

Konstitutionellrättslig typologi för kriser

— En överblick av grundläggande teoretiska diskussioner och antaganden

Av doktorand JULIA DAHLQVIST¹

Hur ska kriser hanteras, om alls, inom en rättsordning och vilka är de återkommande frågorna inom krisjuridiken? Frågorna är både komplexa och eviga, vilket syns inte minst i den litteratur om rättsliga frågor i krissituationer som finns. I denna artikel presenteras en typologi för konstitutionell reglering (och icke-reglering) för hantering av kriser. Syftet med artikeln är att ge en översiktlig bild av några grundläggande frågor och tankar som genomsyrar den krisrättsliga diskussionen och att knyta svensk rätt till den internationella litteraturen och diskussionen på området.²

1 Inledning

Intresset för krisrättsliga frågor har ökat de senaste åren, så även i svensk rätt.³ Ett ökat intresse för rättsområdet kan ses inte minst i detta temanummer och dess föregångare, temanumret i SvJT om coronapandemin.⁴ Inte sällan diskuteras hur kriser ska hanteras rättsligt och om någon form av konstitutionell reglering bör införas för att säkerställa att kriser kan hanteras inom legalitetsprincipens ramar. Det finns olika sätt att konstitutionellt hantera krissituationer inom en rättsordning. I Sverige har framförallt tre olika sätt diskuterats, bland annat i förarbetena till 1974 års regeringsform.⁵ De är:

¹ Doktorand i offentlig rätt vid Juridiska fakulteten, Stockholms universitet. Stort tack till Tormod Otter Johansen, Tim Holappa och Linnea Gullholmer för värdefulla synpunkter på tidigare versioner av texten.

² Frågorna fördjupas och kontextualiseras ytterligare i övriga delar av det här temanumret.

³ Gross och Ní Aoláin menar t.ex. att intresset för frågor om hantering av kriser och extraordinära situationer ökat efter terroristattackerna i USA den 11 september 2001, se Oren Gross och Fionnuala Ní Aoláin, *Law in Times of Crisis: Emergency Powers in Theory and Practice* (Cambridge: Cambridge University Press, 2006), s. 1. Även i Sverige har intresset ökat med flertalet pågående forskningsprojekt och gjorda publikationer, inte minst till följd av coronapandemin. Även politiskt fick frågorna nytt intresse och 2021 tillsattes en parlamentarisk kommitté för att bland annat se över regeringens normgivningskompetens i fredstida kriser. Kommitténs arbete resulterade i SOU 2023:75 *Stärkt konstitutionell beredskap*. Se även prop. 2024/25:155 *Stärkt konstitutionell beredskap*.

⁴ SvJT 2020 s. 1077–1235, häfte 10.

⁵ Prop. 1973:90 *Kungl. Maj:ts proposition med förslag till ny regeringsform och ny riksdagsordning m. m.; given Stockholms slott den 16 mars 1973*, s. 444; SOU 1972:15, s. 214. Se även exempelvis Henrik Jermsten *Konstitutionell nödrätt* (Stockholm: Juristförlaget, 1992), s. 17, som skriver att tre olika sätt för konstitutionell hantering av kriser brukar diskuteras. Någon utförlig diskussion har därefter inte direkt förts utan det har

1) att ha särskilda regler i grundlagen för olika krissituationer,
 2) att ha annorlunda normgivningsbefogenheter under kris (till exempel genom att göra det lättare att ändra grundlag vid rådande kris⁶) och

3) att förlita sig på en oreglerad alternativt utomrättslig lösning — i svensk rätt oftast benämnd som *konstitutionell nödrätt*⁷.

De tre sätten kan i sin tur delas in i kategorier (eller modeller) med tillhörande underkategorier. De två första faller in i något som kan benämnas konstitutionell beredskap⁸ eller *konstitutionell anpassning*.⁹ Det innebär att det konstitutionella systemet på något sätt förbereds för att hantera krissituationer, det vill säga en inomrättslig lösning. Det är också en sådan lösning som har valts i svensk rätt, i vart fall avseende en viss form av kris — *krig och krigsfara*.¹⁰ Den tredje, konstitutionell nödrätt, kan beroende på hur den formuleras ses som en *utomrättslig lösning* eller som en form av konstitutionell anpassning genom oskrivna, men existerande, regler.

Det finns dock fler sätt att hantera kriser i en rättsordning än de tre som primärt diskuterats i svensk rätt. Inom kategorierna, som jag även kallar för typlösningar, finns även underkategorier. I förhållande till respektive typlösning finns utvecklade tankar och teorier som inte alltid synliggörs. Typlösningarna inryms i den typologi för konstitutionell hantering av kriser som jag presenterar i denna artikel. Utöver typologin presenteras några av de teoretiska grunddrag och tankar som ligger i respektive lösning, samt ofta framförda för- och nackdelar med respektive typlösning.

främst konstaterats att planeringen inte bör bygga på konstitutionell nödrätt, se t.ex. SOU 2008:125 *En reformerad grundlag*; SOU 2008:61 *Krisberedskapen i grundlagen*.

⁶ Prop. 1973:90, s. 444.

⁷ I förarbeten brukar konstitutionell nödrätt beskrivas som en grundsats som innebär att statsmakterna, vid en nödsituation där samhällets bestånd äventyras, kan åsidosätta grundlag och ändå göra anspråk på att ha handlat rättsenligt, se t.ex. SOU 2005:104 *Sverige och tsunamin – granskning och förslag*, s. 57; SOU 2008:61; SOU 2008:125; SOU 2016:64 *Förutsättningar enligt regeringsformen för fördjupat försvarssamarbete*; SOU 2021:25 *Struktur för ökad motståndskraft*; SOU 2022:10 *Sverige under pandemin*. Jag skriver mitt avhandlingsprojekt om konstitutionell nödrätt; bland annat frågor om hur den har hanterats i svensk rätt och hur den kan (eller bör) beskrivas. Den konstitutionella nödrätten behandlas därför inte ingående i denna artikel.

⁸ Konstitutionell beredskap används för att beskriva förekomsten av någon form av konstitutionell reglering för krishantering, se t.ex. SOU 2022:10 och SOU 2023:75. I det senare betänkandet beskrivs konstitutionell beredskap som att ”man försöker förutse vilka svårigheter som olika situationer kan medföra och anpassar grundlagsregleringen utifrån detta”, SOU 2023:75 s. 82. Se även om begreppet konstitutionell hållbarhet Olof Wilske, ”Konstitutionell hållbarhet eller hållbar konstitutionalism?”, i: Mattias Dahlberg, Therése Fridström Montoya, Mikael Hansson och Charlotta Zetterberg (red.), *Hållbarhet ur ett rättsligt perspektiv, De lege 2022* (Uppsala: Iustus, 2022), s. 315–329.

⁹ I avsnitt 2.2.4 skriver jag om en oskriven men konstitutionell modell där konstitutionell nödrätt enligt vissa synsätt skulle kunna inordnas; det är dock inte så det hanterats i svensk rätt.

¹⁰ Ett förslag om införande av motsvarande regler för allvarliga fredstida kriser har dock presenterats i SOU 2023:75. Se även prop. 2024/25:155.

Syftet med artikeln är att ge en översiktlig bild av några grundläggande frågor och tankar som genomsyrar den krisrättsliga diskussionen och att knyta svensk rätt till den internationella litteraturen och diskussionen på området. I artikeln utgår jag från den typologi som presenteras av Oren Gross och Fionnuala Ní Aoláin i *Law in Times of Crisis: Emergency Powers in Theory and Practice*,¹¹ för att ringa in den teoretiska diskussionen och grovt särskilja de olika typlösningar som finns.¹² Som de själva uttrycker det: "[...] we argue that these theoretical frameworks are applicable across legal systems and provide an equally relevant conceptual framework to assess international legal responses to crisis."¹³

I avsnitt 2 presenteras typologin för konstitutionell hantering av kriser, det vill säga typlösningar med tillhörande underkategorier. Typologin är alltså baserad på grundmodeller för att översiktligt presentera hur hantering av kriser kan göras i en rättsordning. I vissa fall används den svenska regleringen för att synliggöra hur en typlösning *ser ut* eller *hade kunnat se ut* i svensk rätt.¹⁴ I avsnitt 3 beskrivs några grundläggande teoretiska frågor som hör till frågor om krisreglering. Genom avsnittet synliggörs att frågorna är gemensamma för samtliga typlösningar och att de, trots olika utformningar, i stort bygger på viss samsyn avseende de teoretiska utgångspunkterna. I avsnitt 4 ger jag några avslutande ord om frågornas beständighet och vad som är viktigt i framtida studier av krisreglering och konstitutionell hantering av kriser.

