

Särtryck ur

Ulf 85

Då och nu;
om avhandlingars beständighet

Makt, rätt och liberalismens kris

OLA WIKLUND

Jure Förlag 2021

Makt, rätt och liberalismens kris

OLA WIKLUND*

1. Inledning

Som advokat och rättsvetenskapsman har mina texter alltid begränsats av metod och teori. Som doktorand skolades jag i rättsdogmatik vilket innebar att min uppgift var att normativt ge ögonblicksbilder av gällande rätt vid givna tillfällen i historien. Historiska skeenden blev i de flesta juridiska doktorsavhandlingar på 1980- och 1990-talet till irrelevanta utanverk. Detta trots att utvecklingen i världen, utanför seminarierummen och föreläsningssalarna, var dynamisk och höll på att förändras i grunden.

Men med historia är det som Ken Burns förklarade när hans eminenta Vietnamdokumentär hade haft premiär. Trots att vi är många som föddes in i kriget på 1960-talet med dess slang och akronymer, och med en känsla att det aldrig skulle ta slut, behöver vi låta tiden gå för att få perspektiv på händelserna och vad de egentligen betydde. Först fyrtio år efter krigsslutet kände Burns att det var dags att skrida till verket. I filmen såg vi John F Kennedy vandra i väg ifrån sin presidentinstallation i hög hatt. Men vad vi inte förstod då var att USA befann sig i brytpunkten mellan två tidseror. Vi visste heller inte vilken betydelse som kriget skulle få som förklaring till den polariserade politiska kultur som idag råder i USA. Det överlåter jag till riktiga historiker att utreda. Det är alltså inte denna typ av komplicerade orsaksamband denna artikel ska handla om.

Jag kommer att berätta en annan historia som handlar om ett skeende jag kanske först nu har fått visst perspektiv på efter närmare 40 år i juristvärlden, varav 20 år som student och forskare och 20 år som advokat. Under denna tid har jag haft förmånen att vistas utomlands under längre perioder. Under 1990-talet tog mig professionen till Paris, Aix-en-Provence, Florens och Luxemburg. En tid i USA fick skrivkrampen i sluttampen av avhandlingsarbetet att släppa. Jag vistas numera i betydande omfattning i norra Italien och New York men skriver detta under några vackra höstdagar på Norra Lagnö, dit den grasserande pandemin beordrat mig. Detta betyder att jag som teoretiker och praktiker, professionellt och civilt,

* Docent i europeisk integrationsrätt, advokat. Jag vill tacka professor Jens Bartelson och generaldirektör Lars Werkström för värdefulla synpunkter på artikelutkast.

levt relativt nära den omvandling av politik, juridik och ekonomi som inträffat de senaste fyrtio åren. Men viktigast är kanske att mina relationer med vänner och yrkeskollegor på dessa platser påverkat mitt perspektiv.

Denna artikel tar avstamp i en viktig relation. Den börjar med mitt första möte med Ulf Bernitz år 1990. Den skisserar därefter en historia som ger min bild av hur världen förändrats sedan dess. Jag målar med bred pensel. Berättelsen tar oss från Moules frites i Bryssel över konstitutionella förändringar i Sverige till USA och de hot mot liberalism och demokrati som nu står för dörren. Särskilt berörs det sociala dilemma och den desinformation som följer av sociala medier och självlärande algoritmer som i slutändan förhindrar oss att dela samma verklighet, samma fakta.

Jag landar slutligen i frågan om och hur vi nu ska förstå myten om den liberala rättsstatens separation mellan juridik och politik, en myt och princip som har varit så central för det västliga samhällsprojektet.¹ Och skälet till detta är att rättsstaten nu är utsatt för formidabla hot. Ett antal samtida händelser har kommit att destabilisera liberalismen samtidigt som vi ser en politisk och ideologisk strid utspelas inne i och utanför den amerikanska högsta domstolen, *Supreme Court*. En domstol vars ideologiska majoritet kommit att utnämnas av en president som uttalat att han inte fredligt kommer att överlämna makten till presidentvalets vinnare.²

2. Moules frites i Bryssel

Det var över Moules frites på restaurangen Chez Leon i hjärtat av Bryssel som Ulf rekryterade mig som doktorand. Ett tentativt ämne formulerades. Det var tänkt att jag skulle skriva en avhandling om förhållandet mellan EG-domstolen och nationella domstolar inom ramen för systemet med förhandsavgöranden. Ämnet saknade emellertid vid denna tid praktisk relevans för det svenska rättslivet eftersom Sverige av utrikespolitiska skäl i princip hade stängt dörren till ett medlemskap i de Europeiska gemenskaperna (EG). Men detta faktum besvärade inte den nybakade doktoranden nämnvärt.

Mötet i Bryssel skedde på vintern år 1990. Berlinmuren hade fallit året innan. Sovjetunionen föll samman som statsbildning tillsammans med dess ideologiska existensvillkor, marxismen. Hela Östeuropa kom att gå samma väg. Det intressanta var att Sovjetunionen inte hade förlorat ett krig, man hade inte blivit erövrade, utan det kommunistiska samhället imploderade av sig självt. Den stora utmaningen till den liberala världsordningen grundad på kapitalism kollapsade på grund av bristande legitimitet. Detta skulle få stora konsekvenser för den globala politiska utvecklingen. Sovjetunionens och den kommunistiska värdegrundens samman-

¹ Duncan Kennedy, *A Critique of Adjudication*, Harvard University Press 1997, s 26 f.

² Barton Gellman, *The Election that Could Break America*, *The Atlantic*, November Issue 2020. Se även Simon Schama, *The Two Americas*, *Financial Times*, den 30 oktober 2020. Schama skriver: "A moment of truth is at hand. Or perhaps a trial of strength, not just between two mutually and grievously hostile political tribes, but of the fortitude of American democracy itself and, above all, its presumption of a peaceful transfer of power from the defeated to the victorious candidate. In an unprecedented and shocking departure from normal practice, Donald Trump has given notice that his acceptance of the election result could be conditional on the decision going his way. Should that not happen (and at the time of writing it seems that it won't), the cry of "rigged" will go forth from @realDonaldTrump."

brott är fortfarande, i skrivande stund, den mest omvälvande historiska händelsen i mitt liv.

I nationalstaten Sverige hade politikerna mer konkreta och närliggande problem att hantera. Här hemma hukade vi under en brinnande finans- och fastighetskris. Den 26 oktober samma år publicerade Ingvar Carlssons regering ett tillkännagivande, i form av en fotnot i ett krispaket, som gjorde klart att Sverige skulle söka fullt medlemskap i EG. Resten är historia. Jag hade således mycket att tacka Ingvar Carlsson för. I samband med en bättre lunch med Leif GW Persson på Operabaren många år senare fick jag också möjlighet till det. Leif, som var bekant med Ingvar, vinkade honom till sig och jag stammade fram att jag var tacksam för hans politiska bedrift som betydde mycket för min yrkeskarriär. Ingvar svarade: "Ja, men det var inte lätt".

Trots att Ulf och Ingvar Carlsson inte tillhörde samma lag politiskt, vet jag att Ulf var imponerad över hur Ingvar på ett politiskt hav fullt av vassa grynnor lyckades styra skutan i hamn. Det var en historisk bragd att föra in Sverige i Europeiska unionen (EU). Ingvar Carlsson var tvungen att genomföra den tillsammans med ärkerivalen Carl Bildt vilket var provocerande för partifolket men sannolikt en förutsättning för framgången.³

3. Konstitutionell förvandling

Tillbaka till nådens år 1990. Nyheten om att Sverige skulle söka fullt medlemskap i EG slog ner som en bomb. Hur kunde hela den svenska utrikespolitiken läggas om över en natt? Detta hade inte kunnat ske utan Ingvar Carlsson vid rodret. Med historikern Svante Nordins ord:

"För svensk självuppfattning innebar den nya linjen en fundamental omorientering. Sverige riskerade att bli ännu ett litet land i Europa snarare än den moraliska fyrbåk för hela världen som man under Palmeepoken trott sig vara."⁴

Avhandlingsarbetet inleddes mot bakgrund av denna politiska turbulens. Regeringen Bildt satt då på taburetterna. Bildt hade föresatt sig att genomföra ett *systemskifte*. I boken Hallänning, svensk, europé skriver han:

"Den i grunden kollektivistiskt färgade konsensus som burit upp mycket av den politiska utvecklingen i Sverige sedan 1930-talet har gradvis vittrat sönder under 1970- och 1980-talen. Den ersätts nu av en ny samhällsmodell i samarbete med det övriga Europa....Sorgearbetet efter den tredje vägens och medelvägens myter är ännu inte avslutat. Det finns fortfarande betydande rester av den gamla mytologin kvar. Men de kan inte dölja att Sverige befinner sig i en uppbrottstid, att vi är på väg mot något nytt."⁵

Bildt uttrycker här, i kölvattnet av Berlinmurens fall, en förhoppning om att den liberala kapitalistiska demokratin nu skulle komma att sprida sig världen över.

³ Ingvar Carlsson, Lärdomar, Norstedts 2013, s 67.

⁴ Svante Nordin, Sveriges moderna historia, Natur & Kultur 2019, s 278.

⁵ Carl Bildt, Hallänning, svensk, europé, 1991, s 295.

Den svenska samhällsmodell som var på väg ut var i stort sett skapad av Socialdemokratiska regeringsinnehav. Det kan tyckas paradoxalt att när Ingvar Carlssons regering förde in Sverige i EU år 1995 innebar det slutet för den svenska modellen. Svante Nordin skisserar förändringen enligt följande:

”Den kamp som vänstersocialdemokrater förde mot EU-anslutningen innebar den sista striden för den gamla folkhemsidén. Samtidigt öppnade EU-striden en klyfta mellan etablissemang och folklig opposition kring den fundamentala frågan om den nationella suveräniteten, där oppositionens tyngdpunkt under kommande år på ett paradoxalt sätt skulle skifta från vänster till höger.”⁶

I folkomröstningskampanjen lanserade Nej-sidan allehanda argument. Ett huvudargument var att Sverige skulle förlora sin suveränitet om vi gick med. Det speciella med det svenska EU-motståndet var att det huvudsakligen kom från vänster. Det var Vänsterpartiet, Miljöpartiet och vänsterfalangen inom socialdemokratien som var dess politiska bas. I ljuset av *Brexit* och den konservativa ta-tillbaka-kontrollretoriken får denna vänsterkritik ses som anmärkningsvärd. Suveränitetsfrågor har i de flesta europeiska länder legat den konservativa högern varmast om hjärtat.

Men ett ja till EU-medlemskap var långt ifrån självklart. Opinionen stod och svajade. Jag glömmer aldrig EU-valvakan i redaktör Carlssons imposanta våning på Upplandsgatan. Här hade en illuster grupp samlats. Calle Lidbom och hans fästmö Anne Marie Dumas (då fortfarande gift med utrikesminister Roland Dumas). Danne från Operabaren stod för baren som var utsatt för högt tryck av professorer, doktorander och kulturmänniskor från alla hörn av staden. Jag insåg först när den första prognosen efter vallokalernas stängning kom hur avgörande resultatet skulle kunna bli för min yrkeskarriär. 52-48 meddelades det, och mitt avhandlingsämne fick av denna politiska tillfällighet plötsligt praktisk relevans. Jag kom under Ulfs överinseende att disputerat drygt två år senare.

Politiskt sett ändrade EU-anslutningen oåterkalleligt förutsättningarna för det svenska politiska självbestämmandet. Inom stora viktiga politikområden fattades nu beslut om lagstiftning i Bryssel. EU-lagstiftningen, eller EU-rätten, har företräde framför svensk lag. Vidare hade neutralitetspolitiken i princip spelat ut sin roll.

Vad gäller de konstitutionella verkningarna konstaterade justitierådet Göran Regner följande en kort tid innan han gick bort:

”Ingen hade nog från början tänkt att EG-rätten skulle få det här stora genomslaget. Man kan tycka att det är ett demokratiskt problem att domstolar lägger sig till med makt, kanske på bekostnad av mer demokratiska organ. Domstolarna har juridifierat politiken, och politikerna har fått acceptera det.”⁷

Göran Regner fungerade som handledare för den tidigare finansministern Pär Nuders examensuppsats om medborgarrätten på juristutbildningen. Nuder kom att intressera sig för juridifieringen och skriver i sin memoarbok:

⁶ Nordin 2019 s 285.

⁷ Tidskriften Advokaten nr 4 2007, s.32.

”Sedan 1974 års regeringsform har balanspunkten mellan politik och juridik förskjutits. Domstolarnas makt har ökat ... [V]i har blivit en del av en legalistisk politisk kultur. Den står många gånger i bjärt kontrast till den folksuveränitetskultur som den svenska demokratin bygger på.”⁸

Vad Regner och Nuder menar är att den skisserade utvecklingen utgjorde inget mindre än en konstitutionell revolution i Sverige. Den har i huvudsak omfamnats av den politiska högern och mitten. Den politiska vänstern har lite yrvaket börjat diskutera frågan först en bit in på 2000-talet.

