstitutionalism. Omvandlingsprocessen drivs av och utgår från, enligt författarna, en missuppfattning av politisk konstitutionalism och betoning av nationell identitet. De beskriver illiberal konstitutionalism som ett system i vilket den politiska makten relativiserar rättsstaten, demokratin och mänskliga rättigheter i politiskt känsliga fall, konstitutionaliserar populistisk nationalism samt drar fördel av identitetspolitik, patrimonialism, klientelism och statskontrollerad korrupcion.¹¹

“Denna trend och strategi för vad jag kallar åter-nationalisering av konstitutionell rätt kommer sannolikt att öka”

Drinóczi och Bień-Kacała jämför utvecklingen i början av 2000-talet i Polen och Ungern och kommer till en viktig slutsats: omvandlingen till illiberal demokrati och illiberal konstitutionalism i Ungern var formell i den meningen att den ägde rum inom konstitutionen, medan omvandlingen i Polen skedde på ett grundlagsvidrigt sätt. Forskning visar hur båda staterna använde en strategi som gick ut på att ta kontroll över konstitutionsdomstolarna, vilket gjordes genom att antalet domare utökades, ändring av utnämningsprocessen för domare (Ungern), eller deras beslutsprocess (Polen), samt en

övergripande reformering av rättsväsendet inklusive reglerna för riksåklagaren.¹² Som ett resultat kan dessa domstolar nu betraktas som den illiberala regimens tjänare. Beslutet från den polska konstitutionsdomstolen om statusen för EU:s stadga om grundläggande rättigheter i det polska rättssystemet är ett bevis på detta.¹³ Det polska beslutet följer ett mönster som vi även sett i Ryssland när den ryska konstitutionsdomstolen förklarade att den nationella konstitutionen har den högsta rättsliga statusen i den nationella rättsordningen, till nackdel för internationell och europeisk rätt (i fallet med Ryssland Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna och grundläggande friheterna, och i fallet med Polen, EU-stadgan). Denna trend och strategi för vad jag kallar åter-nationalisering av konstitutionell rätt kommer sannolikt att öka. Domstolar i allmänhet, och konstitutionsdomstolar i synnerhet, kan fungera som nyckelspelare i balansakten mellan antingen en återgång till liberal demokrati och liberal konstitutionalism eller en riktning mot ett auktoritärt styre.¹⁴

9 Pappas 2019, s. 3-4.

10 Drinóczi, T. & Bień-Kacała, A 2019, s. 1141.

11 Ibid

12 Ibid s. . 1145.

13 <https://trybunal.gov.pl/en/hearings/judgments/art/11662-ocena-zgodnosci-z-konstytucja-rp-wybranych-przepisow-traktatu-o-unii-europejskiej>, tillgänglig den 11 oktober 2021.

14 Se på denna punkt, Ginsburg, T. & Moustafa, T., Rule by law: the politics of courts in authoritarian regimes ,

För att kunna utveckla ett konstitutionellt självförsvar är det viktigt att förstå logiken bakom strategier som används för att förvandla liberala demokratier till illiberala demokratier. I vissa fall sker en sådan omvandling inom ramen för gällande konstitution, i andra fall i strid med konstitutionen. Man skulle kunna hävda att stater som tillämpar en inom-konstitutionell strategi fortfarande har en pragmatisk och sannolikt instrumentell syn på konstitutionen som ett normativt dokument och på den roll domstolar spelar som både juridiska och politiska aktörer. Så kan anses vara fallet vad gäller den inledande fasen av Ungerns omvandling till en illiberal demokrati som ägde rum inom konstitutionens gränser.¹⁵ Frågan uppstår då om – och om ja, hur – det går att tippa balansen till förmån för liberal demokrati och liberal konstitutionalism med hjälp av till exempel inhemska domstolar och inhemska politisk opposition, samt externa aktörer som fortfarande kan utöva inflytande på den illiberala regimen? Svaret på denna fråga är avgörande för att definiera steg mot konstitutionellt självförsvar.

Det finns uppenbarligen flera orsaker och förklaringar till de växande utmaningarna för idén om liberal demokrati och liberal konstitutionalism, varav några är anti-globaliseringsrörelsen, nationalism, korruption, migrationskriser och terrorism. Dessa är alla orsaker eller rimliga förklaringar vars magnitud varierar i termer av hur och varför de utmanar den liberala demokratin och liberal konstitutionalism. Det finns inte tillräckligt med utrymme för att diskutera de politiska processer och faktiska händelser som ligger bakom denna utveckling här.

Det finns dock en övergripande förändring i samhället som utgör en stor utmaning för den liberala demokratin: den ökande polariseringen mellan olika grupper i samhället. Hur de olika samhällsgrupperna som ställs mot varandra är sammansatta avgörs av den aktuella sakfrågans karaktär. Grupperna identifieras ofta efter etnicitet, religion, socioekonomisk status, var de är bosatta (landsbygd eller stad) och migration. En offentlig debatt och ett offentligt rum som domineras av polarisering skapar en känsla av osäkerhet och otrygghet. Det är en stark och för många verklig känsla, vilket innebär att politiker har starka incitament att adressera känslan av otrygghet. När de gör så använder de ofta en retorik baserad på känslor, kombinerat med ett budskap om tillhörighet. Politikerna riskerar därmed att stärka gruppidentiteter samt känslan av otrygghet och därmed polariseringen i samhället. Detta fenomen beskrivs ibland som populism. Pappas beskriver populism som en motsats till politisk liberalism. Hans forskning visar att ett system som styrs av populism och som balanserar mellan liberalism och ett auktoritärt styre till sin natur är sårbart och mer benäget att övergå till ett auktoritärt styre än en återgång till liberalism.¹⁶

Om vi försöker fånga kärnan och innehållet i den nuvarande illiberala trenden, särskilt i Europa, men även i USA under president Trumps mandatperiod, skulle det kunna illustreras med följande strategier och tillvägagångssätt:

- Retorik och handlingar som relativiserar rättsstatsprincipen och skyddet av grundläggande rättigheter och friheter, särskilt för redan utsatta och marginaliserade

Cambridge University Press, 2008.