2 Typologi för hantering av kriser

2.1 Inledning

I detta avsnitt presenteras några typlösningar för konstitutionell hantering av kriser. Typlösningarna skulle vi kunna kalla 1) konstitutionell anpassning (anpassningslösning), 2) författningen i alla väder och 3) utomrättslig hantering.¹⁵ De modeller som presenteras kan beskrivas som grund- eller idealmodeller i förhållande till en rättslig (eller utomrättslig) hantering av kriser inom rättsordningar. Respektive typlösning

¹¹ Gross & Ní Aoláin (2006). Det bör noteras att Gross och Ní Aoláins arbete främst rör så kallade våldsamma kriser och nödtillstånd. Även om deras argument också kan appliceras på icke-våldsamma kriser menar de att det främst är i våldsamma kriser ett snabbt agerande krävs. I denna artikel används trots detta deras typologi generellt för alla former av krisstillstånd, såväl i fredstid som krig. Anledningen är dels att de flesta kriser på något sätt kan aktualisera ett snabbt agerande, dels att typologin anses vara användbar oaktat vilken krissituation det rör. Det bör även noteras att deras typologi inte enbart rör konstitutionella typlösningar men det är framför allt sådana som är aktuella i den här framställningen. De är själva inte främmande för den användningen, se Gross & Ní Aoláin (2006), s. 5.

¹² Jag har i den här texten förenklat och lagt ihop några typlösningar som de särskiljer för att ge den överblick som är syftet med artikeln.

¹³ Gross & Ní Aoláin (2006), s. 9.

¹⁴ Det ges dock ingen uttömmande beskrivning av det svenska systemet, detta för att avsikten framförallt är att ge en översiktlig bilden av typologin.

¹⁵ Gross och Ní Aoláin kallar modellerna för *models of accomodation, law for all seasons* (ibland även benämnd som *the business as usual model*), och *models of extra-legality*.

innehåller i sin tur variationer och olika metoder för tillämpning. Därtill har länder valt olika lösningar och anpassat dem till sina respektive förutsättningar. Det innebär att det inte alltid är möjligt att dra tydliga skiljelinjer mellan de olika modellerna — ens inom en rättsordning. Det är exempelvis möjligt att använda så kallade blandade lösningar, vilket innebär att en modell används för vissa typer av kriser och en annan modell för andra.

Den blandade lösningen kan illustreras genom hur frågan har hanterats i Sverige. Lagstiftaren har (hittills) valt att använda två olika typ-lösningar för olika situationer. I förhållande till krig och krigsfara tillämpar Sverige en anpassningslösning i form av konstitutionell krisberedskap genom 15 kap. regeringsformen.¹⁶ Motiveringen för införandet av regler för krig och krigsfara följer grundtanken med konstitutionell anpassning, det vill säga att hantering av kriser ska följa rättsliga regler och att legalitetsprincipen så långt möjligt ska respekteras även vid krig eller krigsfara.¹⁷ I förhållande till övriga kristillstånd används istället en blandad modell mellan författningen i alla väder och en anpassningslösning, genom lagstiftning på icke-konstitutionell nivå. Hanteringen av fredstida kriser i svensk rätt återfinns framför allt i speciallagstiftning på icke-konstitutionell nivå utformad för särskilda situationer. Det innebär att det konstitutionellt motsvarar typlösningen författningen i alla väder, men att det icke-konstitutionellt motsvarar en form av anpassningslösning.¹⁸ Därtill kan en form av anpassningsmodell användas under rådande kris, för att hantera en pågående krissituation. Det konstitutionella ramverket hålls intakt men modifiering av tidigare lagstiftning eller stiftande av ny lag på icke-konstitutionell nivå kan göras för att möta den rådande situationen. Detta skedde exempelvis under coronapandemin när de tillfälliga bemyndigandena i smittskyddslagen (2004:168) och senare lag (2021:4) om särskilda begränsningar för att förhindra spridning av sjukdomen covid-19 infördes. Lagstiftningen utgör ett led i författningsberedskapen. Författningsberedskap (som ofta skrivs med prefixet *god*) innebär att författningen ska vara förberedd inför potentiella kriser.¹⁹ Det kan vara såväl konstitutionell reglering som reglering på lägre normhierarkisk

¹⁶ För en utförlig beskrivning av kapitlet och dess tillkomst se Linnea Gullholmer, "Legalitet och effektivitet: en hyllning till regeringsformens kapitel om krig och krigsfara", i: Anna Jonsson Cornell, Mikael Ruotsi, Caroline Taube och Olof Wilske (red.), *Regeringsformen 50 år 1974–2024, De lege 2024* (Uppsala: Iustus, 2024), s. 95–120.

¹⁷ Prop. 1973:90, s. 444 f., jfr även Gross & Ní Aoláin (2006), s. 86. Detta utvecklas mer nedan, se bl.a. avsnitt 3.3.

¹⁸ Det finns dock vissa bestämmelser i regeringsformen med koppling till fredstida kriser. Se t.ex. 2 kap. 10 §, 2 kap. 20 § 3 st. samt 2 kap. 24 §, 4 kap. 1 § och 8 kap. 4 §.

¹⁹ Se t.ex. SOU 2005:104, s. 56 och 315. Se även Anna Jonsson Cornell, "Rättsstaten, krisberedskapen och krishanteringen", i: Karl Djurberg Malm och Richard Sannerholm (red.), *Rättsstaten i den svenska förvaltningen: En forskningsantologi* (Stockholm: Statskontoret, 2022), s. 147–166.

nivå. Tanken är alltså att det i lagstiftning sedan tidigare ska finnas reglerade mandat och befogenheter som kan aktualiseras och användas vid en kris- eller nödsituation.²⁰

I existerande rättsordningar finns inte sällan flera olika variationer på de typlösningar som presenterats. Typologin utgör en teoretisk modell för hur reglering av kriser kan karaktäriseras. Genom de olika typlösningarna framträder olika teoretiska grundantaganden om kriser, eller i vart fall olika bedömningar av de olika grundantagandena, som synliggör vilka avvägningar rättsordningar ofta ställs inför vid val av hur kriser ska hanteras rättsligt. För att förstå grunderna för krisregleringen är typologin därför ett bra pedagogiskt verktyg.²¹

2.2 Konstitutionell anpassning

2.2.1 Generellt om typlösningen konstitutionell anpassning

Konstitutionell beredskap är som nämns ovan ett krisregleringssätt där det på förhand regleras hur krissituationer ska hanteras — det vill säga genom att konstitutionen i någon form är *anpassad* för att möta kriser. Det kan till exempel vara regler som finns på plats sedan tidigare som är avsedda att reglera hur en kris ska hanteras eller regler om förändrade normgivningsstrukturer under en rådande kris. Konstitutionell krisberedskap kan innebära att det finns lagstiftning på konstitutionell nivå som reglerar omfång och villkor för utlysandet av till exempel undantagstillstånd eller liknande. Konstitutionell krisberedskap är alltså en form av anpassningsmodell. Konstitutionell anpassning kan dock ske på flera olika sätt och några underkategorier presenteras nedan. Gemensamt är dock att anpassningsmodellerna grundas på ett antagande om att rättsliga strukturer behöver vara flexibla i en krissituation. Det innebär även att de rättsliga ramarna emellanåt kan behöva upplösas för att hantera situationen som är för handen, vilket anpassningsmodellen accepterar.²² Ramarna för en sådan upplösning ges dock inom det konstitutionella systemet för att upprätthålla en tanke om bland annat legalitet.

Det finns flera exempel på användning av en form av anpassning, där ett av de mest kända kanske är diktatorinstitutet som användes i romarriket.²³ Tanken med en diktator var då, till skillnad från hur begreppet oftast används idag, att det skulle vara en temporär lösning för

²⁰ Se bl.a. Jonsson Cornell (2022) samt Tormod Otter Johansen, *Krisjuridik – Rättsliga befogenheter från olycka till höjd beredskap* (Stockholm, Norstedts juridik, 2024), s. 87 ff.