Men den mytologi Bildt talar om var stark. Den vilade på filosofisk och rättsteoretisk grund. Rättsteoretiska skolor och tankeriktningar har ofta svärfångade ideologiska rötter. Den skandinaviska rättsrealismen var en rättsfilosofisk inriktning som kom att förknippas med skandinavisk socialdemokrati. Detta trots att det nog var så att den rättsfilosofi som kom att tjäna den politiska ideologin redan var formulerad när socialdemokraterna kom till makten år 1932.⁹

Rättsfilosofi och politisk ideologi kom sedermera att korsbefrukta varandra. Rättsfilosofin kom att ha en stor betydelse för genomförandet av de politiska idéer som i grunden reformerade samhällena i Sverige, Norge och Danmark under tiden efter andra världskriget. Rättsfilosofin kom att ackompanjera framväxten av skandinaviska välfärdsstater ledda av starka socialdemokratiska partier.¹⁰

I Sverige var alla regeringar sedan 1932, förutom korta avbrott under perioderna 1976–1982, 1991–1994 och från 2006 och framåt, socialdemokratiska. Den svenska välfärdsstaten som utvecklades efter 1945 hade sitt ursprung i två sociala överenskommelser från förra århundradet: den mellan arbetsgivare och arbetstagare å ena sidan och den mellan arbetare och bönder, å den andra. Regleringen av sociala nyttigheter och andra offentliga regleringar syftade till att skapa universella sociala rättigheter för medborgarna. Målsättningen var att skapa en jämn inkomstfördelning och jämlika rättigheter som säkrades genom utbetalningar från en skattkista som ständigt fylldes på genom hård progressiv beskattning. Det svenska välfärdsystemet stod i stark kontrast till den kontinentala europeiska versionen där de statliga transfereringarna i huvudsak syftade till att möjliggöra för medborgarna att betala för privata sociala tjänster, försäkringar och sjukvård. Låt vara att dessa i viss utsträckning subventionerades av staten för att hålla nere kostnaden.¹¹

Den svenska socialdemokratin föddes ur en modernistisk dröm och stark fascination för social ingenjörskonst. Det socialdemokratiska partiet genomförde i denna anda sociala reformprogram som skapade inkomst- och utgiftsutjämning, utbyggd

⁸ Pär Nuder, *Stolt men inte nöjd*, Norstedts 2008, s. 181.

⁹ Ola Wiklund, *The Reception Process in Sweden and Norway*, i *A Europe of Rights: The Impact of the ECHR on National Legal Systems*, red. Helen Keller and Alec Stone Sweet, Oxford University Press 2008, s. 170 ff. <https://oxford.universitypressscholarship.com/view/10.1093/acprof:oso/9780199535262.001.0001/acprof-9780199535262-chapter-4>.

¹⁰ Ola Wiklund, *Juristokratin och Den skandinaviska rättsrealismens uppgång och fall*, i *Regeringsrätten 100 år*, Iustus förlag 2009. Ola Wiklund, *Ideologiskifte och demaskering i modern tid*, i *Vänbok till Sten Heckscher*, Iustus förlag, 2012.

¹¹ Ola Wiklund, *The Reception Process in Sweden and Norway*, i *A Europe of Rights: The Impact of the ECHR on National Legal Systems*, red. Helen Keller and Alec Stone Sweet, Oxford University Press 2008, s. 171. <https://oxford.universitypressscholarship.com/view/10.1093/acprof:oso/9780199535262.001.0001/acprof-9780199535262-chapter-4>.

arbetsrätt och andra generella förmåner. Den reformistiska tidsandan gav ingen plats för konstitutionella invändningar. Några legala begränsningar fick inte stå i vägen för den sociala ingenjörskonstens landvinningar. Europakonventionen och andra folkrättsliga bestämmelser levde i skuggan av tidsandan. Till och med det i efterhand kritiserade svenska tvångssteriliseringsprogrammet kom att överleva flera år efter ratificeringen av Europakonventionen.¹²

Även domstolar och förvaltning stod under starkt inflytande av den rådande politiska ideologin. Bilden av staten som allsmäktig givare av nyttigheter gjorde sig även gällande hos domare och andra tjänstemän. Staten var god. Att tala om konstitutionella och individuella rättigheter som begränsningar för den politiska majoriteten ansågs i ljuset av en effektiv och generös välfärdsstat som överflödigt. Rättsfilosofen Anders Wilhelm Lundstedt liknade talet om "rättigheter" vid en "papegojas pladder".¹³

Från rättsfilosofiskt håll sågs återopandet av rättigheter som utlopp för metafysiskt tänkande.

Statens starka legitimitet i efterkrigstidens Sverige var orubbad. Den svenska regeringen hade ett omfattande manöverutrymme och kunde agera fritt i det allmännas intresse. Domstolar, myndigheter och justitieombudsman nedprioriterade undersökningar av missbruk av de personers rättigheter som stod utanför det sociala rättighetssamhälle som skulle bestå av moderna skattebetalande medborgare. Var du en frisk, hel och ren skattebetalare var du inne i värmen och kunde lugnt lägga dina rättigheter i knäet på den goda staten. Den rättsliga kulturen i Sverige och de övriga skandinaviska länderna blev under efterkrigsåren djupt influerad av rättsteorier som hade sina rötter i den skandinaviska rättsrealismen.¹⁴

Men EU-medlemskap, europeisering och globalisering har nu stöpt om Sverige konstitutionellt sett. De rättspolitiska uppfattningarna om vilken konstitutionell roll domstolarna ska ha skiljer sig numer inte så mycket åt mellan de olika politiska partierna. Den europeisering och juridifiering av samhället som pågått under en längre tid har till och med kommit till uttryck i regeringsformen. EU-medlemskapet nämns uttryckligen där, lagprövningsrätten utvidgas genom avskaffande av det så kallade uppenbarhetsrekvisitet, lagrådsgranskningen förstärks och rättighetsskyddet byggs ut. Vidare erkänns numer öppet domstolarnas rättsskapande funktioner. Jämfört med förarbetena till 1974 års regeringsform är det således fråga om ett paradigmskifte. Det intressanta är att i princip samtliga riksdagspartier förefaller stå bakom detta nya konstitutionella synsätt. Det framgår inte minst i den samsyn riksdagspartierna uppvisat i parlamentariska utredningar rörande frågor om domstolskontroll av lagstiftningsbeslut.¹⁵

I någon mening har de juridiska processerna politiserats samtidigt som politiken gradvis har överförs till den juridiska sfären. Juridiken politiseras genom att domstolar ställs inför mål med oklara rättsregler men av stor ekonomisk och samhällspolitisk betydelse. Domstolarnas stora tolkningsutrymme och målens brännande

¹² Wiklund 2008.

¹³ Anders W Lundstedt, ledarartikel i Socialdemokraten den 10 september 1928.

¹⁴ Wiklund 2009.

¹⁵ Se SOU 220:45.

samhälleliga betydelse gör det svårt för jurister, politiker och lekmän att alltid särskilja juridiken från politiken. Ett ökat antal samhälleliga tvistefrågor har nu kommit att lösas inom ramen för juridiska processer i stället för i politiska organ.

Juridifieringen av samhället har bidragit till att stärka domarnas autonomi och öka tolkningsutrymmet. Men denna utveckling är inte uteslutande betingad av marknadsekonomins utveckling. Utvecklingen av överstatlighet har visserligen drivits på av den ekonomiska globaliseringen. Anförtroendet av politisk och juridisk makt till överstatliga institutioner är dock sannolikt en oberoende orsak till ökat tolkningsutrymme och stärkt domarmakt. Denna globala tendens till konstitutionalisering och juridifiering har knappast skett på politikens bekostnad, utan snarare i tät symbios med politiska förändringar, vilka visserligen bidragit till att minska det demokratiska rådrummet, men samtidigt till att stärka de politiska institutionernas makt. EU:s utveckling från mellanstatlig till konstitutionell överstatlig organisation är ett exempel på detta.¹⁶

I stället för att juridiken blev till politik som var fallet under välfärdsstatens uppbyggnad, blev politiken juridik. Svante Nordin liknar det vid ”en sorts ämbetsmannastatens revansch, men nu på europeisk nivå.”¹⁷

Men denna utveckling förefaller inte ha försvagat våra institutioner eller äventyrat rättssystemets legitimitet i Sverige. De politiska partierna har istället parerat och följt med i utvecklingen. Vi har nu en riksdag som har förmågan att revidera skadeståndslagar och grundlagar för att få till stånd ett effektivt rättsskydd för enskilda. Detta är en i grunden stor rättsideologisk förändring jämfört med de bittra politiska strider som stod över egendomsskydd, lagprövning och mänskliga rättigheter på 1970- och 1980-talet.

Denna svenska konstitutionella konsensus har varit viktig för det svenska samhället. Den står i bjärt kontrast till läget i USA. Mer om det nedan.

4. Ekonomisk och politisk förvandling

Den socialdemokratiska folkhemsidén och efterkrigstidens sociala ingenjörskonst som skapade den svenska välfärdsstaten är emellertid inte helt döda. Men de är förändrade i grunden. Välfärdsstaten står kvar men den ser annorlunda ut. Och Carl Bildts liberala kapitalistiska revolution? Hur gick det med den?

Att juridiken och jurister på det nationella planet påverkats av den globala ekonomiska och politiska utvecklingen sedan murens fall 1989 står klart. Trots att vi ibland använder begreppet globalisering lite svepande är de internationella påverkansfaktorerna på nationella system varken abstrakta eller mystiska. De består av en mängd realiteter. Det var nog dessa Carl Bildt hade i åtanke med sitt systemskifte, och systemskifte blev det.

Företag har idag utvecklat nya produktionsmönster. Produktionen av varor och tjänster är mer flexibel och specialiserad än tidigare. Den är i grunden global och anpassas till företagets krav på kostnadseffektivitet och lönsamhet. Fokus ligger på aktieägares värde snarare än arbetarnas väl och ve.

¹⁶ Wiklund 2008 och 2009.

¹⁷ Nordin 2019 s 288.

I dag ser vi stora globala företag som verkar på en mängd olika marknader. Avtal och transaktioner mellan företag har i dag nästan uteslutande en *cross-border*-dimension. Utvecklingen av mäktiga överstatliga organisationer som EU med frihandel som konstitutionell hörnsten har ökat flödet av varor, tjänster, arbetskraft och kapital. I Europa har det uppstått en mängd nya tjänstemarknader av *cross-border*-karaktär. Det som utmärker dem är att medlemsstaterna har begränsade möjligheter att reglera erbjudandet av tjänsterna, inte minst när detta sker via internet från en annan medlemsstat.

Vidare har finansmarknaderna genomgått en genomgripande globalisering genom avreglering och teknisk utveckling. De flesta transaktioner triggas mer eller mindre komplicerade finansieringslösningar som involverar banker och andra finansiella institutioner. Denna utveckling har accelererat de senaste tio åren. Stora ekonomier har genomgått stora strukturella förändringar i form av privatiseringar (främst inom det gamla östblocket). Handelsregler har liberaliserats av regionala och globala organisationer som exempelvis WTO och NAFTA. Både Kina och Ryssland är i dag medlemmar av WTO.

Många protektionistiskt orienterade länder har genomgått demokratiseringsprocesser och lagt fast rättsstatsprinciper, vilket gynnat investeringar och handel. Det har skett ett globalt ideologiskifte från socialism till en mer marknadsorienterad liberalism vilande på fri konkurrens.

Den ideologiska vindkantring som följde på kommunismens fall skapade grunden för ett värderingsskifte även i Sverige. Avreglering, marknadsekonomi och fri konkurrens blev nya ideologiska grundstenar i den marknadsliberalism eller nyliberalism som ideologiskt sett låg bakom den accelererande globaliseringen av ekonomi, juridik och politik. Svensken kom på 1990-talet att bli en del av det finansiella systemet genom vidlyftiga bolån, börshandel och pensionssparande i aktier. Det intressanta var att såväl socialdemokrati som borgerlighet kom att omfamna denna utveckling. I USA skedde samma förbrödring mellan demokrater och republikaner över den nyliberala riktningen.

Men Bildts dröm dog med finanskraschen 2008. Denna krasch blev till en torped midskepps på den nyliberala ortodoxin om en fri oreglerad marknads överlägsenhet som instrument för effektivitet och fördelning.¹⁸ För det första var det en krasch som aldrig borde ha inträffat. Ekonomernas modeller som visade att fria marknader alltid var rationella och självkorrigerande var helt enkelt felaktiga. För det andra gjorde kraschen länder fattigare. Djupa recessioner har följts av återhämtningar som i slutändan innebar lägre reallöner, sämre anställningstrygghet och osäkrare sociala skyddsnät. Men sist men inte minst, krisen och dess följder avslöjade den mörka sidan av efterkrigstidens och kalla krigets ekonomiska modell. Istället för att välståndet sipprade ner till de lägre klasserna rann det effektivt uppåt till samhällets elitskikt.¹⁹

Dessa misstag kom att få betydande politiska konsekvenser.

¹⁸ Joseph, E Stiglitz, *The Price of Inequality*, Norton 2012, s 9 f.

¹⁹ Larry Elliot, *As the Berlin Wall Fell. Checks on Capitalism Crumbled*, *The Guardian* 2 november 2014.

5. Hoten mot liberalismen

Paradoxalt nog ser det ut som att liberalismen slutade som offer för sin egen seger i kalla kriget. Skälen kan anges som en rad destabiliserande politiska händelser: terrorattentaten mot World Trade Center den 11 september 2001, det andra Irak-kriget, finanskrisen 2008, den ryska annekteringen av Krim och den militära invasionen av östra Ukraina, västs maktlöshet inför kriget i Syrien, migrationskrisen i Europa 2015, Brexit och Donald Trumps valseger i USA 2016.²⁰

Vi har nu även genomlevt Trumps turbulenta presidentskap under fyra år, vilket enligt många bedömare skapat en konstitutionell kris i USA och en osäkrare omvärld. Och inte nog med det. Nu utsätter en dödlig pandemi de politiska systemen för svåra påfrestningar. Samtidigt förmörkas den liberala demokratin av Kinas frammarsch ekonomiskt och militärt, som skett under en politisk ledning som kan kallas för allt annat än liberal och demokratisk.