15 Drinóczi, T. & Bieñ-Kacala, A., 2019, s. 1140–1166.

16 Pappas 2019, kapitel 5. Drinóczi, T. & Bieñ-Kacala 2019 gör en liknande iakttagelse när de hänvisar till missuppfattningen och missbruket av politisk konstitutionalism och idén om folkets suveränitet i till exempel Ungern och Polen.

grupper i samhället.

- En betoning på och potentiellt missbruk samt manipulation av begrepp som folksuveränitet och folkvilja.¹⁷
- Värnandet av nationens intresse och dess nationella (och konstitutionella) identitet och säkerhet, det vill säga identitetspolitik med en nationalistisk agenda förs fram som argument för illiberala handlingar och beslut.
- Politiska beslut vilar på känslomässiga argument som riktar sig till vissa väljargrupper snarare än på vetenskapligt bevisade och evidensbaserade slutsatser.

Särskilt oroande är kopplingen mellan konstitutionell identitet (som i konstitutionalism) och nationell identitet (som i nationalism), i kombination med en process som kan beskrivas som en form av åternationalisering av grundlagen. Denna process kan ses som en motreaktion till europeiseringen av nationell konstitutionell rätt som i sin tur är ett resultat av medlemskap i Europarådet och/eller EU. Åternationaliseringen av konstitutionell rätt har pågått under ganska lång tid i flera medlemsstater och utvecklingen har drivits framåt av migrationskrisen 2015 och Covid-19 pandemin. Det är viktigt att uppmärksamma att frågan om förhållandet mellan europarätt och nationell konstitutionell rätt har diskuterats i flera olika sammanhang, till exempel kan nämnas att stater som Tyskland och Danmark tydligt har markerat att den nationella grundlagen står över europarätten i de fall grundläggande nationella konstitutionellrättsliga principer som rättsstatsprincipen och ett skydd för fundamentala fri- och rättigheter riskerar att urholkas. Den åternationaliseringsprocess som nu pågår i stater som Ryssland (om än i en helt annan skala), Ungern och Polen syftar inte till att värna grundläggande liberala rättsstatsprinciper och fundamentala fri- och rättigheter. I dessa fall handlar det om att värna nationella intressen, som beskrivs i termer av nationell säkerhet, samt kulturella och historiska värden, som beskrivs som nationell eller konstitutionell identitet.

3. Hotet mot rättsstaten i Europa

I detta avsnitt illustreras hur rättsstatsprincipen kan manipuleras i en process mot illiberalism. Sajo och Tuivonen har visat hur bemanningen av den ungerska statsapparaten med personer trogna till den styrande regimen delvis skedde inom lagens formella ramar. Illojala drevs ut och lojalister släpptes in för att ta kontroll över media, privata företag och andra viktiga organisationer och företag med hjälp av lagen. På så sätt kan man säga att rättsstatsprincipen i dess snäva och formella mening respekterades. Författarna understryker svårigheten att upptäcka illiberala strategier i ett inledningsskede. Svårigheterna beror på att makthavare använder en politisk retorik som hänvisar till både rättsstatsprincipen och folkviljan för att på så sätt vinna legitimitet.¹⁸ Folkviljan och folksuveränitetsprincipen hänvisas till för att motivera en

¹⁷ Se Drinóczi, T. & Bień-Kacala, A 2019, s. 1149. Redan 2012 påpekade Joakim Nergelius att den nya grundlagen syftade till att stärka regeringspartiets befogenheter, på ett sätt som kommer att göra det svårare för andra politiska partier eller grupper att kunna påverka samhället i framtiden. Joakim Nergelius, Den ungerska konstitutionen från 2012 och dess skydd för grundläggande rättigheter, EPA 2012:3, Sieps, s. 6.

¹⁸ Sajo, A. & Tuovinen, J., Rättsstaten och legitimiteten i framväxande illiberala demokratier, 2019, s. 507, https://www.researchgate.net/publication/338254402_The_Rule_of_Law_and_Legitimacy_in_Emerging_Illiberal_Democracies

tunn förståelse (procedurell, formell) av rättsstatsprincipen som inte omfattar ett skydd för grundläggande fri- och rättigheter.¹⁹ Därtill ska läggas vad som framkommit ovan, det vill säga att en konsolidering av makt ofta görs med hänvisning till konstitutionen, särskilt folksuveränitetsprincipen, och inom dess ramar. Sammanfattningsvis är en avgörande del av strategin för att förvandla en stat till en illiberal demokrati att bibehålla en fasad av rättsstatlighet, vilket inkluderar försök att ”böja rättsväsendet till dess vilja, samtidigt som man vill ses som att man följer reglerna.”²⁰

Upprätthållandet av en rättsstatlig fasad är viktigt på grund av den strategiska betydelsen av internationellt samarbete, internationell handel och investeringar. Det är också till viss del viktigt med hänsyn till den inhemska opinionen, som kan ställa krav på att rättsstatsprinciperna respekteras. Häri ligger också drivkraften för illiberala stater att påverka den internationella agendan när det gäller förståelsen av rättsstatsprincipen. Vi kan tydligt se detta på internationell, regional och nationell nivå. Stater på väg mot illiberalism och potentiellt ett auktoritärt styre ansluter sig till ett formellt och processuellt minimalistiskt rättsstatskoncept av strategiska skäl. Det gynnar de som är lojala mot den nuvarande regimen samtidigt som det möjliggör en rättsstatsretorik i internationellt samarbete och inom till exempel säkerhets- och finanssektorn. Ett tunt rättsstatsbegrepp, med fokus på legalitetsprincipen, möjliggör också maktkoncentration med hänvisning till folkviljan och folksuveräniteten. Lagen anses vara ett uttryck för folkets vilja och därför måste lagen vara rättvis. Institutionella förändringar som kommer att leda till ökad politisk styrning av till exempel rättsväsendet kan ur minimalistisk processuell synpunkt beskrivas som i enlighet med de formella ramarna och därmed i enlighet med rättsstatsprincipen även om effekten av förändringarna är en ökad politisk kontroll.²¹ Som ett resultat måste varje strategi för att motverka illiberalism ta hänsyn till detta och synliggöra försök att undergräva en bred förståelse av rättsstaten som inkluderar maktdelning, ett självständigt domstolssystem och skydd för mänskliga fri- och rättigheter.