²¹ Se även Tormod Otter Johansen, "The Necessity of Legal Typologies in Crisis and Emergency", *Acta Universitatis Lodziensis. Folia Iuridica* (2021), s. 71–81 där han (utöver att skriva om det tema som är aktuellt i denna artikel) bl.a. argumenterar för värdet av användning av typologier, men påpekar att vi behöver vara medvetna om hur vi använder dem.

²² Gross & Ní Aoláin (2006), s. 17.

²³ Det är värt att nämna att diktatorsinstitutet och hur romarriket styrdes utvecklades över tid. Därutöver kan de beskrivningar som finns av diktatorsinstitutet enligt t.ex. Greene diskuteras då de dels kan präglas av en subjektivitet hos författaren, dels utgör beskrivningar av ett institut som var gällande i 300 år vilket medför att det

hantering av krisen. Institutet var en del av det konstitutionella regelverket som därmed var anpassat för en eventuell framtida kris.²⁴ Vid tiden för inrättandet av diktatorinstitutet styrdes romarriket av två konsulerna. De styrde gemensamt, hade lika mycket makt och auktoritet, och deras mandatperioder kunde inte förnyas.²⁵ Utöver att dela ansvar och befogenheter hade konsulerna vetorätt över varandras beslut, detta för att undvika en återgång till en monarkiliknande struktur. I tider av orolighet och kris kan dock ett snabbt agerande vara avgörande, vilket romarna var medvetna om och därför anpassade sig efter.²⁶ För att undvika att eventuell oenighet mellan konsulerna skulle stå i vägen för ett snabbt militärt agerande skapades därför diktatorinstitutet.²⁷

Diktatorinstitutet innebar visserligen en temporär återgång till den monarkiliknande strukturen, men det möjliggjordes av ett beslut av konsulerna och var reglerat i konstitutionen. Konstitutionella begränsningar fanns på plats för att förhindra maktmissbruk och maktövertagande från diktatorn. Bland annat fanns en tidsbegränsning om maximalt sex månader (eller slutet av mandatperioden för de konsulerna som tillsatt diktatorn, beroende på vilket som inträdde först).²⁸ Krisen som föranlett ett aktiverande av institutet ansågs ha nått någon form av slut inom tidsramen; antingen har diktatorn lyckats rädda staten eller inte — ytterligare tid skulle inte förändra det utan istället medföra risk för att diktatorn skulle försöka utöka sin makt. Tidsgränsen var därför även tänkt som ett skydd mot maktövertagande. Om diktatorn hade haft mer tid kunde tiden ha använts för att konspirera eller för försök till ett utvidgande av diktatorns makt. Flera moderna rättsordningar har också reglerat hanteringen av kriser på konstitutionell nivå. Även om det inte skett på motsvarande sätt som diktatorinstitutet så följer det ofta en liknande tanke.²⁹ En skillnad är dock att i de flesta nutida lösningar aktiveras de extraordinära befogenheterna av samma organ som erhåller befogenheterna.³⁰ Diktatorn tillsattes istället av konsulerna, något som i sig utgjorde ett skydd mot maktmissbruk. Konsulerna kunde inte utse sig själva och utnämningen gjordes med eftertanke.³¹

Tanken med anpassningsmodellen är alltså att rättsligt anpassa systemet för potentiella kriser. Det bör noteras att den reglering som finns

finns variation i hur det tillämpats över tid. De flesta beskrivningarna som finns har nedtecknats efter institutets upphävande vilket också kan påverka, se Alan Greene, *Permanent States of Emergency and the Rule of Law: Constitutions in an Age of Crisis* (Oxford: Hart Publishing Limited, 2018), s. 3 f.

²⁴ Gross & Ní Aoláin (2006), s. 17 f.

²⁵ Gross & Ní Aoláin (2006), s. 19 f.

²⁶ Gross & Ní Aoláin (2006), s. 19 ff.

²⁷ Max Cary & Howard H. Scullard, *A History of Rome down to the Reign of Constantine*, 3 uppl. (London: Macmillan Press, 1975), s. 63.

²⁸ Gross & Ní Aoláin (2006), s. 21. Se även Paul J. du Plessis, Clifford Ando och Kaius Tuori (red.), *The Oxford handbook of Roman law and society* (Oxford: Oxford University Press, 2016), 7.3.1.

²⁹ Gross & Ní Aoláin (2006), s. 37.

³⁰ Johansen (2024), s. 251.

³¹ Gross & Ní Aoláin (2006), s. 23 ff.

i moderna rättsordningar ofta sätter de formella ramarna för utlysandet av exempelvis ett undantagstillstånd. Det materiella innehållet i de beslut som får fattas och hur respektive situation ska hanteras regleras sällan i detalj, detta för att kunna möta det som kan säga vara krisens kärna — att den på förhand inte går att definiera. Det exakta tillvägagångssättet skiljer sig dock åt mellan rättsordningar.

2.2.2 Ändrade normgivningsbefogenheter under kris

En form av konstitutionell anpassning som har lyfts i förarbetsuttalanden till regeringsformen, men som inte valts av lagstiftaren, är förändrade normgivningsbefogenheter under kris. I svensk rätt skulle det kunna vara ett förenklat förfarande för ändring av grundlag, genom till exempel endast ett riksdagsbeslut med kvalificerad majoritet.³² En sådan lösning har dock ansetts "[...] innebära risker för eftergifter för påtryckningar från utlandet".³³ Även om det inte ger materiell vägledning avseende hanteringen av en krissituationen är det en anpassningslösning som öppnar för konstitutionell hantering av en rådande kris, det vill säga genom att reglerna för normgivning i förväg anpassas för att kunna hantera eventuella krissituationer. I det givna exemplet skulle det vara för att undanröja det hinder som grundlagen annars är tänkt att utgöra. En sådan anpassningsmodell skulle innebära att exempelvis reglerna i 2 kap. regeringsformen om hur fri- och rättigheter får begränsas skulle kunna ändras under rådande kris. Det skulle även möjliggöra en förändring av valsystemet för att exempelvis skjuta upp ett planerat val under en rådande krissituation.

Det går även att tänka sig andra förändringar av normgivningsmakten under rådande kris som en form av anpassningslösning. Beroende på utformning kan en reglering om undantagstillstånd utgöra en sådan förändring, där den exekutiva makten till exempel ges möjlighet att meddela föreskrifter inom områden som annars är förbehållna parlamentet. Själva regleringen av utlysande av undantagstillstånd utgör då en form av konstitutionell anpassning medan den möjlighet ett undantagstillstånd medför ofta leder till att den materiella hanteringen framför allt sker genom ändringar på lägre normhierarkisk nivå.

I svensk rätt har den existerande möjligheten att snabbt normge och delegera normgivningskompetens i enlighet med 8 kap. regeringsformen tidigare ansetts minska behovet av att reglera fredstida kriser på motsvarande sätt som krig och krigsfara i regeringsformen.³⁴ Även 15 kap. regeringsformen innehåller bestämmelser om förändringar av normgivningsmakten under krig och krigsfara. Till följd av regleringen kan riksdagen exempelvis bemyndiga regeringen att under krig och krigsfara normge på det obligatoriska lagområdet vilket medför en

³² Prop. 1973:90, s. 444.

³³ Prop. 1973:90, s. 444.