Den optimism som Carl Bildt uttryckte 1990, och som både jag och Ulf delade, har kommit på skam. De flesta vuxna i världen idag tror att deras barn kommer att få ett mindre rikt och lyckligt liv än de själva.²¹

I USA slog finanskrisen hårt mot den lägre medelklassen som kom att tappa både materiellt välstånd och självkänsla. Globaliseringen av ekonomin som accelererade det gränsöverskridande handelsutbytet och automatiseringen skapade ett reellt hot mot medelklassens sociala status, vilket Trump kom att utnyttja i valrörelsen år 2016. I detta sammanhang är den kinesiska frammarschen i världshandeln viktig. Den binder samman USA:s nedgång med slutet för den kommunistiska ideologi som amerikanerna febrilt bekämpat under decennier av kallt krig. Kalla krigets slut försvagade de antioligarkiska krafterna i det liberala väst. Detta berodde delvis på att kapitalisterna inte längre ansåg att de behövde pjoska med arbetarna för att minska attraktionskraften hos ett annat ideologiskt alternativ som dessutom militärt var styrkemässigt jämbördigt med USA. Utan en kommunistisk fiende övergavs omtanken om de lägre klasserna. Istället kom allt fokus att ligga på en ökad förmögenhetskoncentration uppåt utan motstycke i modern tid.²² Plutokraten var född.²³

Men vad som hänt i Östeuropa är särskilt intressant. Under 1990-talet blev EU-medlemskap en målsättning för de flesta av de forna kommuniststaterna i öst. Och de flesta är nu medlemmar. Men vägen dit blev smärtsam för självkänsla och identitet. Länder som Polen, Ungern, Bulgarien, Rumänien och de baltiska staterna blev offer för en emigrationsvåg. Såväl lågavlönade som välutbildade flydde sina hemländer i hopp om att finna lyckan i rikare europeiska grannländer. Under åren 1989 till 2017 förlorade Lettland 27 procent, Litauen 22,5 procent och Bulgarien 21 procent av sin befolkning.²⁴ Länderna hade vidare en åldrande befolkning och låga födelsetal. Detta ledde till en demografisk panik i Central- och Östeuropa.

²⁰ Ivan Krastev och Stephen Holmes, *Ljuset som försvann*, Daidalos 2019, s 8.

²¹ David Leonhardt, *New York Times*, den 8 december 2016.

²² Krastev och Holmes 2019, s 236.

²³ Chrystia Freeland, *Plutocrats – The Rise of the New Global Rich and the Fall of Everyone Else*, Penguin New York 2012.

²⁴ Krastev och Holmes 2019, s 57.

Det uppstod en rädsla av att nationens existens höll på att äventyras. Parallellt med denna utveckling ställde väst hårda förändringskrav för att kvala in i den liberala gemenskapen av rättsstater. Krastev och Holmes menar att:

”Den skamkänsla som det innebär att omforma sina preferenser så att de passar med utlänningars värdehierarkier, att göra det i frihetens namn och samtidigt bli föraktad för att man inte riktigt lyckas – sådana känslor har skapat grogrund för den antiliberala kontrarevolution som började i det postkommunistiska Europa, särskilt i Ungern, och som nu spridit sig i stora delar av världen.”²⁵

Dessa känslor har exploaterats av auktoritära ledare som även skamlöst hotar sina medborgare med att nationen står under ett etniskt hot av floder av migranter från Afrika och Mellanöstern som i slutändan kommer att utplåna nationen. Denna typ av hot exponeras medborgare i Polen och Ungern för ideligen. Men någon invandring till dessa länder är det inte frågan om. Detta är i huvudsak populistiska lögner.²⁶

Men trots att de är falska är dessa budskap effektiva i dagens digitaliserade samhälle, där styrande politiker är beväpnade med TV-kanaler och dessutom använder avancerade desinformationskampanjer i sociala medier som politiska verktyg.

Ingvar Carlsson lyckades genomföra det kanske viktigaste politiska beslutet under min livstid. Det krävdes mod, framsynthet och kompromissvilja för att klara det. Han verkade dock i en annan tid, en gammal tid. En tid utan smartphones, långt driven digitalisering och sociala medier. En tid när opinionsbildningen fungerade som vanligt. De stora tidningarna och etermedierna var moderatörer och gatekeepers. Vi kunde i allt väsentligt enas om samma fakta, samma verklighet. Vi visste vad som var sant och falskt, i alla fall på ett ungefär.

Vi lever i en annan tid nu.

6. Det tekniska hotet mot demokratin – Socialt dilemma och Deepfakes

Den accelererande digitaliseringen har förändrat människans predikament. De informationskrig som pågår i den digitala världen har i grunden förändrat norm- och opinionsbildning. I dokumentärfilmen *The Social Dilemma*, regisserad av Jeff Orlowski, undersöks och blottläggs en filosofisk förändring i Silicon Valley som går ut på att teknikindustrins verktyg och då i synnerhet sociala medier skadar människan och möjligheterna att enas om sanning och fakta i opinionsbildningen. Och om vi inte kan hitta bredare överenskommelser om vad som är sant eller falskt är det över, menar Tristan Harris i filmen. Tristan Harris är en amerikansk datavetare. Han är en av grundarna av Center for Humane Technology. Tidigare arbetade han som designetiker på Google. Han tog sin examen vid Stanford, där han studerade etik för mänsklig övertygelse.

Harris menar att sociala medier har blivit alltför kraftfulla och beroendeframkallande. De fragmenterar uppmärksamhet och koncentration och syftar till att programmera om människors hjärnor. Vi lever nu i en digital ekonomi som foku-

²⁵ Krastev och Holmes 2019, s 24.

²⁶ Krastev och Holmes 2019, s 61.

serar på människans behov av uppmärksamhet och behovstillfredsställelse. Vi är föremål för ständiga angrepp från automatiserade försök att manipulera oss. *Persuasive Technology* lärs ut och utvecklas på USA:s ledande universitet. Denna teknologi genomförs effektivt på e-handelsplattformar, sociala medier och i våra smartphones. Målet är att effektivt förändra våra beteenden och vanor. Denna teori om en ny form av beteendedesign utgår från att människor inte förändrar sitt beteende på grund av förändringar i sina attityder och åsikter. Tvärtom, människor förändrar sina attityder och åsikter för att de ska passa deras beteende. I denna modell betraktas människan som en maskin, inte som en fritt tänkande självständig varelse. Eller som Douglas Rushkoff uttrycker det: "That's why persuasive technologies are not designed to influence us through logic or even emotional appeals."²⁷ Människan ses helt enkelt som en maskin i den digitala världen, en oreflekterande tillhandahållare av allsköns information som efter bearbetning är guld värd för annonsörer, diktatorer och andra affärspartners. Det är denna affärsmodell som vi till slut har hamnat i och som ägarna till teknikjättarna älskar.

Den politiska polariseringen förstärks av sociala medier som Facebook, Instagram, Google och Twitter. De utgör nu de flesta människors digitala infrastruktur och har blivit till en nödvändig samhällelig nyttighet. De är ryggraden i vår kommunikation av information men separerar människor från varandra genom att beröva dem gemensamma upplevelser. De placerar systematiskt människor på öar, eller i bubblor, där de blir ensamma med sina tankar och sin ångest.

Utvecklingen stormar på. Den stora revolutionen står nu för dörren. Sjävlärande algoritmer kommer snart att ta över allt innehåll på nätet (och i andra medier). Snart kan alla med hjälp av dessa algoritmer producera bild, text och film helt syntetiskt, dvs utan mänsklig hand.

Syntetisk media kommer inom fyra år utgöra 90% av innehållet i våra medier. Det kommer för de flesta att vara omöjligt att skilja en autentiskt mänsklig producerad text, bild eller film från en syntetisk skapad av en algoritm. Detta innebär att man kan fejka vad som helst.²⁸

Deepfake är en företeelse som vanligtvis avser videor där en persons, vanligtvis en offentlig person, ansikte och/eller röst har manipulerats med hjälp av programvara för artificiell intelligens på ett sätt som gör att den ändrade videon ser autentisk ut. *Deepfakes* anses vara en källa till oro eftersom de ofta används för att vara medvetet vilseledande, till exempel genom att få det att se ut som en politiker sa något han inte gjorde, eller låta det se ut som om en kändis var med i en pornografisk video.²⁹

Vem som helst kan göra en film som för blotta ögat framstår som autentisk i vilken Stefan Löfven kör Porsche och manar till militär invasion av Norge. För de som inte känner Stefan Löfven blir det i princip omöjligt att veta om filmen är äkta eller fejk. Jag kan inte riktigt lita på dataingenjörernas försäkran att jag nog kan avslöja allt fejk med mitt lilla effektiva mjukvaruprogram. Eller för oss som fortfarande läser skönlitteratur blir det omöjligt att veta om den på nätet omtalade debutromanen är skriven av "en hand hållande en penna" eller av en algoritm. Jag måste tillstå

²⁷ Douglas Rushkoff, *Team Human*, New York 2019, s 63 f.

²⁸ Nina Schick, *Deepfakes – the Coming Infoapocalypse*, 2020.

²⁹ Nina Schick, 2020.

att jag har svårt att ta in och greppa denna förändring fullt ut. Men jag misstänker att utvecklingen utgör ett hot mot vår demokrati och ligger i vägen för möjligheten att skapa goda samhällen.

Samtidigt finns det skäl att understryka att sociala medier instrumentellt sett kan leda till att främja fritt åsiktsutbyte och demokratisering. Men det förutsätter att medborgarna i någon mening utgår från samma fakta, samma verklighet. Det är detta som är grundproblemet. Det kan vi se när digitala medier används i diktaturens eller särintressenas tjänst. Ett exempel är hur Putin och Xi effektivt reviderar sina kontinenters historia i syfte att stärka diktaturernas legitimitet hos medborgarna.

Det smärtsamma är att det är i ljuset av denna verklighet vi måste analysera juridikens och politikens möjligheter att bidra till ett bra samhälle. Det är nu nya villkor som gäller för politikens och juridikens möjligheter att styra människors beteenden. Det är även nya villkor som gäller för hur politiken och juridiken ska legitimeras som institutionellt godtagbara och rättfärdiga. Detta gäller särskilt rättsstaten och domstolarnas roll. Insatserna är särskilt höga i USA där den politiska polariseringen har blottlagt frågor om den amerikanska högsta domstolens ställning och legitimitet. Mer om det nedan.

7. American Dystopia

Åtskillnaden mellan politik och juridik löper som en röd tråd genom den liberala rättsstatens historia. Den utgör även närmast ett postulat för medborgarna. Men distinktionen utgör också en självklar utgångspunkt för hur politiker och jurister beskriver historia och samtid. Men frågan är om denna distinktion i sig är juridisk eller politisk.³⁰

De flesta forskare som beskrivit den europeiska historiens utveckling under efterkrigstiden utgår ifrån att distinktionen i huvudsak är politisk. De stats- och rättsvetare som undersökt globaliseringens och europeiseringens effekter på nationalstaternas politiska och juridiska liv använder begrepp som *juridifiering* och *judikalisering* av samhället.³¹

De båda världskrigen ledde i Europa till ett behov att kunna stävja och sätta gramma på nationalstaternas excesser. Det fanns även tankar på en tydligare kodifiering eller konstitutionalisering av grundläggande fri- och rättigheter. Dessa tankar och denna rörelse hade tagit form under slutet av 1800-talet, men kvävts av krigen.³² Men nu kom de att utmytna i konventioner och grundlagar i Europa. Vi fick nya grundlagar nationellt, den mellanstatliga Europakonventionen och sedermera EG- och EU-fördragen. Dessa innehöll alla såväl kataloger av grundläggande fri- och rättigheter som referenser till ett europeiskt rättsarv som hade sin grund i

³⁰ Duncan Kennedy 1997, s 27 f.

³¹ Wiklund 2009. Se även Joakim Nergelius, Konstitutionellt rättsskydd – Svensk rätt i ett komparativt perspektiv, Norstedts Juridik, Stockholm 1996 och Ola Wiklund, EG-domstolens tolkningsutrymme, Norstedts Juridik 1997.