4. Militant demokrati och konstitutionell patriotism – den konceptuella grunden för konstitutionellt självförsvar

Det är viktigt att inse begränsningarna och sårbarheterna vad gäller de formella och rättsliga aspekterna av en liberal-demokratisk rättsstat, samt vikten av en politisk och medborgerlig kultur som förstår samt skyddar värdet och premisserna för de formella aspekterna av en liberal demokrati och rättsstatlighet. Ett starkt rättsligt ramverk i form av en konstitution och annan viktig lagstiftning är nödvändigt men inte tillräckligt. Därutöver krävs även vad Jürgen

Habermas och andra har kallat konstitutionell patriotism.²² Idén om konstitutionell patriotism bygger på Sternbergers tankar som främst handlade om att skydda det demokratiska systemet och dess mest vitala formella aspekter, vilket inkluderar

19 Tamanaha 2004.

20 Sajo, A. & Tuovinen, J., 2019, s. 511.

21 Detta avser bland annat organisationen av domstolsförvaltningen, utnämningförfarandet och ansvar för domstolspresidenterna etc. Se ibid s. 516-518 för exempel.

22 Müller 2007.

konstitutionen och rättsstatsprincipen.

Sternbergers förståelse av konstitutionell patriotism ligger nära Loewensteins idéer om militant demokrati.²³ Kärnan i Loewensteins idé om militant demokrati är att illiberala politiska partier kan stoppas med lagliga medel. Loewensteins utgångspunkt är att åsikter per se inte bör eller kan kriminaliseras. Snarare bör fokus ligga på att kriminalisera våldshandlingar och andra åtgärder som utgör del av en strategi för att uppnå ett politiskt mål – baserat på fascistiska idéer och tekniker, eller någon annan radikal och subversiv extremism – som att till exempel kullkasta den demokratiska ordningen. Enligt Loewenstein är fascismen inte en politisk ideologi, den är först och främst en politisk strategi och bör bekämpas som sådan.²⁴ Illiberal populism, med samma argument, är inte en ideologi, det är främst en politisk strategi och därför bör politik och åtgärder för att motverka populism ta hänsyn till detta.²⁵

Både militant demokrati och konstitutionell patriotism är nära besläktade med perioden fram till andra världskriget. I mitten av 1980-talet populariserade Habermas den senare termen. I hans förståelse av begreppet var konstitutionell patriotism den enda möjliga kollektiva identiteten för västtyskar, eftersom den skulle möjliggöra en identitet som inte förlitade sig på en etniskt centrerad nationalism.²⁶ Habermas utvecklade konceptet till att även omfatta de sociala aspekterna av staten, det vill säga en fungerande välfärdsstat. Genom att göra så skulle demokratin som samhällssystem kunna upprätthållas och ett offentligt debattutrymme säkras.²⁷ En nygammal uppfattning tillhandahålls av Jan Werner Müller som förstår och beskriver konstitutionell patriotism med utgångspunkt i och med fokus på normer, värderingar och de processer som karakteriserar en liberal demokratisk konstitution,²⁸ eller som en rättsvetare skulle uttrycka det; som liberal konstitutionalism och rättsstatlighet.

Dagens hot mot den liberala demokratin skiljer sig från de hot som fanns i början på 1900-talet och som kulminerade på 1930-talet. I dagens Europa, och även i andra delar av världen, är det inte öppet uppror, subversion eller konspiration mot staten som utgör de största utmaningarna. Dessutom har de flesta stater en konstitutionell och straffrättslig lagstiftning mer eller mindre i linje med idén om militant demokrati för att motverka sådana hot om de skulle uppstå. Det nuvarande hotet beskrivs istället bäst som en kidnappning eller manipulering av den liberala demokratiska rättsstaten inom ramen för gällande konstitutionella ramar. Vad vi ser är därför inte enbart maktpartiets övertagande av statsapparaten utan också hur maktpartier tar kontroll över grundlagen som ett normativt instrument och manipulerar dess innehåll och betydelse för att konsolidera sin makt. Givetvis är de två sammanlänkade och interagerar.

23 Konstitutionell patriotism har kritiserats av flera skäl som utvecklas och förklaras av Jan-Werner Müller i hans bok *Constitutional Patriotism*. Vissa kritiker skulle hävda att idén om konstitutionell patriotism är för abstrakt, att den i vilket fall som måste vila på en nationell identitet och en väl fungerande stat, och att den därför inte kan tjäna som en tillräckligt stark motidé till nationalism, att den har ett top-down perspektiv och att det är orealistiskt när det gäller hur identiteter skapas, och slutligen att patriotism i sig är ett kontroversiellt och förlegat begrepp som bör undvikas.

24 Karl Loewenstein, "Militant Democracy and Fundamental Rights, I", *The American Political Science Review*, Vol. 31, nr 3 (juni, 1937), s. 417-432, s. 431.

25 Se Pappas 2019, s. 213.

26 Müller 2007, s. 22.

27 Ibid s. 24.

28 Ibid

För att skydda mot en kidnappning av grundlagen som normativt instrument krävs något mer än militant demokrati och konstitutionell patriotism. Det krävs en grundlag som innehåller regler som ger goda förutsättningar för ett konstitutionellt självförsvar. Med detta sagt, fram till den 24 februari 2022 utgjorde ett aggressionskrig ett relativt osannolikt hot mot demokratiska stater i Europa. Som ett resultat av Rysslands krigföring i Ukraina så bör även denna risk numera finnas med i det europeiska riskmedvetandet.