³⁴ Se t.ex. Erik Wennerström, "Inget undantag utan regel – den konstitutionella nödrätten och Sverige", i: Johan Hirschfeldt (red.), *Vänbok till Sten Heckscher* (Uppsala: Iustus förlag, 2012), s. 365.

förändring av normgivningsstrukturen. Det finns dock vissa begränsningar. Av 15 kap. 5 § regeringsformen följer att regeringen i krig får fullgöra riksdagens eller krigsdelegationens uppgifter i den utsträckning det behövs för att skydda riket och slutföra kriget, förutsatt att riksdagen eller krigsdelegationen till följd av kriget inte kan fullgöra uppgifterna själva. I paragrafens andra stycke förtydligas dock att regeringen inte med stöd av detta får stifta, ändra eller upphäva grundlag, riksdagsordningen eller lag om val till riksdagen. Det är inte ovanligt att rättsordningar har motsvarande lösning, där den konstitutionella ordningen inte får upplösas för att hantera krissituationer.³⁵

2.2.3 Grundlagstolkning

En annan form av konstitutionell anpassning som ofta inte ges lika stor uppmärksamhet är möjligheten att anpassa genom tolkning. Om det är grundlagsregleringen som sätter stopp för den krishantering som anses behövlig kan hur vi väljer att tolka regleringen möjligtvis ses som en lösning. Detta skulle då inte ändra den skrivna rätten utan endast ändra tillämpningen av rätten i den givna krisen.³⁶ Det innebär alltså inte någon form av upphävande eller ändring av den rådande konstitutionella ordningen, och inte heller ett insisterande om att författningen ska gälla oavsett situation (som vid författningen i alla väder). Istället ger anpassning genom tolkning någon form av mellanväg. Tanken är då att det utrymme som inte sällan finns i grundlagstext utnyttjas och flexibilitet i tolkningen tillåts för att råda bot på den rådande krissituationen om den är tillräckligt allvarlig. Det kan ske genom intresseavvägningar, där ett intresse som tidigare getts mycket tyngd vid en avvägning kanske ges mindre tyngd under kriser.

I Gross och Ní Aoláins framställning ligger tolkningen hos domstolarna och det är domstolarna som vid kris kan tillåta en större flexibilitet i framför allt intresseavvägningen.³⁷ I en svensk kontext är detta något främmande, dels för att det i vissa av de aktuella fallen skulle saknas en möjlighet att överklaga, dels för att det historiskt inte uppstått någon riklig praxis efter genomgångna kriser.³⁸ Traditionellt har riksdagen framhävts som grundlagens främsta uttolkare,³⁹ och även om det finns tendenser mot en starkare domstolsmakt och förstärkning av lagprövningsinstitutet kan det inte jämföras med de exempel som ges i en internationell kontext. Därutöver bör noteras att det i svensk rätt inte finns möjlighet att lagpröva utan att det föreligger ett specifikt

³⁵ Gross & Ní Aoláin (2006), s. 60 f.

³⁶ Gross och Ní Aoláin skriver att det här även kan ses som en mjuk version av författningen i alla väder, där den skrivna rätten inte ändras. Jag delar dock deras syn om att det snarare bör ses som en form av anpassning av det konstitutionella systemet. Jfr Gross & Ní Aoláin (2006), s. 89.

³⁷ Gross & Ní Aoláin (2006), s. 72–79.

³⁸ Detta är några anledningar som Tormod Otter Johansen lyfter fram som möjliga förklaringar till bristen på praxis, se vidare Johansen (2024), s. 32.

³⁹ Se t.ex. prop. 2009/10:80, s. 148 och NJA 2018 s. 743.

fall och att lagprövningen dessutom är konkret (till skillnad från abstrakt). Det innebär att domstolarnas inblandning under rådande kris såväl som kontrollen av genomförda beslut försvåras (även om förhandskontrollen genom Lagrådet och remissinstanserna kan finnas kvar). Oaktat domstolens roll bör det dock noteras att det inte är säkert att någon annan form av domstolsmakt hade gjort skillnad i en kris-situation. Det finns en stark tendens i kriser att de flesta sluter upp bakom den givna policyn. Detta gäller även domstolarna.⁴⁰

2.2.4 En oskriven form av konstitutionell anpassning?

I en typlösning som benämns ”konstitutionell anpassning” är det av intresse att fundera över vad som avses med begreppen *konstitutionell* och *konstitution*. Termen konstitution kan betyda olika saker och ges olika innebörd.⁴¹ Så som begreppet ofta förstås, och som jag även förhåller mig till det, har det en rättslig innebörd där en konstitution utgör den grundläggande rättsliga strukturen för en stat. Det innebär exempelvis för Sveriges del att konstitutionen utgörs av mer än de fyra grundlagarna. En konstitution kan då sägas vara sammansatt av bland annat praxis, doktriner, principer och författningar som gemensamt organiserar staten. En konstitution kan visserligen till större delar vara skriven, även om det utifrån ovan givna synsätt är svårt att reglera det som rymts i en konstitution uttömmande genom en skriven författning. Alla aspekter av rätten kan inte enkelt urskiljas, eftersom all rätt inte uttrycks i en skriven författning. Allmänna rättsprinciper kan till exempel vara en del av konstitutionen även om de inte är inskrivna i grundlagen. Det kan därför finnas delar av konstitutionen som inte följer av den skrivna grundlagen. Konstitution som begrepp kan därmed ses som vidare än grundlag.⁴² På så sätt kan en s.k. *oskriven modell*, beroende på hur den utformas och huruvida den accepteras av rättsordningen, ses som en del av den konstitutionella krisberedskapen — vilket innebär att den även kan ses som en anpassningsmodell.

I svensk rätt har någon sådan modell inte presenterats.⁴³ I Norge har den konstitutionella nödrätten bland annat beskrivits som grundad på

⁴⁰ Se t.ex. Oren Gross, ”Providing for the Unexpected: Constitutional Emergency Provisions”, *Israel Yearbook on Human Rights*, vol. 33, s. 13–43, 2003, s. 40 f. och där gjorda hänvisningar samt Gross & Ní Aoláin (2006), s. 77, där de bl.a. skriver att ”[e]xperience across jurisdictions shows that when faced with national crises the judiciary tends to go to war.”

⁴¹ Se t.ex. Eivind Smith och Olof Petersson, ”Konstitutionell demokrati som begrepp och som ideal”, i: Eivind Smith och Olof Petersson (red.), *Konstitutionell demokrati*, 1 uppl. (Stockholm: SNS förlag, 2004), s. 14 samt Mattias Derlén, Johan Lindholm och Markus Naarttijärvi, *Konstitutionell rätt*, 2 uppl. (Stockholm: Norstedts Juridik, 2020), s. 88. Jfr även Fredrik Sterzel, *Författning i utveckling: tjugo studier kring Sveriges författning* (Uppsala: Iustus, 2009), s. 33 f.

⁴² Se t.ex. Smith & Petersson (2004), s. 14; Derlén m.fl. (2020), s. 88.

⁴³ I förhållande till konstitutionell nödrätt konstateras emellanåt att det kan existera en sedvanerättsligt grundad konstitutionell nödrätt *vid sidan av författningen*, se t.ex. SOU 2003:32 *Vår beredskap efter den 11 september*, s. 96; SOU 2005:104, s. 57; prop. 2005/06:111 *Försvarsmaktens stöd till polisen vid terrorismbekämpning*, s. 40 f.; SOU 2008:125, s. 525. Formuleringen är återkommande och kommer av allt att döma

konstitutionell sedvanerätt.⁴⁴ Även de som menar att den konstitutionella nödrätten inte är baserad på sedvanerättslig grund ser den som en del av den konstitutionella systematiken.⁴⁵ Den konstitutionella nödrätten, oaktat olika bedömningar av dess exakta innehåll, ses då som en oskriven del av det rättsliga systemet. Liknande tankar finns även hos Gross och Ní Aoláin som till exempel skriver om en möjlighet att

[...] turn to the principle of necessity either as an autonomous source of law or as a meta-rule of constitutional construction. Under both views necessity operates as a constitutional principle that can make legal that which otherwise would have been unlawful and, perhaps, unconstitutional. Necessity either creates new constitutional law including by way of deviating from, and conflicting with, existing constitutional norms, or it shapes constitutional construction in novel ways.⁴⁶

Om modellen innebär att staten förlitar sig på allmänrättsliga regler eller sedvanerätt i kristid grundas trots allt agerandet på regler, om än oskrivna. Ett agerande utan stöd av explicit konstitutionell reglering kan därmed legitimeras av rättsordningen, och på så sätt även ses som inomrättslig.