³² Martti Koskenniemi, *The Gentle Civilizer of Nations*, Cambridge University Press 2001, kapitel 2 och 3.

upplysningens idéer. Men viktigast av allt, de innehöll rättsregler som syftade till att göra rättsväsendet självständigt i förhållande till den politiska makten.³³

Denna konstitutionaliseringsprocess initierades av politiska och juridiska eliter men kom sedermera att vinna bredare legitimitet genom sin praktiska tillämpning. Processen kom att accelerera med globaliseringen av ekonomin och politiken. Vi kom att få en pluralism av suveräner och konstitutioner som överlappade varandra. I en nationell rättsprocess kunde flera rättighetsdokument bli tillämpliga på samma rättsfråga och domaren gavs ett betydande tolkningsutrymme vid lösandet av normkonflikter mellan vaga och allmänt hållna konstitutionella rättsregler.³⁴

Denna process av *Integration Through Law* skedde av politisk nödvändighet och kom att göra rättsväsendet starkare. Den liberala rättsstaten kom att juridifieras för att politiken initialt krävt det, och under resans gång kommit att acceptera utvecklingen. Detta ledde till att balanspunkten mellan domstolar och politiska institutioner kom att förskjutas. Denna politiska utveckling påverkade naturligt den begreppsliga distinktionen mellan politik och juridik och banade vägen för en juridifiering av politiken i Europa.³⁵

I USA har emellertid distinktionen mellan juridik och politik i huvudsak uppfattats som formellt juridisk, vilket lett till en process som istället politiserat juridiken.³⁶ Dessa skillnader kan i sin tur hänga samman med hur och i vilken utsträckning den dömande maktens självständighet är konstitutionellt stadfäst eller om den i högre grad vilar på omständigheter och överenskommelser som är utomrättsliga och politiska. I USA var den initialt formellt juridisk, medan den i Europa kom att gradvis säkras utifrån politiska nödvändigheter och genom kodifiering och praxis. Denna omständighet har sannolikt betydelse för hur distinktionen mellan juridik och politik hanteras i USA och Europa idag. Och den kan därmed få avgörande betydelse om det amerikanska rättsväsendet lyckas upprätthålla sin legitimitet i det prekära läge som landet befinner sig i efter det senaste presidentvalet. I de processer som domstolarna har att hantera har folkviljan med all önskvärd tydlighet kommit att ställas mot domarnas legitimitet som objektiva och oberoende skiljemän i samhällsliga konflikter.³⁷

Så låt oss lämna Sverige och Europa och vända blicken mot ett USA som har *gone haywire*.³⁸ Joseph Biden vann presidentvalet men han har inte direkt kommit till ett dukat bord. USA befinner sig i ett besvärligt, nästan farligt läge. Låt oss börja med den amerikanska högsta domstolen, *Supreme Court*. I USA har politiseringen av domarmakten diskuterats i över hundra år. Domarutnämningarna till amerikanska *Supreme Court* har ofta kantats av politiska strider. Men dessa har huvudsakligen

³³ Ola Wiklund, *The Reception Process in Sweden and Norway*, i *A Europe of Rights: The Impact of the ECHR on National Legal Systems*, red. Helen Keller and Alec Stone Sweet, Oxford University Press 2008, s 171. <https://oxford.universitypressscholarship.com/view/10.1093/acprof:oso/9780199535262.001.0001/acprof-9780199535262-chapter-4>.

³⁴ Se Ola Wiklund, *Om att ta den svenska domarens värderingar på allvar*, i *Svea hovrätt 400 år*, Norstedts Juridik 2014, s 564 f.

³⁵ Joseph Weiler, *Transformation of Europe*, *Yale Law Journal* 1991 s 2403 och Ola Wiklund, *EG-domstolens tolkningsutrymme*, *Norstedts Juridik* 1997, s 123 ff.

³⁶ Laurence Tribe, *American Constitutional Law*, 2nd ed 1988, s 12 ff.

³⁷ Duncan Kennedy 1997, s 33 ff.

³⁸ Se Kurt Andersen, *Fantasyland – How America Went Haywire*, Ebury 2016.

skett i tider av relativ politiska stabilitet. Nu är läget ett annat. Man behöver inte vara alarmist för att konstatera att den amerikanska demokratin befinner sig i en djup kris. Denna kris beror delvis på de skäl jag angivit ovan och som utgör ett hot mot liberalismen som ideologi. Men USA har särskilt accentuerade egna och självförvållade problem.

Den senaste finanskrisen 2008 kom att proletarisera en stor del av medelklassen i väst.³⁹ Globaliseringen av ekonomin har inneburit att en stor del av tillverkningsindustrin har flyttat utomlands. Automatiseringen och teknikutvecklingen har ställt många lågutbildade utanför arbetsmarknaden. Möjligheten att få jobb inom detaljhandeln efter *high school* minskar. Den allmänna utbildningsnivån är låg, vilket skapar problem när teknikutvecklingen accelererar. Fler och fler amerikaner befinner sig utanför arbetsmarknaden och riskerar att hamna i ett permanent utanförskap. Välstånds- och inkomstfördelningen är extremt ojämn. Den sociala rörligheten är låg, vilket har gjort att den amerikanska drömmen blir allt svårare att realisera i form av ekonomiska klassresor, vilket i sin tur leder till ett ifrågasättande av legitimiteten i statsskicket som sådant. Ett ökat antal amerikaner saknar grundläggande nyttigheter i form av sjukförsäkring, ett verksamt arbetslöshetsunderstöd och bostadsstöd.⁴⁰

Vidare är den generella våldsnivån i det amerikanska samhället hög. Den leder tillsammans med miljontals handeldvapen till allvarlig våldsbrottslighet. Dessa faktorer resulterar även i konfrontationer mellan polis och medborgare som i betydande utsträckning eskalerar på grund av förekomsten av vapen.⁴¹ USA har proportionellt sett en av de högsta fångpopulationerna i västvärlden.⁴² Vidare undergår landet för närvarande rasoligheter som ytligt sett bottnar i ett antal fall av polisiärt övervåld mot svarta, men som i grunden har sin förklaring i en lång historia av förtryck av den svarta befolkningen. Som om detta inte vore nog utsätter nu den grasserande pandemin hela samhället för ett stress-test som riskerar att blotta ännu fler problem.

Till detta ska läggas den extrema polarisering som uppstått i amerikansk politik och som inte endast förekommer i institutionerna i Washington, utan även ute i delstaternas politiska församlingar. Denna polarisering bottnar i djupa kulturella motsättningar mellan stad och land och kust och inland. Och denna bild lär fortsatt att vara giltig även med Joe Biden i Vita Huset.

Vad som blir särskilt svårt att hantera är den reviderade nationalismen som bygger på att USA ska *backa hem* från världen. Trumps anhängare betraktar amerikaniseringen av världen som en katastrof. De har ju förlorat på denna politik.⁴³ Framförallt ledde den tidigare verksamma ekonomisk alliansen mellan Kina och

³⁹ Processen finns bra beskriven i Guy Standings, *The Precariat – The New Dangerous Class*, Bloomsbury 2011.

⁴⁰ Se Kurt Andersen, *Fantasyland – How America Went Haywire*, Ebury 2016 och *Evil Geniuses – The Unmaking of America*, Ebury 2020 samt Robert Putnam, *Our Kids: The American Dream in Crisis*. Simon & Schuster, 2015.

⁴¹ Jfr Brå-rapport 2019:6, bra.se med *Violent crime statistics in the U.S.* Published by Statista Research Department, Oct 26, 2020, Statista.com.

⁴² *Mass Incarceration: The Whole Pie 2020*, By Wendy Sawyer, prisonpolicy.org, Incarceration rates in OECD countries as of May 2020. Published by Erin Duffin, May 20, 2020, statista.com.

⁴³ Krastev och Holmes 2019, s 195.

USA (Chimerica) till att amerikanska industriarbetare fick det sämre. Detta var en allians som i första hand gynnade den amerikanska eliten och var en av förklaringarna till finanskrisen under åren 2008 och 2009.⁴⁴ Enligt Trump var det dags att sätta stopp för att andra länder åker snålskjuts på den amerikanska uppfinnarandan. Motsättningarna mellan USA och Kina har nu eskalerat till ett fullskaligt teknologiskt kallt krig.⁴⁵

Samtidigt har Trumps restriktiva hållning till invandring och flirtande med vit makt-rörelsen polariserat USA. Detta särskilt med tanke på de demografiska förändringar som har skett och som fortsätter att accentueras. Den kulturella identitetspolitiska rörelsen har underblåst konfliktytorna.⁴⁶

Etniskt sett har den amerikanska befolkningen genomgått förändringar, främst beroende på en lång historia av invandring. År 2020 är icke-spansktalande vita fortfarande i majoritet i USA, vilket representerar 59,7% av den amerikanska befolkningen. Forskningen har visat att den vita andelen av den amerikanska befolkningen har sjunkit sedan 1950 och att den kommer att fortsätta att minska.⁴⁷

Detta får konsekvenser för de motsättningar som bottnar i identitet grundat på rastillhörighet.

Vad som händer med grupperns värderingar när man utforskar identitetsmotsättningarna genom demografins lins kan tyckas deprimerande.⁴⁸ Om raser konfronteras och upplever att de hotas uppstår oönskade effekter. I ett forskningsprojekt tillfrågades vita högskolestudenter om rastillhörighet och gavs i uppdrag att överväga de vitas privilegier. Detta fick dem att uttrycka mer rasism, inte mindre. Ezra Klein konstaterar:

”The simplest way to activate someone’s identity is to threaten it, to tell them they don’t deserve what they have, to make them consider that it might be taken away. The experience of losing status — and being told your loss of status is part of society’s march to justice — is itself radicalizing.”⁴⁹

På samma sätt som de antiliberala ledarna i Ungern och Polen hotar Trump med att den vite amerikanen snart kommer att hamna i minoritet, varvid den amerikanska identiteten och nationalkaraktären är hotad. Trump och Orbán uppmanar till fientlighet mot politiska flyktingar och ekonomiska migranter genom att demagogiskt frammana bilden av en långsam invasion.⁵⁰ Enligt Krastev och Holmes är

⁴⁴ Niall Ferguson, 1 juni, 2009, The trillion dollar question: China or America? *The Daily Telegraph*. London.

⁴⁵ Scott Galloway, intervju med Niall Ferguson den 5 november 2020 i The Prof G Show with Scott Galloway podcast.

⁴⁶ Krastev och Holmes 2019, s 231 f. Se dock Ezra Klein, *Why We’re Polarized*, Avid Reader Press 2020. Klein fokuserar på politisk identitet och försöker rädda identitetspolitiken.

⁴⁷ 3 ways that the U.S. population will change over the next decade, <https://www.pbs.org/newshour/nation/3-ways-that-the-u-s-population-will-change-over-the-next-decade>.

⁴⁸ Norman J. Ornstein, recension av Ezra Kleins, *Why We’re Polarized*, New York Times den 29 januari 2020.

⁴⁹ Ezra Klein, *Why We’re Polarized*, Avid Reader Press 2020, s 118.

⁵⁰ Krastev och Holmes 2019, s 231.

”Den invandrarfientliga politiken...känslofylld därför att massinvandringen, verklig eller inbillad, hotar att spola bort resterna av en förestäld gemenskap som av historiskt kontingenta orsaker redan är på väg att vittra sönder.”⁵¹

Samtidigt har det republikanska partiet sett den demografiska förändringen som ett hot mot sina möjligheter att vinna val i framtiden. Det är i ljuset av denna förändrade demografi som partiets försök att dra om valkretsgränser (*Gerrymandering*) och försök att försvåra för vissa samhällsgrupper att rösta ska ses.⁵²

Denna karaktäristik av egenheter, problem och motsättningar har växt fram under en längre tid och kräver tid för att läkas och förändras.

Under Trumps presidentskap har samtidigt en politisk kampanj inletts som syftar till att ifrågasätta de flesta byggstenar som den liberala rättsstaten vilar på. Det mest allvarliga angreppet har skett på vetenskapen och vetenskapssamhället. Detta är en del i en kampanj som syftar till att misskreditera de vetenskapliga bevisen för klimatkrisen.⁵³

Efter att den världsledande medicinska tidskriften *New England Journal of Medicine* i en ledarartikel kritiserat Trumps hantering av Coronapandemin exploderade sociala medier med anklagelser om att tidskriften styrdes av det kinesiska kommunistpartiet. Dessa uppgifter kom sedan att återopas av andra medier.⁵⁴ Detta utgör ett paradexempel på hur enkelt desinformation sprids och fastnar i människors medvetande.⁵⁵

Men mer allvarligt är kanske att Coronaviruset fick fäste hos människor i ett USA där det var legio att betrakta experter och vetenskapsmän som ännu en politiserad intressegrupp, i ett politiskt polariserat land som till och med politiserade insatserna mot pandemin till den milda grad att bärandet av mask nu ses som ett politiskt ställningstagande. Jag bär inte mask för jag vägrar gå med på att staten begränsar min frihet, skanderas från höger. Jag bär mask för jag är lojal mot staten och mina medmänniskor, hävdas från vänster.

Mitt under brinnande pandemi under våren 2020 stoltserade Vita Huset med att presidenten hade tagit ”..the country back from the doctors”.⁵⁶ Viruset tog fäste i ett land präglat av urvattnad rationalitet och en uppskruvad anti-elitism och anti-intellektualism. Men framförallt faller politiseringen tillbaka på den extrema

⁵¹ Krastev och Holmes 2019, 232.

⁵² Meaghan Winter, Want to dismantle structural racism in the US? Help fight gerrymandering, *The Guardian* den 21 augusti 2020.

⁵³ Justin Worland, Donald Trump's Surprising, Misleading Climate Change Boast” *Time*, 9 July 2019, time.com/5622374/donald-trump-climate-change-hoax-event/ Helier Cheung ”What Does Trump Actually Believe on Climate Change?” *BBC*, 23 Jan. 2020, www.bbc.com/news/world-us-canada-51213003.

⁵⁴ Ledare, Dying in a Leadership Vacuum. *New England Journal of Medicine*, 8 oktober 2020, www.nejm.org/doi/full/10.1056/NEJMe2029812.