5. Vad är konstitutionellt självförsvar och hur kan det uppnås?

*"De mest perfekt utformade och utarbetade lagarna är inte värda det papper som de är skrivna på om de inte stöds av okuvlig vilja att överleva."*²⁹

Goda förutsättningar för konstitutionellt självförsvar kan anses föreligga vid en rättslig och politisk situation där grundlagen av hela samhället betraktas som ett juridiskt bindande dokument. Grundlagens värderingar är förankrade i samhället, dess ord och ande respekteras av politiker, tjänstemän, domare, näringsliv, civilsamhället och befolkningen. Konstitutionen har inbyggda mekanismer som skulle kunna hindra den från att kidnappas och manipuleras av illiberala och auktoritära krafter. Samhället, inklusive civilsamhället och allmänheten, skulle protestera kraftfullt mot varje försök att åsidosätta eller ändra konstitutionen på något sätt som skulle skada dess normativa kraft och grundvalarna för den demokratiska ordningen.

Traditionellt är de organisatoriska och institutionella aspekterna av staten reglerade i en konstitution eller styrs av konstitutionella konventioner (traditioner). Konstitutionerna ger därmed den formella inramningen av de politiska, juridiska och sociala spelfälten. Vi har sett hur stater som Polen och Ungern genom antingen konstitutionella eller icke-konstitutionella ändringar har förändrat konstitutionens innehåll och statens normativa grunder. EU-rätten är en viktig faktor som dessa stater inte kontrollerar, och som de är bundna av och därför måste beakta. Det är naturligtvis också därför Ungern och Polen är beredda att ta kampen med EU när det gäller frågor som rättsstatsprincipen och domstolssystemets oberoende. Det är anmärkningsvärt att, med facit i hand, se hur Polen och Ungern kunde ändra sin lagstiftning i denna bemärkelse utan några allvarliga konsekvenser från EU. Parallellt med förändringar av den nationella konstitutionella ordningen har politikerna som stöd för en åternationalisering av den konstitutionella rätten tillämpat en retorik som hänvisar till EU-rättsliga begrepp som nationell säkerhet och konstitutionell identitet. Detta är en politisk strategi som syftar till att försvaga EU-rättens ställning i nationella rättsordningar och samtidigt undergräva EU:s kompetensanspråk och i förlängningen dess legitimitet. Det har hävdats att EU misslyckats med att se utvecklingen i Ungern och Polen som en systematisk nedmontering av rättsstatsprincipen och den liberala demokratin och att detta misslyckande skulle kunna förklara EU:s initiala ståndpunkt.³⁰ Om det stämmer,

29 Karl Loewenstein, "Militant Democracy and Fundamental Rights, II", *The American Political Science Review*, Vol. 31, nr 4 (aug. 1937), s. 638-658, s. 657.

30 "Här har en kombination av en avvaktande attityd från internationella organ, betoning på de processuella aspekterna av demokrati, svagt definierade eller underteoretiserade begrepp som konstitutionella identitet och rättsstatsprincip resulterat i ett system där frågor om konstitutionell tillbakagång har effektivt åsidosatts, eller

innebär detta betydande utmaningar för EU i det fortsatta arbetet med att värna rättsstaten. Om en betydande del av populistiska regimers strategier är att kontrollera och manipulera grundlagens innehåll och normativa verkan, måste EU utveckla motstrategier och anta åtgärder som kan motverka detta samt öka förmågan att på ett tidigt skede identifiera och blottlägga illiberala strategier.

Som sagt, institutionella skyddsåtgärder för att skydda demokratin och rättsstaten på såväl EU- som nationell nivå är bara en av flera nödvändiga komponenter. Grundlagens innehåll och normativa verkan, konstitutionell kultur, samt konstitutionens förankring i samhället och politiken är viktiga faktorer som måste beaktas när en politik för konstitutionellt självförsvar ska definieras på nationell nivå.

6. Konstitutionell design och grundlagen som ett skydd mot illiberal demokrati och illiberal konstitutionalism

Kan konstitutionens utformning bidra till att förhindra en illiberal regim från att nedmontera demokratin och konsolidera sin makt?³¹ Minst tre teman är av överordnad betydelse vid ett försök att besvara denna fråga.

För det första spelar konstitutionens ordalydelse och innehåll en viktig roll. Konstitutioner som är generella och vaga lämnar ett stort handlingsutrymme för både politiker och domstolar. När det gäller aspekter som är avgörande för det demokratiska systemet och rättsstaten bör därför konstitutionens formulering vara tydlig och specifik. Detta är särskilt fallet vad gäller maktodelnings- och normgivningsfrågor, domstolarnas oberoende samt grundläggande rättigheter och friheter (särskilt medborgerliga och politiska rättigheter).

För det andra bör en konstitution ha tydliga regler om hur den kan ändras för att förhindra missbruk av politisk konstitutionalism med hänvisning till folkets vilja. Vad gäller ändringar av en konstitution bör det vara extra svårt att ändra reglerna om grunderna för det demokratiska styrelseskicket och rättsstatens grundvalar. Ändringar av grundlagen bör bland annat kräva en kvalificerad majoritet och ett förfarande som gör det möjligt för flera intressenter att delta i processen. Detta är särskilt viktigt i förhållande till den del av konstitutionen som reglerar grunderna för statens styrelseskick, maktodelning, rättsväsendets oberoende samt grundläggande fri- och rättigheter. Det finns flera tekniker som gör det möjligt för olika intressenter att delta. Det kan till exempel handla om kravet att ändringsförslag ska röstas om två gånger, med ett allmänt val som föregår det andra beslutet om ändringen (som i Finland och Sverige) eller bildandet av en separat konstitutionell församling som utarbetar

kanske rättare sagt, ignorerats. Även där dessa frågor uppstår och behandlas på enskilda punkter, kvarstår problem med rätt insatsnivå." Sajo, A. & Tuovinen, J., 2019, s. 526. (min översättning)

31 Forskningen om konstitutionell design är omfattande och flera viktiga jämförande studier har bidragit med empiriska fakta som förbättrar vår förståelse av betydelsen av konstitutionell design. Se till exempel Ginsburg, T., *Comparative Constitutional Design*, Cambridge University Press, 2012, Lutz, DS., *Principles of Constitutional Design*, Cambridge University Press, 2006, Albert, R., *Constitutional Amendments: Making, Breaking, and Changing Constitutions*, Oxford University Press, 2019. Dessutom har Europarådets Venedigkommission antagit ett stort antal yttranden och studier i frågor om konstitutionell utformning av betydelse för att skydda demokratin och rättsstatsprincipen.