2.2.5 Kritik mot anpassningsmodeller

Ett av de problem som ofta lyfts med anpassningsmodeller är svårigheten att normge för ett icke-definierat problem. Anledningen är att en kris till sin natur är oförutsägbar. Om vi skulle kunna förutse exakt vilka befogenheter och mandat som krävs i respektive kris skulle det kanske inte ens definieras som en kris. För att modellen ska fungera krävs ett relativt brett mandat och flexibilitet, vilket kan leda till oförutsägbarhet. Att det främst är processen för utlysande av eventuella undantagstillstånd som regleras kan även ses i ljuset av den problematiken. Till följd av den flexibilitet som krävs i anpassningsmodellen brukar även frågan om maktmissbruk lyftas. Ett brett mandat innebär en

ursprungligen från Gustaf Petrén och Hans Ragnemalm, *Sveriges grundlagar och tillhörande författningar med förklaringar*, 12 (omarb.) uppl. av Robert Malmgrens Sveriges grundlagar (Stockholm: Inst. för offentlig och internationell rätt, 1980), s. 334. Att det uttrycks som ”vid sidan av författningen” tycks innebära att den inte ses som en del av det konstitutionella systemet och termen sedvanerätt är nog mer avsedd att avspegla en form av pragmatisk praxis än en rättsligt bindande del av konstitutionen.

⁴⁴ Se t.ex. Frede Castberg, *Dokument nr. 2., Konstitusjonell nødrett, Utredning avgitt etter oppdrag av stortingets presidentskap* (1953); Ola Rambjør Heide, *Konstitusjonell nødrett : sett i lys av Den europeiske menneskerettighetskonvensjon artikkel 15* (Oslo: Tano Aschehoug, 1998), s. 20. Det är dock omdiskuterat om nödrätten kan vara baserad på en sedvanerätt. För en annan syn, se t.ex. Eivind Smith, *Konstitusjonelt demokrati: statsforfatningsretten i prinsipielt og komparativt lys*, 5 uppl. (Bergen: Fagbokforlaget, 2021); Steinar Fredriksen, *Rettsstat og nødstilstand* (Oslo: Karnov group, 2020); Eirik Holmøyvik, *Utgreiing om høvet til å utsetje eller forlenge valtinget eller å halde omval ved stortingsvalet i 2021 grunna koronasituasjonen*, Vedlegg 1 i prop. 89 L, 2020–2021.

⁴⁵ Se t.ex. Holmøyvik (2021), s. 48.

⁴⁶ Gross & Ní Aoláin (2006), s. 47. De presenterar dock även andra sätt att se på ”necessity” som snarare skulle falla in i den utomrättsliga typlösningen.

större möjlighet för, främst den exekutiva, statsmakten att använda mandatet och själv definiera både när och hur länge det ska tillämpas — vilket ökar risken för missbruk. Det finns också en risk för att regleringen endast uppfyller någon form av formell legalitet, det vill säga att en reglering finns på plats men att den regleringen i slutändan ger ett så brett mandat att andra rättsstatliga krav riskerar att inskränkas. Det uppstår då en motsättning i tanken om att lagstiftaren ska kunna reglera något oförutsett på ett uttömmande sätt, samtidigt som det finns krav på ett upprätthållande av rättstatsideal i regleringen. Ett ytterligare problem med den reglering som införs är att den relativt ofta görs permanent.⁴⁷

Vid användning av någon av anpassningsmodellerna som tillåter anpassning under rådande kris, exempelvis förändrade beslutsstrukturer under kris eller grundlagstolkning, finns en risk med att ogenomtänkta och förhastade beslut fattas. Bedömningen av vad som är nödvändigt och rimligt kan förändras under en rådande kris, eller annorlunda uttryckt "what seems unreasonable in reasonable times may look reasonable in unreasonable times."⁴⁸ Det har påtalats att anpassningslösningar, när många bedömningar måste göras under rådande kris, riskerar att leda till överreaktioner. Dels för att krisen kanske felbedöms under ett rådande ofta kaotiskt skede, dels för att en sådan felbedömning kan leda till nedmontering av olika skyddsmekanismer.⁴⁹

2.3 Författningen i alla väder

2.3.1 Generellt om typlösningen författningen i alla väder

Typlösningen *författningen i alla väder* utgår, precis som anpassningslösningen, från ett legalitetsperspektiv och ett avståndstagande från utomrättsliga lösningar. Till skillnad från anpassningslösningen accepteras dock inte att ett separat system för att hantera kriser introduceras. Tanken är istället, vilket framgår av namnet, att författningen ska gälla oavsett situation och eventuellt föreliggande kristillstånd.⁵⁰ Ett frånträdande från den ordinarie ordningen kan då inte motiveras av en nödsituation, och det finns inte heller ett behov av särskild reglering för den typen av tillstånd — det befintliga systemet kan hantera alla situationer.⁵¹ Det innebär en syn på den konstitutionella ordningen som fullständig; de befogenheter som krävs finns redan i konstitutionen.⁵² I bevarandet av den rådande ordningen ligger också ett signalvärde om att konstitutionella strukturer inte ska vara flexibla eller tillåta undantag, oavsett hur välavvägda de kan verka i stunden. Det kan på många sätt

⁴⁷ Detta utvecklas mer nedan, se avsnitt 3.2.

⁴⁸ Harold Dwight Lasswell, *National security and individual freedom*, 1 uppl. (New York: McGraw-Hill, 1950), s. 141.

⁴⁹ Gross & Ní Aoláin (2006), s. 105 ff.

⁵⁰ Gross & Ní Aoláin (2006), s. 86.

⁵¹ Gross & Ní Aoláin (2006), s. 86.

⁵² Gross & Ní Aoláin (2006), s. 88.

sågas vara en strävan efter ett ideal som ryms i modellen där grundläggande rättsliga principer ska gälla oavsett situation.⁵³

Utgångspunkten innebär alltså att det utifrån systemets perspektiv inte anses kunna uppstå situationer som utmanar den rådande ordningen, vilket kan kontrasteras mot tanken om att lagstiftaren inte kan förutse alla eventuella situationer som kan uppkomma. Det innebär dock inte att kriser och nödsituationer som sådana inte kan uppstå eller erkännas, endast att de systeminternt inte erkänns. Gross och Ní Aoláin skriver att “[w]hile the occurrence of emergencies and acute crises is acknowledged, such events are of no constitutional significance because no distinct legal emergency regime is recognized under the constitution.”⁵⁴

Att författningen ska gälla i alla väder motiveras ofta med att det motverkar risken för maktmissbruk. Möjligheten att i kristid använda någon form av anpassning, som ofta innebär en maktförskjutning till den exekutiva makten, medför också en risk för att en sådan användning kan ske i andra tider. Det finns även en risk, som nämns ovan, att mandatet blir så brett att det endast är en form av formell legalitet som säkerställs — det vill säga att det finns en regel men att regeln i sig är för bred för att exempelvis stävja missbruk. I modellen ”författningen i alla väder” finns en strävan efter att motverka sådant missbruk. Detta kan även relateras till tanken om säkerhetisering där frågor och situationer kan konstrueras in i ett säkerhets- och/eller krisspektra för att möjliggöra användandet av extraordinära befogenheter.⁵⁵ Det vill säga att en situation formuleras och benämns som en kris eller ett säkerhetshot för att kunna aktualisera det mandat som ges genom en anpassningslösning om exempelvis undantagstillstånd, oaktat om det de facto är en situation som är tänkt att hanteras inom ramen för de givna reglerna.

Istället för att utgå från att flexibilitet krävs finns det i ”författningen i alla väder” en tanke om motstånd. Att inte tillåta förändringar eller flexibilitet i en tid av kris har ett värde, eftersom det skickar ett meddelande om att systemet är värt att bevara. Det är på så sätt ett medvetet val att motstå, det finns en förståelse i typlösningen för att det i slutändan kanske är oundvikligt att modellen kommer att åsidosättas men att motståndet i sig gör att det inte sker förrän det är just oundvikligt.⁵⁶ Tanken är således att statsmakten inte ska bli ”frestad” att använda ett

⁵³ Gross & Ní Aoláin (2006), s. 101 f.

⁵⁴ Gross & Ní Aoláin (2006), s. 88.

⁵⁵ Se t.ex. Barry Buzan, Ole Wæver och Jaap de Wilde, *Security: a new framework for analysis* (Boulder, Colorado: Lynne Rienner, 1998); Peter Hough, *Understanding global security*, 4 uppl. (London: Routledge, 2018).