⁵⁵ Det finns skäl att erinra om att två dussin republikaner som ställer upp i valet till Kongressen har delat konspirationsteorier online och använt hashtag kopplade till QAnon eller har förekommit i QAnon-relaterade sammanhang under de tre senaste åren. Sedan konspirationen föddes har QAnon vuxit från en amerikansk virtuell kult till ett globalt fenomen. Det står emellertid klart att QAnon inte bara är ett bisarrt skämt frikopplat från verkligheten utan kan leda till verkligt våld; FBI varnade förra året att QAnon utgjorde ett potentiellt inhemskt terroristhot enligt CNN den 20 oktober 2020.

⁵⁶ Nyhetsartikel i *New York Times* den 29 oktober 2020 som citerar Jared Kushners samtal med Bob Woodward.

amerikanska individualismen som accepterar få eller inga interventioner från statsmakten. Dominerande är en bristande förmåga att se nyanser. Allt är svart eller vitt. Det saknas utrymme för kompromisser och att erkänna komplexiteten i samhällsproblemen.⁵⁷

Trumps krig mot samhällets institutioner fortsatte. Trumps egen statsepidemiolog Anthony Fauci var enligt presidenten en katastrof. Trump tog ära och heder av FBI, CIA och en mängd andra förvaltningsmyndigheter. Trump har genomgående ignorerat hävdvunna politiska och juridiska normer. Ett exempel från i somras är att han genom en *executive order* riktade sanktioner mot domare i den internationella brottmålsdomstolen i Haag (ICC), vilket alierat en stor del av USA:s forna allierade och tillfogat förtroendet för USA närmast irreparabel skada.⁵⁸ Och dessa exempel utgör endast ett axplock av liknande åtgärder och uttalanden.

Men det allvarligaste och farligaste angreppet på *The Rule of Law* (rättsstaten) och den amerikanska konstitutionen är Trumps uttalande att han inte fredligt kommer att överlämna makten till Joseph Biden vid en valförlust. Detta är ett språkbruk som hör tyranner till. Men vad som är än mer häpnadsväckande är att republikanska politiker inte kraftfullt tog avstånd från detta uttalande.

Det är mot bakgrund av detta skisserade amerikanska predikament som frågan om högsta domstolens legitimitet och den senaste domarutnämningen av Amy Coney Barrett ska ses.

Den starka politiseringen av domarmakten har accentuerats av president Trumps utnämningar av ett antal *konservativa* domare. Efter presidentvalet är maktförhållandena nu på hösten år 2020 6-3 i de konservativas favör. Men låt oss bena ut hur politiseringen av Supreme Court gått till och vad detta betyder för domstolens ställning och legitimitet.

Under senatsförhören garanterade Amy Coney Barrett, som tog plats i domstolen den 26 oktober, på fullt allvar att hennes egna *värderingar*⁵⁹ inte har någon inverkan på hennes dömande verksamhet. Detta trots att hon på frågor från senator Kamala

⁵⁷ Sam Harris samtal med Nicholas Christakis, Making Sense podacst-avsnitt 222 den 28 oktober.

⁵⁸ Pranshu Verma, Trump's Sanctions on International Court May Do Little Beyond Alienating Allies. The New York Times, 18 oktober 2020, www.nytimes.com/2020/10/18/world/europe/trump-sanctions-international-criminal-court.html. Executive Order on Blocking Property Of Certain Persons Associated With The International Criminal Court." *The White House*, The United States Government, www.whitehouse.gov/presidential-actions/executive-order-blocking-property-certain-persons-associated-international-criminal-court/. US: Lawsuit Challenges ICC Sanctions." *Human Rights Watch*, 28 oktober 2020, www.hrw.org/news/2020/10/02/us-lawsuit-challenges-icc-sanctions.

⁵⁹ Se Ola Wiklund, Om att ta den svenska domarens värderingar på allvar, i Svea hovrätt 400 år, Norstedts Juridik 2014, s 564 f: "Domarens rättsskapande verksamhet sker inom ramen för en struktur av rättsregler inom vilken luckor, konflikter, mångtydighet och vaghet uppstår. Domaren löser tolkningsproblem genom en process som i någon mening återskapar och bekräftar den rättsliga strukturen och för att sen åberopa ett antal rättsliga argument som syftar till att rättfärdiga lösningen av rättsfrågan. Men rättstillämpning är ingen exakt och mekanisk rationaliseringsprocess. Den juridiska rättfärdigandeprocess som utförs av domare är mer eller mindre öppen för värderingar. Men begreppet värderingar måste ges en bestämning. Koskeniemi lanserar det mer eleganta och användbara begreppet *sensibilitet*: "...a set of attitudes ...that is related to the notion of 'culture' and connotes ideas and practices, political faith, image of self and society, as well as the structural constraints within which ...lawyers work." *Sensibilitet* anger därmed en sorts utgångspunkt eller mentalitet som skapar värderingar. Men även om värderingar formas av sensibiliteten innebär det inte att sensibiliteten alltid bestämmer värderingarna. Min poäng är snarare att *sensibiliteten* gör vissa värderingar mer sannolika."

Harris ansåg att klimatförändringen inte är ett faktum utan en politisk fråga som är uppe för diskussion. Hon förkunnade ändå att:

”My personal views have nothing to do with how I will decide cases. I want to be clear about that.”

Uttalandet kan verka överraskande, men så uttrycker sig domare ofta i offentligheten. När de talar sinsemellan är de mer öppna med sina värderingar.⁶⁰ Men Barrett lurar nog ingen. Mot bakgrund av den hätska politiska strid som uppstod efter att Ruth Bader Ginsburg dog (hon ansågs liberal) måste Barretts påstående närmast betraktas som absurt. Det är inte särskilt vågat att anta att det mellan Barrett och Ginsburg föreligger väsentliga skillnader i värderingar.

Barretts utnämning riskerar nu att cementera en majoritet som inte endast är konservativ och återhållsam utan även har drag av *judiciell aktivism*. Liberaler är rädda för att viktiga prejudikat om rätten till abort (*Roe v. Wade*) och Obamas försök till en generell sjukförsäkring, även kallad *Obamacare* eller *Affordable Care Act*, kommer att upphävas. Mål som rör dessa rättsprinciper ligger nu på domstolens bord och Barretts röst har förutsättningar att förändra ett rättsläge som har progressiva förtecken och som delvis uppnåts av Ginsburgs röst i dessa och andra mål.⁶¹

Barrett tjänstgjorde som rättssekreterare (*clerk*) hos den avlidne Antonin Scalia som i sin tur hade Robert Bork som mentor. Dessa domare och rättsvetare var framträdande företrädare för en konservativ juridisk ideologi som går under benämningen *originalism*. En ideologi som utgår ifrån att konstitutionen troget ska tolkas med utgångspunkt i texterna och vad lagstiftaren avsåg med dem när de skrevs. I den rättsteoretiska litteraturen kan den insorteras under vad som allmänt kallas för *textualism* eller *formalism*.

Det intressanta med denna rättsideologi är att den syftar till att domaren vid lagtolkningen ska vara återhållsam och hålla sig nära ursprungstexten. Syftet med lagstiftningen eller lagstiftarens intentioner ska skjutas åt sidan. Men utnämningarna under Trumps presidentskap har gjorts för att rucka på denna princip om *self-restraint*. I centrum för domarrekruteringen stod The Federalist Society (The Society), en organisation som har hållit i takt pinnen för dessa och hundratals utnämningar av federala domare.⁶²

The Societys inflytande cementerades genom att Donald Trump anställde Leonard Leo i Vita huset år 2016. Han var verkställande vice-president i The Society. Hans nätverk sträckte sig bortom rättsväsendet till mäktiga donatorer, politiker och företagsledare. Anställningen föregicks av en del preludier som bottnade i att The Society såg Trump som en vulgär populist som inte på något sätt delade organisationens konservatism. Men det gick snart upp för Leo att ett partnerskap med Trump skulle ge The Society ett formidabelt inflytande på domarutnämningarna. Om man var beredd att lägga moral och ideologiska övertygelser åt sidan skulle organisationen ges möjlighet att styra det amerikanska rättsväsendet för decen-

⁶⁰ Martin Shapiro, *Judges As Liars*, 17 Harv. J. L. & Pub. Pol'y 155 (1994).

⁶¹ Professor Lara Bazelon, *New York Times*, den 26 september 2020.

⁶² Noah Feldman, *Deep Background*, podcast 24 oktober 2020, avsnitten *Deep bench: Winning* och *Donald Trump has a very excellent list*, Pushkin 2020.

nier framåt. Sagt och gjort, tillsammans med Trumps personlige juridiska rådgivare Donald McGahn började man arbeta fram listor på flera hundra federala domare som var trogna rörelsen. De skulle även uppfylla två andra krav. De skulle vara förhållandevis unga och visa på modet att gå bortom den juridiska formalismen och idka judiciell aktivism i syfte att aktivt gynna högerorienterade politiska intressen.⁶³ En särskild lista gjordes för *Supreme Court*. Här fanns Gorsuch, Kavanaugh och Barrett. Nu skulle The Federalist Society sätta ett historiskt avtryck. Förutom dessa låg firman Leo/McGahn bakom utnämningarna av ungefär 200 domare.⁶⁴

The Federalist Society grundades 1982 av studenter vid Yale och University of Chicago Law School och dominerades ursprungligen av inflytelserika jurister som Robert Bork och hans lärjunge Antonin Scalia. Föreningen fungerade i början som en mötesplats för dem som upplevde att de gick i otakt med tidens liberala idéströmningar. Föreningen har genom åren dragit till sig advokater, forskare och politiker vars åsikter ligger nära högersympatierna som omfattades av domarna Bork, Scalia och Clarence Thomas.

Även Barrett har en nära relation med The Society, och även om vissa kritiker från liberalt håll har problem med hennes stränga religiositet, ser andra hennes rättsideologiska övertygelser och kopplingen till The Society som farligare:

”What I do hold against her is that she has been part of a different group – one far more powerful than a religious organization: The Federalist Society. Barrett was a member from 2005-06 and 2014-17. She ended her membership when she joined the appeals court, but she continues to be a panelist and speaker at Federalist Society events. As Sen. Sheldon Whitehouse (D-RI) has said (and I have written in my book), The Federalist Society is more than a group of right-wing lawyers sucking up for clerkships and judicial jobs (though it is that).”⁶⁵

För Leo och McGahn var Barret perfekt. Den konservativa rörelsen hade med ljus och lykta letat efter en ung kvinna som kunde axla Scalias mantel, någon som kunde leda en ideologisk rörelse till höger i dömandet. Hon skulle ha samma starka personlighet och intellektuella tyngd som Scalia, egenskaper som gjorde honom till en effektiv ideolog i decennier. Och inte nog med det:

”Judge Barrett is steeped not only in conservative legal traditions but also in a religious culture that friends say informs her approach to her whole life and to the law.”⁶⁶

The Society är inte endast ett verktyg för mäktiga juridiska, politiska och ekonomiska intressen som försöker omstöpa rättsväsendet i syfte att gynna organisationens intressen. Vad man försöker göra är inget mindre än att kontrollera hela rättsväsendet i syfte att driva igenom sin agenda. Organisationen finansieras av mäktiga och rika konservativa privatpersoner och grupper. Leonard Leo sitter som central representant i fler högerorienterade stiftelser som bara mellan åren 2014 till

⁶³ Noah Feldman, Deep Background, podcast 24 oktober 2020, avsnitten Deep bench: Winning och Donald Trump has a very excellent list, Pushkin.

⁶⁴ How close is President Trump to his goal of record-setting judicial appointments? Russell Wheeler, Tuesday, May 5, 2020, Brookings.edu.

⁶⁵ Paul Begala, Amy Coney Barrett’s truly scary association, Op-ed CNN.com den 10 oktober 2020.

⁶⁶ Michael D. Shear och Elizabeth Dias, New York Times, den 26 september 2020.

2017 bidrog med 250 miljoner dollar i donationer. Bakom dessa stiftelser står bland annat bröderna Koch som i egenskap av finansiärer kraftfullt understöder den konservativa juridiska revolutionen.⁶⁷

Det är därmed inte förvånande att The Society ska visa sig ligga bakom ett formidabelt juridiskt-politiskt angrepp på Obamas The Affordable Care Act. Ända sedan Obamas lag om en allmän sjukförsäkring antogs av representanthuset 2009, och efter att lagen skickats till senaten för behandling, samlade The Society styrkorna på sin nationella konferens på The Mayflower Hotel i Washington.⁶⁸

Konferensen öppnades av Leonard Leo, som alltså senare skulle sitta i Vita huset och ansvara för domarrekrutering. Han var The Societys verkställande vice ordförande och har varit den kanske mäktigaste personen i organisationen under det senaste decenniet. Alla som räknades deltog på konferensen: domare från *Supreme Court*, federala och delstatliga domare, professorer och ledande republikanska politiker från hela USA. Och det var under en paus från sessionerna på denna konferens attacken på Obamacare inleddes. Det informella mötet kom att visa sig så betydelsefullt att det fick namnet The Mayflower Compact, en referens till det historiska dokument som undertecknades på skeppet The Mayflower 1620 och som blev centralt för USA bildande.