ändringsförslagen. Huvudsyftet skulle vara att göra det svårt för ett dominerande parti att ensamt ändra grundlagen för att på så sätt konsolidera sin makt.

För det tredje bör domstolssystemets självständighet regleras på ett sådant sätt att den inte kan undergrävas genom regleringar i vanlig lag. I praktiken skulle detta kunna innebära att grunden för domstolssystemet bör regleras i grundlagen, till exempel antalet domare i de högsta domstolarna, deras pensionsålder samt nomineringsprocessen. Dessutom bör rätten till domstolsprövning, särskilt normprövning, regleras i grundlagen. Normprövning är när en domstol prövar om till exempel en lag är i överensstämmelse med grundlag, eller en förordning med lag. Detta är särskilt viktigt med hänsyn till den roll som domstolar spelar för att säkerställa konstitutionens och lagens normativa kraft och innehåll.

Domstolarnas, och särskilt konstitutionsdomstolarnas, betydelse för att upprätthålla förutsättningarna för liberal demokrati, konstitutionalism och rättsstatlighet kan knappast underskattas. I efterkrigstidens Tyskland skulle frågan "Vem värnar demokratin?" besvaras med "konstitutionsdomstolen". Detta är också uppenbart i fallet med både Ungern och Polen, där konstitutionsdomstolarna spelade en avgörande roll i övergången till liberal demokrati under 1990-talet. Dessa domstolar har beskrivits som aktivistdomstolar, primärt av dem som vill undergräva domstolens makt och legitimitet, en aktivism som åtminstone i Ungerns fall delvis krävdes på grund av en

“Vagt definierade konstitutioner gör domstolarna särskilt sårbara för politiska påtryckningar och kritik”

vagt formulerad konstitution.³² Det finns en viktig lärdom att dra av detta när det gäller konstitutionell design. Vagt definierade konstitutioner skapar ett större handlingsutrymme för domstolar och grundlagstolkning, vilket i sin tur gör domstolarna särskilt sårbara för politiska påtryckningar och kritik. Samma argument kan framföras när det gäller budgetfrågor eller andra frågor som i allt väsentligt är politiska, eftersom det handlar om resurser och hur offentliga medel ska fördelas. Kan detta problem lösas med hjälp av konstitutionell design? Ja, är svaret från den rättsvetenskapliga forskningen.

En annan viktig lärdom från utvecklingen i Ungern och Polen är den svaghet som följer med ett system som primärt eller enbart förlitar sig på konstitutionsdomstolar för normprövning. Det har varit relativt lätt för politiker i Ungern och Polen att ta kontroll över konstitutionsdomstolarna och därigenom också det normativa innehållet i konstitutionen.³³ Men skulle det vara lika lätt att ta kontroll över hela domstolssystemet? Ett preliminärt svar på denna fråga är nej.³⁴ Detta talar för en decentraliserad normprövning, vilket innebär att alla domstolar (inte bara konstitutionsdomstolar) och även myndigheter i det svenska fallet, har en rätt och skyldighet att pröva en rättsregels överensstämmelse med grundlagen i ett konkret fall. Skulle en sådan prövning resultera i slutsatsen att rättsregeln anses strida mot grundlagen så ska den

32 Drinóczi, T. & Bień-Kacala, A 2019, s. 1145

33 Inte bara genom att öka antalet domare i domstolen utan också genom att ändra domstolsadministrativa strukturer, utnämningsprocesser för domstolsordföranden och begränsa möjligheten att anhängiggöra klagomål vid konstitutionsdomstolen genom att ta bort *actio popularis* (Ungern). Sajo, A. & Tuovinen, J., 2019, s. 518.

34 Det skulle säkert ta längre tid att åstadkomma kulturella och organisatoriska förändringar.

inte tillämpas i det enskilda fallet.

Sammanfattningsvis är två aspekter kopplade till konstitutionell design av stor betydelse när det gäller balansakten mellan ett liberalt och ett illiberalt demokratiskt system. För det första finns det en uppenbar risk att de illiberala delarna av det politiska systemet cementeras när grundlagen eller andra lagar med grundlagsliknande status ändras. Detta talar för en hög tröskel för ändringar av konstitutionen och lagar med grundlagsliknande ställning. I den svenska kontexten skulle till exempel riksdagsordningen och lagen om implementering av Europakonventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna kunna omfattas. Dessa lagar är inte grundlagar men de har en särställning som i normhierarkin placerar dem mellan grundlagarna och vanlig lag. För det andra skapar ett system av beskydd (ett så kallat patrimonieellt system) starka ekonomiska incitament för nuvarande makthavare att se till att de förblir vid makten. När en sådan situation väl är etablerad kan kostnaden för att återgå till liberalismen och rättsstatlighet i ordets breda bemärkelse bli för hög, både på individuell och kollektiv nivå. Det är inte ovanligt att bemanningen av statsförvaltningen och domstolarna med lojala tjänstemän och domare sker före formella ändringar av regelverket genomförs, inklusive förändringar i grundlagen. Flera lärdomar kan dras av detta. En mycket viktig faktor, som knyter an till den liberala rättsstatens motståndskraft, är därför nära kopplad till statstjänstemannakårens kultur, etik och uppförandekod. Vikten av tjänstemännens integritet och professionalism är svår att underskatta, särskilt när det gäller domare (på alla nivåer).³⁵ En tydlig uppdelning mellan tjänstemän och politiskt utnämnda tjänstemän, kombinerat med ett lägre antal politiska utnämningar, är grundläggande för att skapa motståndskraft i statsapparaten och försvåra bemanningen av densamma med politiskt lojala tjänstemän.