⁵⁶ Frederick Schauer har uttryckt det som att “[r]esisting the inevitable is not to be desired because it will prevent the inevitable, but because it may be the best strategy for preventing what is less inevitable but more dangerous”, se Frederick Schauer “May Officials Think Religiously?”, *William and Mary Law Review*, vol. 27, nr 5, 1986, s. 1085.

mandat som finns. Istället kan avsaknaden av ett sådant mandat leda till mer eftertanke innan det ”oundvikliga” sker.

2.3.2 Kritik mot författningen i alla väder

Författningen i alla väder som typlösning har kritiserats för att vara naiv. En författning kan inte vara fullständig och alla eventuella problem som kan uppstå kan inte förutses. Därtill har statsmakter historiskt sett agerat i kris oaktat om befogenheter finns eller inte, vilket innebär att modellen inte ser till det troliga faktiska agerandet. Kritiker menar att det faktum att statsmakterna agerar i krissituationer kräver en reglering som är medveten om det faktumet och försöker att hantera situationerna inom regleringens ramar.⁵⁷ Om det är så att den exekutiva makten agerar i kristid, oaktat vad författningen säger, innebär det ett glapp mellan det faktiska agerandet och vad författningen tillåter. Detta kan enligt kritiker även leda till att författningssynen och medborgarnas tillit till systemet påverkas, vilket i slutändan kan leda till att hela rättsordningen ifrågasätts — och att tankar som ”varför ska vi följa lagen om inte ens regeringen gör det” etableras.⁵⁸

Mot detta ställs kritiken som lyfts mot anpassningsmodellerna, det vill säga en övertro på att reglering kan hantera allting. I förhållande till de olika anpassningsmodellerna kan det dock argumenteras för att en flexibilitet och ett på förväg bestämt hanteringsätt kan leda till att mindre ingripande åtgärder vidtas. Om författningen i alla väder ses som en idealmodell med en inbyggd insikt om att modellen till slut kommer att brytas medför det en risk för att det agerandet, när det väl sker, sker för sent och att mer ingripande åtgärder då måste vidtas. Om den exekutiva makten inte har befogenhet att vidta åtgärder utan i slutändan måste göra det på ett icke-legalt sätt kan det leda till att den drar sig för att vidta åtgärder överhuvudtaget. Det kan alltså också leda till ett icke-agerande som i sig kan medföra risker.⁵⁹ I svensk rätt framförs emellanåt att medborgarna har berättigade förväntningar på att statsmakten ska tillgodose deras trygghet och säkerhet.⁶⁰ Det kan hävdas att det i de berättigade förväntningarna ligger en förväntan på agerande, alltså att en underlåtenhet att agera innebär att staten inte uppfyller sin förpliktelse.

2.4 Utomrättslig hantering

2.4.1 Generellt om typlösningen utomrättslig hantering

Både konstitutionell anpassning och författningen i alla väder utgår från det som Gross och Ní Aoláin kallar för ”the assumption of constitutionality”. Båda modellerna har alltså som utgångspunkt att metod

⁵⁷ Gross & Ní Aoláin (2006), s. 94 f.

⁵⁸ Gross & Ní Aoláin (2006), s. 97.

⁵⁹ Gross & Ní Aoláin (2006), s. 80 f.

⁶⁰ Se t.ex. SOU 2002:37 *Osmo Vallo - utredning om en utredning*, s. 36 f. och 121; SOU 2005:104, s. 65; SOU 2023:75, s. 149–152.

och gränser för hantering av kriser ska ges inom konstitutionens ram.⁶¹ Som en motpol till det finns *den utomrättsliga lösningen* som i stort innebär att det kan uppstå situationer där det lämpligaste sättet för att hantera kriser är att agera utanför, och därmed ibland i strid med, rätten.⁶² Lämpligheten är dock baserad på att åtgärden syftar till att värna och skydda allmänheten. Enligt lösningen kräver ett sådant agerande även att det görs öppet och transparent så allmänheten har insyn i agerandet och att någon form av ratificerande av handlingarna behöver ske ex post. Samhället måste alltså ges en möjlighet att antingen utkräva ansvar för agerandet eller avstå från ett sådant ansvarsutkrävande.⁶³ Även om agerandet i sig är i strid med annars gällande konstitutionella regler, är syftet med agerandet att bevara systemet och upprätthålla de rättsliga normerna. Gross och Ní Aoláin skriver bland annat att "going outside the law in appropriate cases may preserve, rather than undermine, the rule of law in a way that constantly bending the law to accommodate emergencies will not".⁶⁴

Den utomrättsliga lösningen kan också sägas utgå från en tanke om separation. Det innebär att handlande i strid med lagen inte behöver ses som vare sig legalt eller icke-legalt; det ska istället ses som separat från rätten. Det anses då finnas extraordinära befogenheter utanför rätten — som därför inte kan begränsas eller kontrolleras inomrättsligt.⁶⁵ Befogenheterna kan ses som en del av den "styrande" makten, det vill säga att de implicit existerar som en extraordinär utomrättslig befogenhet för exekutiven. John Locke menade exempelvis att befogenhet fanns för exekutiven att åsidosätta normer om det var till nytta för samhället som sådant. Om det används på annat sätt kan folket hävda sin rätt och återta den makt som getts, och på motsvarande sätt tyst acceptera agerandet om det gjorts för deras bästa. Eventuella sanktioner mot agerandet lämnades alltså till folket.⁶⁶

Gross menar att det implicita bör göras explicit, och att risken för agerandet bör ligga på den som agerat utomrättsligt. Rättssystem bör då inte på förhand legitimera ett extraordinärt agerande.⁶⁷ Gross utgår från tre antaganden: för det första att nödsituationer kräver ett extra-

⁶¹ Gross & Ní Aoláin (2006), s. 86.

⁶² I den utomrättsliga lösningen, och kanske för samtliga presenterade lösningar, blir det tydligt att det är beroende av hur "rätt" definieras och vad som därmed ses som inom- eller utomrättsligt.

⁶³ Gross & Ní Aoláin (2006), s. 112 f.

⁶⁴ Gross & Ní Aoláin (2006), s. 112. Det kan jämföras med tanken om det permanenta undantagstillståndet, där en anpassning och justering av reglerna leder till att systemet till slut blir ett annat.

⁶⁵ Kristian Cedervall Lauta, *Disaster Law* (Milton Park: Routledge, 2014), s. 45–46.

⁶⁶ Locke utvecklade tanken i *Two treatises of government* (1689). För en sammanfattande beskrivning, se även t.ex. Gross & Ní Aoláin (2006) 119 ff.; Lauta (2014), s. 45 ff. Värt att notera är dock att Lockes teori även kan läsas som en del av det konstitutionella systemet, vilket då skulle innebära att den snarare är en form av anpassningslösning (om än oskriven), se Gross & Ní Aoláin (2006), 121 f.

⁶⁷ Oren Gross, "Chaos and Rules: Should Responses to Violent Crises Always Be Constitutional?", *The Yale Law Journal*, vol. 112, 2003, s. 1103.

ordinärt agerande från den exekutiva makten; för det andra att konstitutionella argument historiskt inte har begränsat den exekutiva makten som har att hantera en sådan nödsituation; och, för det tredje, att det finns en stark sannolikhet för att de åtgärder som vidtas i nödsituationen blir bestående och letar sig in i det ordinarie rättssystemet när nödsituationen inte längre är för handen.⁶⁸ Enligt ett sådant synsätt är det därför viktigt att agerandet inte ses som rättsenligt i en efterhandsbedömning eller ses som något praxisskapande. Istället kan det jämföras med ett indemnitetsförfarande,⁶⁹ vilket innebär att ett agerande ses som något som strider mot rätten men det utkrävs inget ansvar för det.⁷⁰

2.4.2 Kritik mot den utomrättsliga lösningen

Kritiken som ofta lyfts mot den utomrättsliga lösningen är att den ger uttryck för en syn på rätten som ofullkomlig och maxim som ”i kriget tiger lagarna” och ”nöden har ingen lag” kan ställas mot tanken om att ”land ska med lag byggas”. Kritiker menar att utomrättsliga lösningar, som ofta baseras på ad hoc-bedömningar och är oskrivna, inte är värddiga en rättsstat och att det finns risk för missbruk.⁷¹ En stat som är byggd på rättsstatlighet kan inte acceptera att det som är tänkt att upprätthållas av staten också kan sättas åt sidan för att skydda staten som sådan. Riskerna för totalitärt och auktoritärt styre ökar om staten accepterar ett utomrättsligt agerande.⁷² Den huvudsakliga kritiken kan sägas bestå i en tanke att det öppnar för ett system där rättsliga begränsningar inte kan läggas på det statliga maktutövandet. Om den exekutiva makten kan agera utomrättsligt i nödsituationer riskerar det att leda till att befogenheten att agera i strid med konstitutionen även återopas i andra situationer.⁷³ Därutöver baseras den utomrättsliga lösningen i hög grad på tanken om separation mellan normaltillstånd och kristillstånd, vilken också kritiserats.⁷⁴

3 Några övergripande teoretiska frågor

3.1 Krisens kärna och krisregleringens paradox

Det finns flera svårigheter med att definiera begreppet ”kris”. Därtill varierar begreppsanvändningen och flera olika uttryck används om vad

⁶⁸ Gross (2003), s. 1097.