Randy Barnett, juristprofessor på Georgetown University, tröttnade på överläggningarna i det stora auditoret, blev lite rastlös och gick ut i lobbyn för att sträcka på benen. Han anslöt sig till en grupp jurister som med anledning av att Obamacare-lagen anhängiggjorts i senaten diskuterade om man på något sätt kunde stoppa den under återopande av att den stred mot konstitutionen. Barnett fick uppdraget att skriva en promemoria och utveckla den rättsliga argumentationen. Detta angrepp på Obamacare, som var orkestrerat av The Society, kom att skjuta delar av Obamacare i sank. *Supreme Court*, vars resonemang inte är alldeles lättillgängligt, förklarade bland annat att det stod delstaterna fritt att genomföra reformen. Detta ledde till att ett tjugotal delstater inte kom att genomföra The Affordable Care Act.⁶⁹

Under senhösten ligger nu Obamacare på den nya 6-3-domstolens bord igen. Det står vidare klart att Barretts rättsideologi är väsensskild från Ginsburgs. Barretts mentor och ledstjärna var Antonin Scalia som var en av USA:s ledande konservativa jurister under decennier. Scalia dog 2016 och kom att ersättas av Neil Gorsuch, även han en strängt konservativ domare med ett förflutet i The Society. Även domaren Brett Kavanaugh var medlem i The Society och har starka band till organisationen.

Det som förenar dessa tre domare är att de är unga och har möjligheter att påverka dömandet i flera decennier. De har utnämnts för att de förväntas ge upp sitt konservativa juristcredo om originalism och textualism. De förväntas utöva juridisk aktivism i syfte att gynna högerorienterade politiska intressen. New York Times ledare en vecka innan presidentvalet konstaterar:

⁶⁷ Paul Begala, Amy Coney Barrett's truly scary association, Op-ed CNN.com den 10 oktober 2020.

⁶⁸ Noah Feldman, Deep Background, podcast 24 oktober 2020, avsnitten Deep bench: Winning och Donald Trump has a very excellent list, Pushkin.

⁶⁹ Noah Feldman 2020.

"Yet today's conservative majority is among the most activist in the court's history, striking down long-established precedents and concocting new judicial theories on the fly, virtually all of which align with Republican policy preferences."⁷⁰

Det hårdnackade politiska motståndet mot *Obamacare* ska genom The Societys försorg flytta in i *Supreme Court*, dvs till en institution vars starka ställning vilar på att den är en domstol och inte en politisk institution. Man kan tycka att det är paradoxalt att The Society som i sin linda var tydliga med att organisationen inte tog ställning i politiska frågor och förespråkade återhållsamhet och juridisk formalism nu ligger bakom en förödande politisering av *Supreme Court*. Och detta har skett genom det effektiva partnerskapet mellan Vita huset och The Society, mellan populism och konservatism, förkroppsligat av Donald Trump och Leonard Leo.

Och insatserna är höga för Trumps presidentskap eftersom det lider mot sitt slut. Men Michael Kruse spinner vidare på The Societys inflytande och framhåller att de hundratals domarutnämningarna kan bli Trumps bestående arv:

"But his influence unquestionably will outlast his tenure. It will go on for decades. On the scorecard that matters maybe most of all — who sits in the most important seats in the nation's most important courts — the architects of the Federalist Society have attained a level of influence on the courts they never could have imagined, in a way they never could have envisioned. Trump is changing the country. He has already changed it, because of them."⁷¹

Barretts falska proklamation om värderingsfritt och objektivt framtida dömande åskådliggör tydligt ideologins roll i rättstillämpningen. Detta är särskilt viktigt eftersom domstolen befinner sig i ett ytterst känsligt läge. Skulle den konservativa majoriteten ändra *Roe vs Wade* som säkrade rätten till abort, *Obergefell vs Hodges* som legaliserade homoäktenskap, och avskaffa gällande vapenrestriktioner m m skulle det innebära en vitamininjektion för den konservativa rörelsens kontrarevolution mot det Amerika som växt fram sedan *The New Deal* över medborgarrättslagarna på 1960-talet.⁷²

Skulle detta ske riskerar domstolen att betraktas som en öppet politisk institution. I det rådande kaotiska läget vore detta en katastrof för det amerikanska statskicket. USA behöver just nu en fungerande rättsstat med domstolar som förtjänar medborgarnas förtroende. Detta inte minst av det skälet att högsta domstolen är den institution som fortfarande har högst förtroende av statskickets tre grenar. Men det kan snabbt erodera.

Presidentvalet ligger som en skugga över Barretts utnämning. Mot bakgrund av Bidens seger i presidentvalet innebär hennes utnämning att Republikanerna med juridisk hand berövar Demokraterna vad som skulle tillkomma dem utifrån folkviljan. Detta har skapat ett farligt läge i USA. Denna politiska strid skulle kunna bli till den gnista som tänds den eld som bränner ner rättsväsendets legitimitet till

⁷⁰ Ledare New York Times, den 27 oktober 2020.

⁷¹ Michael Kruse, One wonky student group founded in 1982 has reshaped the Supreme Court — and the entire US, i politico.eu den 1 september 2018.

⁷² Edward Luce, Will America tear itself apart? The Supreme Court, 2020 elections and a looming constitutional crisis, Financial Times den 15 oktober 2020.

grunden. Detta är särskilt allvarligt eftersom det kanske är det sista institutionella ramverk som hjälpligt håller uppe det amerikanska statsskicket.⁷³

8. Den amerikanska kontrarevolutionen och rättsväsendets legitimitet

Berlinmurens fall och den följande samhällsutvecklingen med globalisering och accelererande kapitalism kom att förvandla västvärlden politiskt, ekonomiskt och juridiskt. EU-medlemskapet och europeiseringen ledde för Sveriges del till en konstitutionell omvandling. Politiska heliga kor som neutralitet, folkhem och doktrinen om domstolar och domare som underordnade politiken försvann i förändringens flodvåg på 1990-talet. Ut åkte också den skandinaviska rättsrealismen som utgjort den rättsideologiska motivationsgrunden för efterkrigsårens byggande av välfärdsstaten.

Sverige kom nu också att förändras kulturellt. Trots att välfärdsstaten hölls mer eller mindre intakt fästes blicken på näringslivet. Det var nu företagsledarna, entreprenörerna och en diffus grupp av andra celebriteter som blev till idoler och hjältar. Monetär rikedom och kändisskap blev det som gällde. Denna kulturförändring accentuerades av att våra kommunikationer digitaliserades och gav oss smartphones och sociala medier. Men denna utveckling förde inte med sig en polarisering av politiken utan utmynnade i en svensk konsensus kring konstitutionella frågor om makt och rätt.

Men när vi trodde att vi nått historiens slut inträffade ett pärlband av politiskt destabiliserande händelser. Kronan på verket var finanskraschen 2008 som på ett smärtsamt pedagogiskt sätt utpekade globaliseringens vinnare och förlorare. Alla dessa händelsers effekter kom att förstärkas av det djupgående *sociala dilemma* som internet skapat. Alienation och utanförskap befästes. Människor förlorade kunskap om en gemensam verklighet, vad som var sant och falskt. Och detta teknikens *runaway train*, nu lastat med självlärande algoritmer som skapar syntetisk media (Deepfakes), kommer att bidra till att vi människor kommer att få ännu svårare att samlas kring en rimligt samstämmig verklighetsuppfattning. Europa drabbades av en flyktingvåg från Syrien som var en direkt följd av Assad-regimen och Rysslands bombningar och intensifierade krig mot motståndare till Assad. Men Europa tog även emot stora mängder av ekonomiska flyktingar från Afrika och Mellanöstern. Denna migrationsvåg har förändrat den ideologiska balanspunkten i flera europeiska stater. Populistiska politiska ledare har skrämt väljarna med slagord om nationell identitetsförlust, grasserande klanbrottslighet och krackelerande välfärdssystem, allt har skylts på migranterna.

I Europa hade murens fall pådyvlat de forna kommunistländerna ett imitationspåbud som skulle komma att skapa en grogrund för auktoritära regimer som skrämde sina osäkra medborgare med illusorisk invandring, identitetslöshet och nationell utplåning.

⁷³ Edvard Luce 2020.

En farlig häxbrygd av alla dessa ingredienser erbjöds även amerikanerna, som drack glupskt. Timingen var usel. Ett land på gränsen till socialt och ekonomiskt sönderfall kom nu av egen kraft att skada sig självt genom att avlegitimera de institutioner som hjälpligt stod upp. Trumps presidentskap har devalverat såväl presidentämbetet som hela förvaltningsapparaten, inklusive säkerhets- och under rättelsetjänsterna. Han har ifrågasatt valprocess och rösträkningssystem i syfte att göra utgången av presidentvalet illegitim. Genom att i praktiken lämna över de viktiga domarutnämningarna till en utomparlamentarisk högerorienterad institution riskerar även den fasadlegitimation som hjälpligt har dolt politiskt partisanskap i Supreme Court att pulvreras. Kvar kommer ännu en starkt politiserad institution att stå, nu utan den objektivitetens slöja som kunnat hållas intakt genom år av juridisk exeges och snårig rättslig argumentation.

Men vad denna svenska, till viss del europeiska och amerikanska historia inte handlar om är de principer som teoretiskt och filosofiskt bär upp den liberala rättsstatens legitimitet. Den viktigaste principen är åtskillnaden mellan makt och rätt, politik och juridik. Lagtolkningens och lagtillämpningens legitimitet vilar på denna distinktion. Och det är det min forskning handlat om det senaste decenniet. Är det bara rättssystemet eller är det även något som ligger utanför systemet som begränsar domstolars tolkningsutrymme? En sak är att domstolsavgöranden har politiska och ideologiska effekter, men en annan fråga är i vilken utsträckning den rättsliga argumentationen innehåller värderingar.

Det är i ljuset av dessa skillnader den amerikanska erfarenheten ska ses. Domarna Bork och Scalias *originalism*, *textualism*, och *formalism*, eller hur man nu ska benämna dessa teorier, förefaller ha en sak gemensamt. De verkar kunna rättfärdiga i princip vilka tolkningar som helst och förefaller tillmäta domaren ett betydande tolkningsutrymme. Inom detta utrymme samsas politiska övertygelser, värderingar i form av externa legitimitetshänsyn med principer om legalitet, koherens och prejudikatbundenhet.⁷⁴

Detta visar de två avgörandena under sommaren 2020 där chefsdomare John Roberts, i ett försök att avpolitisera domstolen och stärka dess legitimitet, blev tungan på vågen i mål där den fria aborten hotades i Louisiana och homosexualitet som grund för uppsägning ansågs rättsstridigt. Roberts ansåg sannolikt att det inte var politiskt förnuftigt att inskränka fri abort och homosexuellas rättigheter i ett politiskt och konstitutionellt instabilt USA. Han gav emellertid med sin utslagsröst delstaterna frihet att efter eget omdöme inskränka och försvåra möjligheterna för medborgarna att utöva sin rösträtt, vilket fick förödande konsekvenser för underklassens tillträde till valurnorna i stater som Texas och Ohio.⁷⁵

Givet politiseringen av *Supreme Court* är det svårt att frigöra sig från misstanken att dessa teorier lanserats för att dölja för folket vad som egentligen pågår. Och detta görs, om än inte i ond tro, men väl med fingrarna korsade bakom ryggen.⁷⁶

⁷⁴ Duncan Kennedy 1997, s 29 f och 70.

⁷⁵ Noah Feldman, Deep Background, podcast 31 oktober 2020, avsnittet Deep Bench: The Coming War, Pushkin 2020.

⁷⁶ Duncan Kennedy 1997, s 26 ff.

I Sverige verkar samma krafter, och liknande teorier har alltid åberopats för att för medborgarna framställa rättslig argumentation som motsägelsefri, rationell och objektiv. När jag diskuterar juridik och rättspolitiska frågor med mina vänner som är domare, vissa av dem justitieråd, så slås jag av att de alltid vill begränsa betydelsen av sin roll som domare. De vill visa upp en försiktig och återhållsam fasad utåt. Detta är den svenske domarens credo. Det är sunt och eftersträvansvärt med ett i grunden försiktigt förhållningssätt. De menar att de inte har någon annan uppgift eller roll än att endast avgöra det fall de har framför sig i enlighet med mer eller mindre klara och tydliga rättsregler.⁷⁷

Jag brukar då invända att de inte på något sätt är försiktiga eller återhållsamma till sin mänskliga grundkaraktär och att jag betvivlar att de alltid klarar av att lägga band på karaktären i dömandet. En av dem har även ett visst bekräftelsebehov som yttrar sig i uttalanden och artiklar i dagspressen. Dessutom påpekar jag att det finns teoretiska och filosofiska problem med att påstå att människan kognitivt och kunskapsteoretiskt kan hålla isär det *civila* och *professionella* jaget. Nu himlar de med ögonen och betonar att dömandet är ett hantverk, närmast en skön ingenjörskonst.

I de rättspolitiska diskussionerna med mina domarvänner framträder emellertid grundläggande ideologiska skillnader. En är relativt konservativ och allmänt skeptisk till europeisering och globalisering. Han är skeptisk till rättighetsdiskursen och närmast paternalistisk i sin syn på förhållandet mellan individen och staten. Han har en förkärlek för att läxa upp och mästra menigheten i juridiska spörsmål. En annan älskar upplysningens idéer om värdighet, likhet, jämlikhet och rättvisa. Han är inte oväntat positiv till globaliseringen av den liberala idéns universella ideal och ser EU som en väktare mot diktatur och förtryck. Och efter några glas vin krackelerar fasaden. Ställda inför tydliga rättsfrågor som härrör ur tydliga intresse-motsättningar intas nu klara positioner. De är ju heller inte mer än människor.