7. Förutsättningar för konstitutionellt självförsvar i Sverige

Hur ser då de svenska förutsättningarna för konstitutionellt självförsvar ut? Handlingar som syftar till att kullkasta den demokratiska ordningen är kriminaliserade, bland annat genom förbud mot olovlig kärverksamhet.³⁶ Därutöver ligger ett förslag på riksdagens bord om en grundlagsändring som skulle möjliggöra ett förbud mot terroristorganisationer.³⁷ Flera av de rättsliga regleringar som av Loewenstein har identifierats som nödvändiga för att skydda den demokratiska ordningen mot subversiva, extremistiska icke-demokratiska aktörer finns alltså redan. I dagens Sverige tycks det vara tillämpningen av nu gällande regelverk som väcker frågor.³⁸

Det offentliga samtalet och den svenska självbilden har sedan efterkrigstiden varit

³⁵ Se till exempel Hans-Petter Graver, Jussens Helter, Universitetsforlaget, 2020. Se Värdegrundsdelegationens rapport, Den gemensamma värdegrunden för de statsanställda, 2014, <https://www.regeringen.se/contentassets/d9f16ca270104c4c9cdba2203cc51006/introduktion-till-den-gemensamma-vardegrunden-for-de-statsanstallda-s2014.012>, senast nedladdad 17 mars 2022.

³⁶ Enligt svensk grundlag, regeringsformen 2:24 2 st, är det möjligt att begränsa föreningsfriheten för de i grundlagen angivna fallen, vilket inkluderar olovlig kärverksamhet, se Brottsbalken 18:4.

³⁷ Föreningsfrihet och förbud mot terroristorganisationer, prop 2021/22:42. Transparens: författaren till detta policy-paper satt som expert till denna del av 2020 års grundlagskommitté.

³⁸ Se till exempel Thomas Bull och Anna Jonsson Cornell, "Föreningsfriheten och förbud mot rasistiska organisationer", Svensk juristtidning, 2020 s. 515.

präglad av en konstitutionell patriotism i Habermas anda genom att fokus har legat på social och ekonomisk välfärd och ett inkluderande samhälle som skapar sammanhållning och trygghet. Sammanhållningen och den gemensamma identiteten har byggts på folkhemmet och den svenska välfärden, om man så vill. Bilden av staten som leverantör av välfärd snarare än staten som garant för rättsstatlighet har dominerat. Gradvis har vi sett en förändring. Välfärden har förändrats och i vissa delar försvagats, åtminstone för vissa samhällsgrupper, och idén om staten som garant för välfärd och ett inkluderande samhälle har ifrågasatts. Det svenska samhället är mer heterogent, och segregering och polarisering har ökat. Man skulle kunna hävda att en konstitutionell patriotism på dessa grundvalar inte längre är trovärdig eller tillräckligt stark.

Hur ser det då ut vad gäller en konstitutionell patriotism baserad på konstitutionalism och rättsstatlighet? Den svenska grundlagen har inte samma ställning (politiskt, rättsligt och i samhället i stort) som till exempel den tyska eller amerikanska grundlagen, även om vi har sett en betydande ändring i denna riktning sedan början på 2000-talet. Den svenska konstitutionella ordningen beskrivs bäst som ett system präglad av politisk konstitutionalism. Det innebär att viktiga konstitutionella frågor, ytterst kontrollen av regeringen, primärt hanteras genom politiskt beslutsfattande och inte av domstolar. Detta är också bakgrunden till den relativt svaga ställningen för den svenska grundlagen i allmänhet, och grundlagskyddet för fri- och rättigheter och domstolarnas oberoende i synnerhet. Förklaringen är att Sverige är ett parlamentariskt system som utgår från folksuveränitetsprincipen och i vilket folkets vilja kommer till uttryck i den lagstiftning som riksdagen antar. Att beskära riksdagens makt är därmed detsamma som att inskränka folkets vilja och det representativa system som den svenska demokratin vilar på. Det finns alltså en svag och relativt otydlig idéhistorisk och ideologisk grund i Sverige att bygga en konstitutionell patriotism på enligt Sternbergers och Mullers förståelse av begreppet. Få samhällsgrupper kommer sannolikt att gå man ur huse för att försvara den svenska grundlagen och rättsstaten.

Att svenska domstolar har utövat en viss försiktighet vid normprövning, att vi inte har en konstitutionsdomstol och att riksdagen inte nödvändigtvis känner sig bunden av lagrådets yttrande³⁹ är sprunget ur det svenska parlamentariska och representativa styrelseskicket. Riksdagens och regeringens förhållningssätt till lagrådets yttrande de senaste åren väcker flera frågor av relevans för diskussionen om konstitutionellt självförsvar. Ett av lagrådets, av grundlag givna, arbetsuppgifter är att granska hur ett lagförslag förhåller sig till grundlagarna och rättsordningen i övrigt. I de fall lagrådet finner att ett lagförslag strider mot grundlagen torde det krävas mycket för att regering och riksdag ska gå emot detta. Men att så ändå har skett är obestridligt, senast i det omdiskuterade Cementafallet då en enig riksdag valde att anta liggande lagförslag trots att lagrådets kritik inte föranlett ändring i regeringens proposition. Utvecklingen ger anledning att igen väcka frågan om inte lagrådets yttrande vad gäller en lags förenlighet med grundlagen bör vara bindande. Den teoretiska och principiella invändningen är densamma som tidigare: riksdagen representerar folkets vilja och därmed bör begränsningarna för riksdagens befogenheter vara minimala. I denna kontext är upprinnelsen till förslaget om ändring av regeringsformen för att kunna

39 För en belysning av problematiken se Thomas Bull, "Lagrådet och lagstiftaren – en konstitutionell balansgång" i Vänbok till Anne Ramberg, Jure förlag 2019, s. 63-84.

kriminalisera terroristorganisationer intressant. Efter skarp kritik från lagrådet valde regeringen att dra tillbaka förslaget för att senare återkomma med ett nytt förslag om ändring av brottsbalken, samt ett förslag om ändring av grundlagen. Så länge dialogen mellan lagrådet och regering samt riksdag respekteras på detta sätt så utgör lagrådet en av grundlagens viktiga väktare. Att lagrådet inte har mycket att sätta emot en enig riksdag kombinerat med en ökande trend att gå emot lagrådets yttrande är oroväckande och bör föranleda eftertanke.