⁶⁹ Begreppet, som utgör ett försök till översättning av det norska begreppet ”indemnitetslov” (se bl.a. Castberg [1953]), används alltså för att beskriva en form av ansvarsfrihetsgrund där ett ansvar inte utkrävs trots att agerandet har konstaterats vara rättsstridigt.

⁷⁰ Det kan jämföras med excessfallen i straffrätten där ett brott anses begånget utan att det bestraffas, till skillnad från exempelvis nödvärn där ett brott inte ens anses begånget. Se 24 kap. 1 och 6 §§ BrB. För viss kritik mot Gross syn, se t.ex. David Dyzenhaus, ”The constitution of law: legality in a time of emergency” (Cambridge; Cambridge University Press, 2006), s. 50 ff.

⁷¹ Liknande argument förs fram av Erik Wennerström i förhållande till konstitutionell nödrätt, se Wennerström (2012), s. 371.

⁷² Gross & Ní Aoláin (2006), s. 143.

⁷³ Gross & Ní Aoláin (2006), s. 143 f.

⁷⁴ Detta utvecklas nedan, se avsnitt 3.2.

som ibland tycks vara samma sak: allvarlig händelse, fredstida kris, civil kris, extraordinär situation, allvarliga störningar och liknande. Även i svensk rätt varierar terminologin.⁷⁵ En gemensam nämnare som ofta konstateras är dock att en kris är oförutsedd — finns det beredskap och möjlighet att hantera en situation utvecklas den troligtvis inte till en kris. Vid avsaknad av beredskap krävs ofta ett snabbt agerande och att beslut fattas. Kravet på agerande och en flexibel reglering, som kan hantera oförutsedda skeenden, ställs mot önskan om kontroll och begränsningar mot maktmissbruk — vilket utgör ett av de spänningsförhållanden som uppstår i förhållande till krisregleringen. Ytterligare spänning uppstår mellan syftet för krisregleringen och agerandet. En av författningens huvuduppgifter är att statskicket ska fungera även under påfrestande förhållanden, som ett skydd för både medborgarna och statsorganen. På samma sätt är syftet med en krisreglering ofta att skydda och bevara staten, medborgarna och systemet. Reglerna i 15 kap. regeringsformen är bland annat utformade för att tillåta statsmakterna att agera under friare former, och samtidigt undvika att tvister uppstår gällande huruvida statsmakternas agerande varit legalt eller inte, men även för att försvåra för oansvariga grupper att ta makten.⁷⁶ För att uppfylla skyddssyftet innehåller eventuell krisreglering ofta en maktförskjutning till den exekutiva makten, i syfte att underlätta ett snabbare agerande. En fråga som då uppstår är om ett åsidosättande av systemet, med det uttalade syftet att skydda detsamma, kan accepteras? Och var går gränsen för hur mycket systemet kan utmanas och ”tåla” för att skyddas?⁷⁷ Ytterligare frågor om krisregleringens spänningsförhållande och potentiella brister uppstår. Om krisen till sin natur är oförutsedd, medan en reglering till sin natur måste vara förutbestämd, framstår begreppet *krisreglering* närmast som ett oxymoron.

3.2 Separation som utgångspunkt: normaltillståndet vs. undantaget

Samtliga typlösningar som presenteras i denna artikel utgår ifrån ”the assumption of separation”.⁷⁸ Det innebär att utgångspunkten för modellerna är att *normaltillståndet* kan separeras från *krisen* (eller *undantaget*). Dikotomin präglar den krisrättsliga diskursen, både genom att på många sätt ses som en grundläggande förutsättning samtidigt som den också är omdiskuterad och ifrågasatt.⁷⁹

⁷⁵ Det har framförts att den svenska terminologin är något disparat och att en översyn och systematisering bör göras, se t.ex. Hirschfeldt och Petersson (2020), s. 50 f. Se även generellt Bergling m.fl. (2016), s. 28–38 och Hirschfeldt och Petersson (2020) för sammanställning över begreppsanvändningen. Se även Johansen (2024).

⁷⁶ Se prop. 1973:90, s. 444 f.; prop. 1987/88:6 om de offentliga organens verksamhet vid krig eller krigsfara, s. 18; SOU 2008:61, s. 9.

⁷⁷ Se bland annat Gross & Ní Aoláin (2006), s. 9 där de skriver “[...]to what extent, if any, [can] violations of fundamental democratic values [...] be justified in the name of the survival of the democratic, constitutional order itself, and if they can be justified, to what extent [can] a democratic, constitutional government [...] defend the state without transforming itself into an authoritarian regime.”

⁷⁸ Se t.ex. Gross & Ní Aoláin (2006), s. 171.

⁷⁹ Se Gross & Ní Aoláin (2006), kapitel 4. Se även Johansen (2024), avsnitt 3.4.

Oavsett vilken typlösning som väljs för hantering av kriser inom en rättsordning väcks frågan om vilken plats en sådan reglering (eller avsaknaden av sådan) fyller i den rättsliga systematiken. Frågan rör ofta undantaget och huruvida undantaget i sig är utom- eller inomrättsligt eller om det kan sägas existera i ett rättsligt tomrum. Kan rätten finnas i undantaget om undantaget i sig upphäver delar av rättsordningens struktur — om än temporärt? Undantagets plats i rättssystemet har diskuterats och analyserats från flera perspektiv.⁸⁰ I anpassningslösningen finns undantaget reglerat inomrättsligt och på så sätt uppfylls ”the assumption of constitutionality”, och i modellen ses undantaget inte som något externt från rätten utan som något rätten kan hantera. Om undantaget istället ses som något som upphäver rättsordningens struktur (temporärt) kan det ifrågasättas om det går att reglera. Spänningen mellan norm och undantag blir tydlig.

Enligt vissa synsätt kan agerandet som sker i undantaget inte föras in i det ordinarie ansvars- eller befogenhetssystemet. Det tydliggörs bland annat av Carl Schmitt i det ofta citerade ”suverän är den som beslutar om undantagstillståndet”.⁸¹ På liknande sätt har det framförts att normativitet kräver att ett normaltillstånd föreligger, det vill säga att normer endast kan tillämpas i normalsituationer och att normer inte kan binda en stat i extraordinära situationer.⁸² Synen utgår således från en tanke om att nödbefogenheter inte kränker rättigheter eller rättsstatsprincipen, eftersom dessa under rådande kris inte är i effekt och inte tillämpbara under en extraordinär situation. Istället sker en form av suspension av normerna, där de inte bryts utan endast temporärt upphävs.⁸³ Synen på undantaget, där inga normer längre råder, kan därför inte heller leda till ett demokratiskt ansvarsutkrävande. Gross och Ní Aoláin menar dock att exempelvis Carl Schmitts syn på undantagets rättsliga hantering skiljer sig från en utomrättslig modell, eftersom det inte kan utkrävas ansvar för de beslut som fattas av suveränen under undantaget. Det gör att agerandet för in undantaget i det konstitutionella systemet.⁸⁴ Det är då inte längre något som endast existerar i undantaget utan även i det normala. Att staten (eller suveränen) skulle

⁸⁰ Se bl.a. Carl Schmitt, *Politisk teologi: fyra kapitel om begreppet suveränitet*, övers. Stefan Jarl (Lund: Bokförlaget Augusti, 2023); Giorgio Agamben, *Undantagstillståndet*, övers. Sven-Olov Wallenstein (Lund: Propexus, 2005); Nomi Claire Lazar, *States of emergency in liberal democracies* (Cambridge: Cambridge University Press, 2009).