Globaliseringen och europeiseringen av svensk rätt har skapat en ny konstitutionell kultur i Sverige. De flesta kan emellertid fortfarande enas om att en demokrati kräver folkstyre. Men en verklig demokrati kräver att fler villkor är uppfyllda. Demokrati är en egen moral som bygger på universella värden om värdighet, jämlikhet och tolerans. Demokrati kan inte existera utan att dessa värden tillförsäkras medborgarna genom ett konstitutionellt system som erbjuder tillgång till rättsmedel för realiserandet av mänskliga rättigheter. Om vi accepterar att HD har en viktig roll för att skydda dessa värden och ge enskilda möjligheter att förverkliga dem i domstolar, måste vi acceptera att rättstillämpningen är öppen för värderingar.

Tillsammans med de politiska institutionerna (nationellt och inom EU) kommer HD att ha inflytande över hur rättigheter, skyldigheter, pengar och skulder fördelas mellan individer och grupper för att vårt sociala samhällskontrakt ska hålla i tider av otrygghet, pandemi, ekonomisk kris och stigande ojämlikhet. Det går inte att ignorera denna aspekt av dömandet i en domstol som har ett ansvar för demokratins stabilitet och utveckling. Eftersom ojämlikheten i samhället har blivit en central fråga för de politiska institutionerna får frågan aktualitet även i HD.

⁷⁷ Detta överensstämmer med den amerikanska erfarenheten. Se Martin Shapiro, *Judges As Liars*, 17 Harv. J. L. & Pub. Pol'y 155 (1994).

I syfte att påvisa hur ytterligt svårt det är för HD i rådande omgivning att fjärma sig från att låta värderingar påverka dömandet kan vi försöka förstå verksamheten utifrån vad Jürgen Habermas kallar rättstillämpningens rationalitetsproblem.⁷⁸ En domare har alltid att tolka mer eller mindre oklara och motsägelsefulla rättsregler. Amerikanska *Supreme Court* och EU-domstolen i Luxemburg har ofta vaga och öppna texter i konstitutionella dokument att tolka. Men det har tidvis även svenska domstolar. Teoretiskt och filosofiskt vilar rättstillämpningen var den än utförs på samma kunskapsteoretiska fundament.

En tolkningsoperation, som kan förstås som ett samspel mellan sakomständigheter och de olika rekvisiten i en rättsregel, kan aldrig uttömma en rättsregels oklarhet. Vidare ska domarens tolkning leva upp till juridikens koherenskrav, den ska passa in i rättssystemet och inte strida mot överordnade normer eller hävdvunna tolkningsprinciper. Vi kan kalla detta ett krav på inre legalitet. Men samtidigt ska tolkningen kunna accepteras av det omgivande samhället. Den ska kunna rättfärdigas moraliskt för att uppfattas som legitim, och måste alltså leva upp till ett yttre legitimitetskrav. Var balanspunkten mellan legalitet och koherens å ena sidan och yttre legitimitet å andra sidan ligger är beroende av en mängd externa faktorer.⁷⁹

I *Supreme Court* kommer nu domarna att konfronteras med rättstillämpningens rationalitetsproblem och sökandet efter rätt balanspunkt. Om de konservativa domarna skjuter koherenskrav och legalitet åt sidan till förmån för de förväntningar som skruvats upp av dem som är direkt och indirekt ansvariga för deras utnämningar, riskerar de att sänka legitimiteten inte bara hos det enskilda avgörandet utan även för institutionen som sådan. Och detta riskerar att ytterligare fördjupa den konstitutionella kris USA befinner sig i för närvarande.

Rationalitetsproblemet blev tydligt för chefsdomare John Roberts när han i målet *June Medical* i somras avvek från sin skiljaktiga mening i ett tidigare identiskt mål från 2016. Målet gällde lagligheten hos abortrestriktioner i Louisiana. Roberts hade utslagsröst och skrev majoritetens domskäl. Han satte nu prejudikatbundenhet före sin ideologiska övertygelse, vilket han inte gjort 2016. Skälet var att han i ett polariserat landskap ville säkra domstolens legitimitet, dvs hur den samhällseliga omgivningen uppfattade domstolen. Genom att pendla mellan ideologi och koherenshänsyn blir *Supreme Courts* prejudikatverksamhet oförutsebar. Det kan tyckas paradoxalt att denna tvehågsenhet även drabbar Scalias lärjungar. De som kände Scalia menar att denne aldrig skulle ha förklarat Louisiana restriktionerna olagliga, utan godtagit dem och därmed tagit det första steget i upphävandet av det beramade prejudikatet *Roe vs Wade*.⁸⁰ Det är därmed inte förvånande att Roberts agerande väckte stor bestörtning i högerkretsar och hos The Society. Detta kan tyckas märkligt eftersom Roberts betonade prejudikatbundenhet och *self-restraint*, principer som alltid har varit ledstjärnor för organisationen, men ideologiska överväganden som satte domstolens integritet främst tog i detta fall överhanden.⁸¹

⁷⁸ Jürgen Habermas, *Between Facts and Norms*, MIT Press Cam. Mass. 1996, s 198 ff.

⁷⁹ Habermas 1996 s 198.

⁸⁰ Noah Feldman, *Deep Background*, podcast 31 oktober 2020, avsnittet *Deep Bench: The Coming War*, Pushkin 2020.

⁸¹ Noah Feldman, *Deep Background*, podcast 31 oktober 2020, avsnittet *Deep Bench: The Coming War*, Pushkin 2020.

Samma bestörtning upplevde The Society när Neil Gorsuch fällde avgörandet i ett mål som rörde rättsfrågan: om lagförbudet mot könsdiskriminering (i The Civil Rights Act från 1964) även skyddar arbetstagare mot diskriminering på grund av sexuell läggning? Klagande var en homosexuell man och en man som avsåg att genomgå en könskirurgi för att bli kvinna. Gorsuch gick på klagandenas linje och skrev majoritetens domskäl som gav det gamla diskrimineringsförbudet en innebörd som lagstiftaren inte avsett 1964. Detta trots att han var *originalist*, *textualist* och förespråkade *self-restraint*. Den konservativa republikanska senatoren Josh Hawley (tidigare ordförande i The Society vid Harvard Law och *clerk* till John Roberts) tog till brösttoner och ansåg att Gorsuch avgörande representerade slutet på the *conservative legal movement*. Han menade att teorier om *originalism*, *textualism* och *self-restraint* är noll värda om man genom återopande av dem kan nå vilket resultat som helst.⁸²

Det ligger en del i denna kritik som verkligen avtäckar värderingarnas roll i rättstillämpningen. Vad Gorsuch ville göra var helt enkelt att ge en uppdaterad tolkning av diskrimineringsförbudet som motsvarar samhällets rådande värderingar. Men med kritiken mot Gorsuch och utnämningen av Barrett, som i grunden förefaller långt mer konservativ än både sin mentor Scalia, Roberts och Gorsuch, riskerar domstolen ändå att inleda ett ideologiskt konfrontativt krig mot *Roe vs Wade* och *Obamacare*, men denna gång mot en demokratisk president och en demokratisk kongress. Det bådar inte gott.

Men hur kommer det sig att vi inte har samma svåra polarisering i Sverige? En förklaring är att samhället inte polariserats av nationalism och demografiska förändringar i samma utsträckning som i USA. En annan förklaring är att domarnämningarna i vart fall inte är öppet politiska⁸³ och att de politiska partierna har utvecklat en konsensus kring de förändringar som följde av EU-medlemskapet och som europeiseringen av rätten krävde. Vidare kan det vara så att vi inte har så många partipolitiskt belastade tvister som når domstolarna och i slutändan våra prejudikatbildande slutinstanser.

Men jag tror att det finns mer djupgående orsaker till att en enhetsstat som Sverige år 2020 kan uppvisa en bred politisk och folklig samsyn kring statskicketets legitimitet och att USA misslyckats med denna bedrift.

Förklaringen kan sökas med hjälp av en variant av en teori som ligger till grund för ett pågående forskningsprojekt. Teorin tar avstamp i Louis Harz och Albert Hirschmans teorier om kapitalismens rötter och utveckling.

Harz och Hirschman menar att den amerikanska statsbildningens historia skiljer sig i ett väsentligt avseende från den europeiska. Historien om bildandet av de europeiska nationalstaterna handlar om frigörelsen från feodalismen. För Sveriges del var det emellertid snarare frågan om frigörelse från ståndssamhälle, adel och

⁸² Noah Feldman, Deep Background, podcast 31 oktober 2020, avsnittet Deep Bench: The Coming War, Pushkin 2020.

⁸³ Se dock Riksrevisionens rapport, 2011-11-29, Dnr 32-2011-0244. Skarp kritik har historiskt även riktats mot överrepresentationen av att Högsta domstolen dominerats av regeringslojala departements tjänstmän. Kritiken har dock mildrats efter utnämningsspolicyn reviderats. I domstolen sitter numera såväl advokater som rättsvetenskapsmän.

en avlegitimerad kungamakt, än en revolt mot feodalism. Men denna historia är distinkt jämfört med den amerikanska erfarenheten.

Amerikanernas självständighet inbegrep en revolt mot England men utmynnade redan 1776 i en konstitution där alla medborgare tillerkändes lika värde (först långt senare tillkom denna rättighet svarta och kvinnor).⁸⁴ Institutionaliseringsen av medelklassens politiska förväntningar och de politiska partiernas roll för demokratiutveckling skiljer sig åt mellan Europa och USA. Den pluralistiska partibildningen i Europa föll tillbaka på existensen av tydliga ideologier som konservatism, marxism, socialism och liberalism. Vidare fick statsförvaltning och rättsväsende olika roller i statsskicket på de två kontinenterna. I länder som Sverige och exempelvis Frankrike blev statsförvaltningens och byråkratins självständighet konstitutionaliserad.⁸⁵

Harz och Hirschman hävdar att dessa skilda erfarenheter är roten till betydande skillnader i hur balanspunkten mellan politiken och juridiken (och andra domäner av samhället som kunskapsteoretiskt dominerades av experter) senare kom att placeras i Europa och USA.

I Europa kom den långdragna frihetskampen mot feodalismen att resultera i skapandet av distinkta ideologiska alternativ. Kampen utmönstrade konservatismen, socialismen och liberalismen som kom att bli ideologier som hade egna stamträd av tänkare, idéer och institutioner. Ideologierna kom att institutionaliseras i tidskrifter, organisationer och i juridiska texter. Detta ledde till att de parlamentariska systemen i Europa blev en viktig konfrontationsyta för ideologiska strider, vilket gav ideologierna styrka och integritet. Det politiska rummet växte och blev den plats som dominerade konflikt- och tvistlösning i Europa. Rättsväsendet blev till ett underordnat komplement inom vilket den politiska viljan uttryckt i lagar skulle konkretiseras i form av rättsföljder av allehanda slag. Dessa särdrag kan leda till en positiv utveckling av demokrati och kapitalism.⁸⁶ Men framförallt synes avsaknaden av *feodal välsignelse* i USA kräva andra institutionella lösningar för konflikt- och tvistlösning. I USA blev det rättsväsendet. Det blev rättsväsendet som fick kompensera för frånvaron av offentligt institutionaliserad ideologisk pluralism. I USA blev allting *justiciable*. Det fanns här alltid ett tillgängligt rättsmedel för domstolsprövning av allehanda ekonomiska och ideella rättigheter och anspråk. I USA blev således rättsväsendets ställning och distinktionen mellan juridik och politik initialt formellt juridisk. I Europa kom självständigheten gradvis att växa fram och gradvis säkras utifrån politiska nödvändigheter och genom praxis. Något förenklat är distinktionen mellan juridik och politik politisk i Europa och juridisk i USA, och detta kan ha stor betydelse för hur solitt rättsväsendet är i politiskt turbulenta tider.

Men det finns ytterligare en viktig pusselbit att lägga för att man ska förstå polariseringen i den bittra strid som står om *Supreme Court*. Den utgörs av en ideologisk strid som hade sin upprinnelse i en kontrarevolution från höger mot 1930-talets New Deal-politik som kom att befästas av medborgarrätts- och välfärdslagstiftning

⁸⁴ Albert O Hirschman, *Rival Views of Market Society*, Cambridge Mass. HUP 1992, s 136. Se Melissa Wittes artikel i *Stanford News* den 1 juli 2020: <https://news.stanford.edu/2020/07/01/meaning-declaration-independence-changed-time/>

⁸⁵ Francis Fukuyama, *Political Order and Political Decay*, Farrar New York 2014, s 406 ff.

⁸⁶ Albert O Hirschman, *Rival Views of Market Society*, Cambridge Mass. HUP 1992, s 136.

under 1960- och 1970-talen. Lagstiftaren anklagades för att ha skapat en ineffektiv *Big Government* med en regleringsiver som innebar en hämsko för näringslivets strävan efter vinst. Men högern siktade även in sig på 1960-talets medborgarrättslagstiftning och ett antal progressiva prejudikat från *Supreme Court* med anklagelser om att den amerikanska kärnkulturen hotades i grunden av lika rättigheter för alla: svarta, kvinnor och homosexuella. Kvinnornas frigörelse på alla plan syntes också utgöra ett hot, alltså blev *Supreme Courts* avgörande i *Roe vs Wade*, som legaliserade abort, också ett stort bekymmer kulturellt.⁸⁷

Kontrarevolutionen inleddes i slutet av 1970-talet och kom att utspelas på flera scener. Men den tog sitt avstamp i synen på relationen mellan regering och marknad. Det blev ekonomer som Milton Friedman som kom att lägga den intellektuella grunden för revolutionen, och den står år 2020 i full blom.⁸⁸ Det är ur detta ideologiska spår som rädslan och det bristande förtroendet för de amerikanska lagstiftande institutionerna kommer. Men det finns flera medbrottslingar. För det första tog liberaler och demokrater inte dessa idéer på allvar initialt. På 1970- och 1980-talen såg liberaler inte så allvarligt på en mindre konservativ kurskorrigering. USA hade ju haft år av liberal och progressiv politik och *medicare*- och *social security-lagarna* var ju inte upphävda, så låt oss kompromissa med högern. Den liberala hegemonin gäller ju ändå. Denna typ av partiöverskridande kompromissvilja såg vi i slutet av 1980-talet och på 1990-talet även exempel på i Sverige när vi avreglerade kreditmarknaderna, avskaffade valutarestriktionerna och tillät privata alternativ inom välfärdssektorn.