“Ett politiskt parti som har enkel majoritet i riksdagen kan ändra grundlagen på ett sådant sätt att dess makt konsolideras”

Låt oss återgå till frågan om konstitutionell design och dess betydelse för konstitutionellt självförsvar. Även om den svenska grundlagen är bindande för både lagstiftare och domstolar så är den relativt lätt att ändra. Detta gäller samtliga kapitel och paragrafer i grundlagen. För att ändra grundlagen krävs två beslut av riksdagen med enkel majoritet, med ett mellanliggande val till riksdagen. Kravet på ett mellanliggande val syftar till att möjliggöra en offentlig debatt och en viss tidsfördröjning för att undvika överilade

ändringar. Faktum kvarstår dock att ett politiskt parti som har enkel majoritet i riksdagen kan ändra grundlagen på ett sådant sätt att dess makt konsolideras. För att undvika att ett sådant maktinnehav utnyttjas för att undergräva det demokratiska systemets grundvalar skulle ett par ändringar av grundlagen kunna införas.

Ett extra starkt skydd för de delar av grundlagen som är grundläggande för det demokratiska styrelseskicket skulle kunna åstadkommas genom att en kvalificerad ordning införs för ändring av vissa paragrafer i regeringsformen. Utmaningen här ligger i att finna en balans mellan ett parlamentariskt och representativt styrelseskick som vilar på folksuveränitetsprincipen och som i princip innebär att en nutida parlamentarisk församling inte bör kunna binda en framtida parlamentarisk församling, å ena sidan, och ett konstitutionellt självförsvar å andra sidan.

Den 13 februari 2020 tillsatte regeringen en parlamentariskt sammansatt kommitté, den så kallade 2020 års grundlagskommitté, med uppdrag att utreda bland annat formerna för ändring av grundlag.⁴⁰ Bakgrunden till utredningen är den snabba nedmontering av demokratins och rättsstatens grundstrukturer som har skett i delar av Europa och i andra delar av världen. Kommittén ska bland annat bedöma om det föreligger behov av att ändra reglerna för grundlagsändring så att det krävs en kvalificerad majoritet vid riksdagsbeslut för grundlagsändringar, om det finns behov av en kvorumregel (det vill säga ett krav på att ett visst antal ledamöter deltar i riksdagens beslut om grundlagsändring) och om valet som ska hållas mellan de två besluten av riksdagen ska vara ett ordinarie val.

2020 års grundlagskommitté har också fått i uppdrag att utreda behovet av ett ökat skydd för domstolsväsendet.⁴¹ I denna del analyserar kommittén om det finns ett

40 Förstärkt skydd för demokratin och domstolarnas oberoende, Dir 2020:11. Uppdraget ska redovisas senast den 15 februari 2023 och det ligger i uppdraget att lämna förslag på grundlagsändringar om kommittén finner det nödvändigt och lämpligt.

41 Uppdraget initierades genom en tillkännagivelse från riksdagen till regeringen.

behov av att stärka de svenska domstolarnas och domarnas oberoende genom att utreda regleringen om justitierådets antal och pensionsålder, en möjlighet för Högsta domstolen och Högsta förvaltningsdomstolen att sammanträda i särskild sammansättning, samt behovet av att förändra Domstolsverkets organisation, styrning och roll.

Organisatorisk och individuell självständighet gäller också till viss del den svenska förvaltningen. Den opartiskhet och saklighet i förvaltningen som legat till grund för utvecklingen av den svenska förvaltningsmodellen och den svenska demokratin kräver ett offentligt etos. Detta är inte något enskilda besitter naturligt. Det är något som tjänstemän måste utbildas och tränas i.⁴² Även om vi i Sverige har en stark tradition av självständiga myndigheter och vi åtminstone historiskt sett har haft ett starkt ämbetsmannaidéal så bör vi ställa oss frågan om vi har ett tillräckligt starkt konstitutionellt skydd för just dessa viktiga aspekter av konstitutionellt självförsvar. Som nämndes ovan är en tydlig uppdelning mellan tjänstemän och politiskt utnämnda tjänstemän viktig i detta sammanhang. Relationen mellan dessa två tjänstegrupper är också viktig eftersom ett lägre antal politiskt utnämnda tjänstemän är grundläggande för att skapa motståndskraft i statsapparaten och försvåra bemanningen av densamma med politiskt lojala tjänstemän. I denna kontext bör nämnas att antalet politiskt utnämnda tjänstemän i Regeringskansliet har ökat markant sedan början på 1990-talet då antalet var ett 30-tal, till dagens närmare 200, tillsammans med en framväxt av en ny yrkeskår av så kallade policyprofessionella och myndigheter som i huvudsak har ideologiskt betonade uppgifter.⁴³

Så här långt har några för det konstitutionella självförsvaret särskilt viktiga områden pekats ut. Det är en vanligt förekommande teknik att ge vissa kapitel eller paragrafer i en grundlag ett extra starkt skydd genom att höja tröskeln för hur de kan ändras. Att göra så även i Sverige skulle kunna vara ett sätt att stärka det svenska konstitutionella självförsvaret. Utan att på något sätt föreslå en uttömmande lista över kapitel eller paragrafer i regeringsformen som kan förtjäna ett mer kvalificerat grundlagsskydd bör dock ett par kapitel och paragrafer av grundläggande betydelse för det demokratiska styrelseskicket och rättsstatens grundvalar nämnas. De kapitel och paragrafer som listas här har en stark koppling till de områden som har diskuterats tidigare i texten.

- Regeringsformen 1 kap 1 §. Stadgar att all makt utgår från folket (folksuveränitetsprincipen), att grundvalarna för den demokratiska ordningen bygger på åsiktsfrihet, allmän och lika rösträtt, ett representativt och parlamentariskt styre och kommunalt självstyre, samt att offentlig makt utövas under lagarna (legalitetsprincipen).
- Regeringsformen 1 kap 2 §. Ett målsättningsstadgande som syftar till att tydliggöra och ge uttryck för mål som är grundläggande och särskilt viktiga för den svenska samhällsverksamheten, till exempel respekten för alla människors lika värde och den enskilda individens frihet och värdighet.
- Regeringsformen 1 kap 3 §. Anger vilka lagar som har status som grundlagar och som därmed har en särskild ställning och ett starkare skydd i den svenska rättsordningen.