⁸¹ Schmitt (2023), s. 25. Undantaget är dock inte något som existerar i ett ”juridiskt kaos”, istället synliggörs enligt Schmitt att rätten vilar på beslut och inte normer. Det är suveränens auktoritet som är grunden för normer och staten. För en sammanställning av Schmitts argument avseende undantaget, se t.ex. Lauta (2014), s. 48 ff.

⁸² Se t.ex. Schmitt (2003) och Gross & Ní Aoláin (2006), s. 164. Jfr även Carl Schmitt, *On the three types of juristic thought*, övers. Joseph W. Bendersky, (Westport: Praeger, 2004), s. 52, 56 f. och Carl Schmitt, *Constitutional Theory*, övers. Jeffrey Seitzer (Durham NC: Duke University Press, 2008), s. 80.

⁸³ Se t.ex. Schmitt (2008), s. 80. Jørgen A. Stubberud, ”Hva er unntakstilstand?”, i Dag Michalsen (red.), *Unntakstilstand og forfatning: brudd og kontinuitet i konstitusjonell rett* (Oslo: Pax, 2013), s. 51.

⁸⁴ Gross & Ní Aoláin (2006), s. 169.

ha en oskriven rätt, som inte kan begränsas, skiljer sig från synen på staten som ett objekt som tilldelats befogenheter.

Separationstanken har som nämns ovan kritiserats. Det har förts fram att separationen inte är möjlig att upprätthålla eftersom vi lever i en situation där undantaget ofta görs permanent, och därmed blir en del av det normala.⁸⁵ Det finns åtskilliga exempel på undantagstillstånd som varit i kraft under längre tid och det kan diskuteras om ett institut som är tänkt att vara ett temporärt upphävande av vissa strukturer kan användas under en längre period utan att bli en del av det normala. Därtill kan det diskuteras huruvida en uppdelning i två tydligt separata tillstånd går att göra i en komplex värld. Tormod Otter Johansen skriver exempelvis att "[d]et är tydligt att världen som sådan inte innehåller tillstånd som objektivt är normala eller exceptionella. Det krävs att någon gör en bedömning av en situation utifrån vissa kriterier eller någon annan utgångspunkt."⁸⁶ I och med att tillstånden är beroende av en subjektiv bedömning innebär det att förändringar i tolkning kan ske över tid och att förskjutningar av synen på vad som är en kris och inte kan göras, vilket också är en del av kritiken. Kritiken och diskussionen bör tas på allvar, men oaktat om separationen är naiv eller närmast en chimär kan det konstateras att tanken om en möjlig krisreglering enligt typlösningarna utgår från en tanke om separation.⁸⁷

3.3 Legalitet och kravet på författningsstöd

Som nämns ovan är en av grundtankarna med författningen att statskicket ska fungera även under påfrestande förhållanden, som ett skydd för både medborgarna och statsorganen. På samma sätt är syftet med en krisreglering ofta att skydda och bevara staten, medborgarna och det befintliga systemet. Många av typlösningarna utgår från en tanke om legalitet, det vill säga att kriser ska kunna hanteras inom systemet genom att en reglering finns på plats. Både anpassningsmodellen och författningen i alla väder utgår i stor utsträckning från en tanke om legalitet och vikten av skrivna regler för hantering av kriser. Ett agerande utan stöd i lag underminerar legalitetstanken och är därmed illegitimt. Typlösningarna är tänkta att undvika det och därmed bevara integriteten i systemet.

Det är därför intressant att det i separationstanken vid den utomrättsliga lösningen, det vill säga att hålla det agerandet som sker i kris utanför det rättsliga, kan finnas precis samma syfte — nämligen att upprätthålla och bevara systemet. Ett syfte med att separera det "icke-normala" från det "normala" är att det "icke-normala" inte ska riskera att tränga in i det ordinarie systemet vilket i sin tur låter systemet vara

⁸⁵ För olika diskussioner om separation och permanenta undantag, se t.ex. Agamben (2005); Karin Loevy, *Emergencies in public law: the legal politics of containment* (New York: Cambridge University Press, New York, 2015); Greene (2018).

⁸⁶ Johansen (2024), s. 248.

⁸⁷ Se även Johansen (2024), s. 249 f.

intakt. Som nämns ovan förs det emellanåt diskussioner om det ”permanenta undantaget” där krisregleringen har blivit en del av det normala systemet. Tanken är inte ny. I svensk kontext skrev bland annat Nils Herlitz år 1959 ”[s]å fick man åter göra en gammal erfarenhet: att det som sker i statslivet i en tid av nöd och fara som ett tillfälligt avsteg från rådande ordning har en stark tendens att bli varaktigt”.⁸⁸ Att helt särskilja nödtillståndet från det rättsliga är då ett sätt att upprätthålla rättssystemet så som det är i normaltillståndet; normerna finns kvar och ändras inte utifrån varje kris eftersom kriserna hanteras i ett vakuum där normerna inte gäller.

Tanken om författningen i alla väder är snarare den att en avsaknad av reglering kan leda till mer eftertanke. I det finns också en tanke om att en reglering med stora befogenhetsöverföringar eller liknande riskerar att endast uppfylla en form av formell legalitet, alltså att det finns en regel. Existensen av en regel kan visserligen uppfylla legalitetskravet, men riskerar då att bortse från övriga värden som vi ofta tillskriver en rättsstat. Samtliga typlösningar som presenteras i denna artikel utgår på något sätt från ett systembevarande tankesätt, där legaliteten ges stor vikt, men det som särskiljer är hur legaliteten bäst uppfylls och bevaras.

4 Avslutande ord

Frågorna som jag lyfter i denna artikel är på inget sätt nya eller uttömmande. I förhållande till den rättsliga hanteringen av kriser sker alltid en balansering mellan olika intressen och frågorna har diskuterats länge och av många. I en kris kan ett snabbt agerande vara avgörande för att stävja situationen och statsmakternas hantering av konstitutionell befogenhet vid kriser väcker frågor om *legalitet* och *legitimitet*. Staten ska fungera som den yttersta garanten för trygghet och säkerhet.⁸⁹ När ett snabbt agerande är behövt uppstår ofta en balansgång mellan kravet på författningsstöd och kravet på att garantera trygghet och säkerhet. Ofta ställs legalitet mot ett snabbt agerande, men det kan även vara frågor om parlamentets suveränitet mot exekutivens handlingskraftighet. Syftet med artikeln är att ge en introducerande överblick av olika typlösningar för reglering och de frågor som är återkommande i den krisrättsliga diskussionen. Som framgår kan de flesta argument för respektive lösning ofta jämföras med argumenten emot de andra. Ett medskick är dock att det i svensk rätt framför allt varit fokus på tre olika lösningar och att de lösningarna ofta beskrivits på ett ganska kortfattat sätt, vilket riskerar att ge en något missvisande bild av de alternativ och de diskussioner som förs inom krisrätten. Ytterligare alternativ finns och när vi diskuterar frågor om krisreglering är det av

⁸⁸ Nils Herlitz, ”Regeringsformen i nutida författningssliv: Erfarenheter från 1939–55”, i *1809 års regeringsform: Minnesskrift till 150 årsdagen den 6 juni 1959*, Lund: Statsvetenskaplig tidsskrift, årgång 62, häfte 2–3, 1959, s. 255.

⁸⁹ Jfr SOU 2002:37, s. 36 f. och 121; SOU 2005:104, s. 65.

vikt att inte bara se till hur lösningarna formellt behandlats och reglerats i andra rättsordningar, utan även hur de tillämpats och vilken effekt respektive lösning har fått på exempelvis grundläggande rättsstatliga värden. En annan slutsats som kan dras av den överblick som ges i denna artikel är att frågorna om rättslig hantering av kriser är svåra och komplexa och troligtvis finns det ingen optimal lösning. Genom att studera vår omvärld, såväl vad avser formell reglering som faktiskt utkomst, och historien kan vi dock undvika att göra de största misstagen och med eftertanke förhoppningsvis hitta en medelväg.