I USA finner vi en större ideologisk cykel som började med *The New Deal* som gick över välfärds- och jämlikhetslagstiftningen på 1960-talet, inom vilken det var rimligt att sätta gramma på *Big Business* och upprätta en fungerande balans mellan arbetsgivar- och arbetstagarintressen, och samtidigt utmejsla fundamenten för en välfärdsstat. Denna cykel sträckte sig över femtio år. Vissa ansåg att kodifieringen av dessa värderingar till lagstiftning skapade en illegitim *andra* konstitution som är roten till polarisering och en hel del andra av USA:s nuvarande problem.⁸⁹

Men på 1980-talet under Reagan-åren vände vinden. Det amerikanska näringslivet kom att institutionalisera sitt politiska inflytande på allvar. Den korporativism, dvs utomparlamentariska intresseorganisationers inflytande över det politiska beslutsfattandet, som uppstod i Västeuropa hade en annan anatomi än den amerikanska motsvarigheten. I Europa växte i ideologikonflikternas skugga fackföreningarna sig starka. Det började i industrin men spred sig till andra delar av marknaden. Det var å andra sidan på 1980- och 1990-talen som de svenska fackföreningarna började tappa politiskt inflytande. Detta berodde delvis på att de pressades tillbaka av politiker som i ekonomiska kristider antog rejäla åtstramningspaket och sjöng nyliberalismens lov. Det var marknaden som nu var rationellt allsmäktig. Och nyliberalismen var en importprodukt från USA. Den amerikanska korporativismen ser delvis annorlunda ut. Den formligen dränker politiker i pengar som

⁸⁷ Se Kurt Andersen, *Fantasyland – How America Went Haywire*, Ebury 2016 och *Evil Geniuses – The Unmaking of America*, Ebury 2020, s 52.

⁸⁸ Andersen 2020, s 99 f.

⁸⁹ Christopher Caldwell, *The Age of Entitlement*, Simon & Schuster 2020, 5 f.

härstammar från näringslivet och domineras av mäktiga organisationer som har köpt sig politiskt inflytande ända in i Kongressen. De är även avgörande för finansieringen av presidentvalskampanjer.⁹⁰

Demokrater och liberaler saknade vid denna tid en egen distinkt politisk vision utan blev till en typ av liberala republikaner, lite som den svenska socialdemokratin när finansminister Persson reformerade den svenska ekonomin efter finanskrisen i början av 1990-talet. Perssons politik förde upp honom i toppen på listan över finansministrar som skurit mest i de offentliga utgifterna.⁹¹ Nedskärningarna tärde emellertid på Göran Perssons självkänsla: "Jag vill inte att kommande finansministrar måste åka till New York, Washington eller London och förklara det svenska välfärdssystemet för flinande 25 år gamla börsmäklare." (Dagens Nyheter den 27 april 1997). Persson kom efter skuldsaneringen också att skriva en bok med den talande titeln "Den som är satt i skuld är icke fri: min berättelse om hur Sverige återfick sunda statsfinanser."⁹²

Den ekonomiskt orienterade vänsterrörelsen i USA, som hade stått stadigt allt sedan *The New Deal* försvann och deras argument plockades ner från agendan. Amerikanskt politiskt liv kom att domineras av en välmående borgarklass av demokratiska och republikanska väljare som ansåg att de var ense om USA:s huvudriktning. Demokratiska och republikanska presidenter, ackompanjerade av de politiska institutionerna (inklusive *Supreme Court*), kom nu att genomföra en avreglerings- och privatiseringspolitik som i huvudsak gynnade den ekonomiska eliten.⁹³ Det fullskaliga klasskrig som högern startat i slutet av 1970-talet fick nu eldunderstöd från en typ av *nya demokrater* som Bill Clinton. Han kom att genomföra hårdföra reformer av straffrätten som fyllde fängelserna (*three strikes and you're out*). Han avreglerade finansmarknader och förde en politik som i stora drag applåderades av högern.⁹⁴ Demokrater och republikaner var relativt eniga om att marknaderna nog kunde ta hand om en del samhällseliga problem och att stora offentliga välfärdsprogram förmodligen var obsoleta.⁹⁵

Obamas presidentskap utgjorde heller inget tydligt avbrott i denna i huvudsak nyliberalt orienterade politik (Obamacare kanske är det enda undantaget). Han befolkade sitt kabinett med Wall Street-folk som Lawrence Summers och Bob Rubin. Till Obamas försvar kan sägas att han hade händerna fulla. Han var landets första svarta president, och tillträdde mitt under den värsta finanskrisen sedan depressionen på 1930-talet. Och det var först i slutet av hans mandatperiod man såg tecken på en liten vänstersväng. Elisabeth Warrens seger i kampen med Obamas ekonomiska hjärntrust om inrättandet av en stark konsumentmyndighet kanske var ett förebud om vad som senare skulle komma. Det är möjligt att det demokratiska partiet ändå var en plantskola för vänsterpolitiker som Warren, Sanders m.fl.,

⁹⁰ Gladden Pappin, Corporatism for the Twenty-First Century, i *American Affairs*, Spring Issue 2020, Number 1.

⁹¹ John Hassler, Experiences from the Swedish Crisis in the 1990s – An Opportunity for a Complete Makeover, <http://hassler-j.ies.su.se/PAPERS/Intereconomics.pdf>.

⁹² Stockholm 1997, Atlas.

⁹³ Joseph E Stiglitz, *People Power and Profits*, Penguin 2019, s 21 f.

⁹⁴ Kurt Andersen, *Evil Geniuses – The Unmaking of America*, Ebury 2020, s 48 och 219.

⁹⁵ Se Kurt Andersen, *Evil Geniuses – The Unmaking of America*, Ebury 2020.

som senare kom att spela en framträdande roll i de två senaste presidentvalskampanjerna.⁹⁶ Men väljarna förefaller ännu inte vara redo för att inleda en ny ideologisk cykel. I slutändan blev det den tillsynes politiskt vaga centristpolitikern Joseph Biden som valdes som kandidat. Och detta val hade sannolikt ett övergripande mål: att kasta ut den förkättrade populisten Donald Trump ur Vita huset. Och det målet uppfylldes. Men Biden har *mycket på spisen*. Förutom alla externa problem har han att hantera den extrema vänstern i det demokratiska partiet som Trump paradoxalt har lyckats bevärma genom en usel hantering av raskonflikten och ett skamlöst flirtande med vitmakt-rörelsen.⁹⁷

Låt oss mot denna bakgrund slutligen återvända till *Supreme Court* och liberalismens distinktion mellan politik och juridik. Givet denna åtskillnads centrala betydelse för hela rättsväsendets legitimitet och omistliga betydelse som sammanhållande stock, som den sista utposten för rationell och objektiv konflikt- och tvistlösare i det polariserade amerikanska samhället är den stora frågan hur domstolen ska agera framgent. Kommer domstolens val att avgöra det amerikanska samhällets framtid?

I närtid blir det skarpt läge för domstolen med överklagade valprocesser, *Obamacare* och abortfrågan. Och hur hanteras den erkänt dålige förloraren? Samtidigt kommer det demokratiska partiet i Vita huset att återfå visst självförtroende, vilket sannolikt kommer att vässa polariseringen ytterligare. Nu kontrollerar partiet den exekutiva makten och partiets ekonomiska vänster är besjälade av ett uppdämt ideologiskt orienterat reformbehov på en mängd områden: klimatet, skatter, rasrelationer, straffrätt, infrastruktur, sjukvård och socialförsäkring. Agendan kan säkert göras längre. Och kulturkriget om ras, kön, invandring och orättvis fördelning rasar med full kraft samtidigt som pandemismitta och vapenförsäljning går på högvarv.⁹⁸

Det allvarliga är att detta krig underblåses av extremister från både höger och vänster. Polariseringen har med hjälp av digitaliserade medier skapat en diskurs som är flödad av rena lögner och överdrifter som omöjliggör en rationell diskussion. Och frågan är nu hur *Supreme Court* och rättsväsendet generellt påverkas av denna utveckling. Den juridiska processens integritet vilar på rationalitet, koherens och principer som ska garantera resultatets motsägelsefrihet. Men denna integritet kan lätt äventyras av *Supreme Courts* politisering. Detta särskilt om de nyutnämnda domarna omfamnar Trumps populism. En rörelse som egentligen inte bottenar i det ekonomiska osäkerhetsperspektivet, det som betonar de negativa konsekvenserna av djupa förändringar av arbetsmarknaden och samhället i den globaliserade postindustriella amerikanska ekonomin, utan som snarare handlar om en kulturell motreaktion mot en progressiv värdeförändring.⁹⁹ De konservativa domarna delar sannolikt de moraliska utgångspunkterna för denna motreaktion. Den intressanta frågan blir om domstolen kan frikoppla sig själv från det eskalerande och polariserade kulturkriget och fokusera på att bevara *Supreme Courts* legitimitet och integritet som en *Court of Law*.

⁹⁶ Kurt Anderson intervjuad i New York Times Book Reviews podcast den 28 augusti 2020.

⁹⁷ Making Sense med Sam Harris, samtal med Andrew Sullivan den 30 oktober 2020, avsnitt 223.

⁹⁸ The Daily, The Field: The Spectre of Political Violence, NYT podcast den 29 oktober 2020.

⁹⁹ Ronald F. Inglehart and Pippa Norris, Trump, Brexit, and the rise of Populism: Economic have-nots and cultural backlash, Harvard Kennedy School Working paper series, augusti 2016, RWP16-026.

Den amerikanska konservatismen som inledde en kontrarevolution mot det liberala *civil-rights*-samhället hade ekonomer som förespråkade en ideologi byggd på konkurrens, fri marknad och teknikutveckling som kom att leda till en utveckling som likt industrialismen sliter sönder kärnfamilj, storfamilj och lokalsamhälle. Dessutom ödelägger ideologin natur och klimat. För att i detta fragmentiserade liv kunna finna mening erbjuder denna konservatism bakåtsträvande religion. Vad jag inte riktigt begriper är hur denna ideologi förenar sin förkärlek för *nostalgi* med denna hårdföra ekonomiska teori.¹⁰⁰ Det kanske kommer av att amerikansk konservatism alltid har varit en ohelig allians mellan ekonomisk libertarianism och moralisk repression. Fattiga människor förtjänar sin fattigdom. Ojämlighet är den naturliga ordningen.

Men Trumps populism är något annat. Trumps attraktionskraft grundar sig inte i moral, förnuft, kompetens eller ens rikedom. Tvärtom, nyckeln till att förstå dragningskraften är paradoxalt alla hans personliga tillkortakommanden som mänskliga. Han utger sig egentligen aldrig för att vara bättre än någon annan, moraliskt eller intellektuellt. Han dömer aldrig någon på dessa grunder. Han lägger inga ok av historiskt ansvar för rasism, könsdiskriminering eller förtryck på sina anhängares axlar. Han erbjuder helt enkelt sina anhängare ett rum där man får vara ömklig, omoralisk, hycklande, lögnaktig, rasistisk och fylld av självtvivel. Det är detta förlåtande drag som sannolikt utgör grunden till Trumps attraktionskraft. Det må låta förskräckligt, men förlåtelsens kraft är stark.¹⁰¹

Detta innebär att det nu råder en alarmerande brist på moraliska principer, inte bara inom den populistiska högern utan även hos den konservativa grenen av det republikanska partiet, som kan tjäna som en sammanhållande kraft. Och kapitalismen har nu nått en utvecklingsnivå som har effekter på människor och samhälle som varken Smith, Hayek och Friedman kunde föreställa sig. Den konservativa högerrörelsen behöver således nya moraliska imperativ.¹⁰² Den konservative evangeliskt kristne David French konstaterar att

”there is not a single important cultural, religious, political or social force that is pulling Americans together more than it is pushing us apart.”¹⁰³

Det är denna moraliska tomhet som lett till sprickorna i den konservativa rörelsen generellt. Och denna tomhet avspeglas hos den konservativa majoriteten i *Supreme Court*. Nu har avsaknaden av hållbara moraliska principer lett till att ett pliktskyldigt åberopande av teorier om *originalism*, *textualism* och *self-restraint* synes kunna leda till vilka resultat som helst. Och den skrupelfria och resultatorienterade republikanska populismen kommer att kräva att domstolen blir ett partisannäste i kampen mot president Biden. *The Stakes Are High*.

¹⁰⁰ Se Kurt Andersen, *Evil Geniuses – The Unmaking of America*, Ebury 2020.

¹⁰¹ Sam Harris, *Making sense*, podcastavsnitt 224 den 3 november 2020.

¹⁰² Evan Osnos, *How Greenwich Republicans Learned to Love Trump*, *The New Yorker* May 3, 2020.

¹⁰³ David French, *Divided We Fall: America's Secession Threat and How to Restore Our Nation*, St. Martin's Press 2020, s 12.