42 Bo Rothstein, "Myndigheter att lita på. Den svenska demokratis grundbult", i Den svenska förvaltningsmodellen, Rättshistoriska studier, Stockholm 2020, s. 69.

43 Ibid s. 65-69.

- Regeringsformen 1 kap 4-8 §§: Reglerar de viktigaste statsorganens ställning och primära uppgifter, inklusive domstolar och förvaltningsmyndigheter.
- Regeringsformen 1 kap 9 §. Grundlagsfäster likabehandlings- och objektivitetsprincipen som är grundläggande för ämbetsmannaidealet.
- Regeringsformen 2 kap. Reglerar skyddet för grundläggande fri- och rättigheter.
- Regeringsformen 8 kap 14-17 §§. Reglerar stiftande av grundlag och riksdagsordningen.
- Regeringsformen 8 kap 18 §. Reglerar den formella lagkraftens princip som innebär att av riksdagen stiftad lag inte kan ändras genom föreskrift av lägre konstitutionell valör.
- Regeringsformen 8 kap 20-22 §§. Stadgar att det ska finnas ett lagråd som lämnar yttrande över lagförslag.
- Regeringsformen 11 kap 14 §. Reglerar domstolarnas rätt och skyldighet att säkerställa att grundlagens ställning och normhierarkin upprätthålls genom normprövning.
- Regeringsformen 12 kap 2, 10 §§. Stipulerar ramarna för förvaltningsmyndigheternas självbestämmande och deras rätt och skyldighet att utöva normprövning.

Slutligen, för upprätthållandet av rättsstaten och den demokratiska ordningen i Sverige, är det avgörande att säkerställa den organisatoriska och individuella oavhängigheten och professionella etos hos såväl domstolar som myndigheter. Trenden visar att domstolar tar normprövningsfrågan, som inkluderar grundlagstolkning, på allvar, men vi får inte glömma bort att även förvaltningsmyndigheter har en rätt och skyldighet att normpröva. Om vi accepterar argumentet som förts fram ovan om konstitutionsdomstolarnas sårbarhet, och att en decentraliserad normprövning är att föredra, blir det tydligt att framtida insatser kan behöva göras på det området för att förstärka Sveriges konstitutionella självförsvar.

8. Avslutande reflektioner

Hur stoppar vi liberala demokratier från att förvandlas till illiberala demokratier och, i värsta fall, till auktoritära stater? Fokus bör ligga på de tekniker som används av illiberala regimer. Populism är främst en politisk strategi och bör motverkas som sådan. Ett ansvarsfullt politiskt ledarskap som avstår från känslostyrd politik och opportunistisk retorik krävs och bör stödjas. Tydlig och precis lagstiftning, baserade på evidens och forskning, kan skydda domstolar från påståenden om omotiverad aktivism. Lagstiftande församlingar bör undvika symboliska lagar med svaga möjligheter att lösa problem eller ändra beteenden. EU bör förstärka sin förmåga att på ett relativt tidigt stadium upptäcka missuppfattningar, ideologisk indoktrinering och missbruk av politisk konstitutionalism och folksuveränitet, samt en systematisk nedmontering av rättsstaten i medlemsländerna. Ett sådant förhållningssätt är nödvändigt för att upptäcka systematiska försök att nedmontera den liberala demokratin och rättsstaten.

Konstitutionell design har betydelse. Tröskeln för att ändra en grundlag behöver

vara hög, utsträckt i tid, samt utformad så att en bred krets av aktörer kan delta och en offentlig debatt kan äga rum. Det konstitutionella skyddet för domstolarnas oberoende bör vara utarbetat och specifikt. Ett system med normprövning som centraliseras till konstitutionsdomstolar är sårbart för politisk manipulation och kontroll. Normprövningen bör därför decentraliseras för att involvera allmänna domstolar och förvaltningsdomstolar på alla nivåer och eventuellt även förvaltningsmyndigheter, som i Sverige.

“Populism är främst en politisk strategi och bör motverkas som sådan”

Slutligen, den motståndskraft som ett livskraftigt konstitutionellt självförsvar kräver måste byggas nerifrån och upp. Detta kräver en rättslig ram och en kultur som främjar integritet och professionalism vad gäller alla tjänstemän, på samtliga nivåer. Om vi accepterar tanken att illiberal demokrati och illiberal konstitutionalism är en balansakt mellan liberal demokrati och ett auktoritärt styre så kräver alla motåtgärder en grundlig förståelse för det politiska och

konstitutionella sammanhang i vilken balansgången äger rum. Om ett patrimonieellt system har skapats är kostnaden för att återgå till liberal demokrati och rättsstat högre. Det kommer inte att räcka med att överväga förändringar inom ett snävt rättsstatsparadigm. Svårigheten ligger dock i den glidande skalan mellan liberal och illiberal demokrati och det faktum att förändringar i den illiberala riktningen kan vara formellt korrekta, det vill säga ske inom grundlagens ramar. Systemet som skapats för att försvara den liberala demokratin inom EU, baserat på ömsesidigt förtroende, respekt och nationella konstitutionella traditioner, är inte anpassat till detta faktum, en punkt som först togs upp av Sajo och Tuovinen.⁴⁴

44 Sajo, A. & Tuovinen, J., 2019, s. 527.

Den gröna och liberala tankesmedjan

Om Fores

På den gröna och liberala tankesmedjan Fores arbetar vi varje dag för att söka de lösningar och reformer som Sverige behöver, för att försvara den liberala demokratin så som vi känner den. Vi står med den ena foten i akademien och forskningen och med den andra i samhällsdebatten.

Genom våra temagrupper Tillväxt, Trygghet och Tillit söker vi forskningsbaserade, framtidsoptimistiska reformförslag. Vi publicerar studier, böcker och rapporter samt arrangerar och medverkar i seminarier, samtal, debatter och projekt. Fores är hubben för den liberala demokratis vänner och driver därför bland annat Foresakademien och Reformpuben för nätverkande och idéutveckling.

Besök gärna fores.se för mer information.

Redaktör:

Tove Hovemyr, samhällspolitisk expert på Fores

Layout:

David Redebo, Fores

fores.se

Fores
Grev Turegatan 46, 114 38 Stockholm
info@fores.se