

1. kafli

Upphaf stjórnarskrárfestunnar og áhrif hennar á stjórnskipun einstakra ríkja

Ágúst Þór Arnason

I. Stjórnarskrá: Heimur stjórnmála, laga og réttar

Ríki heims eru ólík um margt og stjórnskipun hvers ríkis og stjórnarskrá einstök í sjálfu sér. Stjórnarskrá er sögulegur vettvangur þar sem öfl samfélagsins koma saman og takast á samkvæmt settum reglum og ná þannig sáttum. Í stjórnarskrá mætist heimur stjórnmála og heimur laga og réttar með óvenjulegum hætti og í ákvæðum hennar og framsetningu er að finna sjálfskilning þeirra sem töldu sig, í umboði þjóðar, setja stjórnvöldum skorður með þeirri skipan mála sem felst í nútíma stjórnarskrárfestu. Það er því ekki sjálfgefið að hægt sé að heimfæra vel heppnaðar stjórnskipunarlegar lausnir frá einu ríki til annars. Þó má líklega fullyrða að aldrei hafi verið unnið að samningu stjórnarskrár ríkis án þess að leitað hafi verið meira eða minna í reynslusjóð annarra samfélaga.

Þrátt fyrir að auðvelt sé að sýna fram á fyrirmyndir grundvallarhugmynda einstakra stjórnarskráa og hugmyndafræðileg tengsl stjórnskipunar milli ríkja þá er stutt síðan að farið var að sinna fræðilegum samanburði á þessu sviði. Megin ástæðan fyrir þeirri tregðu var sú skoðun að stjórnarskrár nútímans væru, þrátt fyrir sameiginlegan hugmyndafræðilegan uppruna, svo mótaðar af sérkennum hvers ríkis fyrir sig að raunverulegur samanburður væri nær óhugsandi. Með stofnun Sameinuðu þjóðanna og auknu vægi þjóðaréttarins jókst áhuginn á stjórnskipun þjóðríkja nokkuð en það var ekki fyrr en á níunda tug síðustu aldar sem samanburðarstjórnskipunarfræði kom fram á sjónarsviðið sem sjálfstæð fræðigrein. Með falli Berlínarmúrsins 1989 og hruni Sovétríkjanna má segja að sprenging hafi orðið í fræðunum og hefur lítið lát verið á.

Í þessari stuttu greinargerð er ætlunin að velta upp þeirri spurningu hvort það geti talist skynsamlegt að líta til stjórnarskráa annarra ríkja þegar endurskoðun á eigin stjórnarskrá stendur fyrir dyrum og þá í hve miklu mæli. Í þeim tilgangi að nálgast svar við þessum spurningum verður farið hröðum skrefum yfir helstu sögulegu þætti stjórnarskrárfestu nútímans.¹

¹ Stjórnarskrárfesta er þýðing á hugtakinu „Constitutionalism“. Sjá frekari umfjöllun í

II. Stjórnskipunarhugmyndir í öndverðu

Víst er að einhverskonar stjórnskipun hefur verið við lýði frá upphafi samfélagsmyndunar. Eðli málsins samkvæmt frumstæð í upphafi en þegar kemur fram á 6. öld og þó sérstaklega á 5. öld fyrir Krist fara að sjást einkenni þess sem síðar átti eftir að verða.² Hugmyndir Forn-Grikkja eru á þessum tíma leiðandi í Evrópu og Austurlöndum nær og hjá þeim þróast stjórnarskrárhugtakið frá því að merkja „velgerðarlög“ (*Eunomia*) byggðum á guðlegri velþóknun og vilja, í það að tákna „jafnræðisreglu“ (*Isonomia*) þar sem finna má rætur hugmyndarinnar um pólitíska virkni borgaranna.³ Á þessum tíma komu einnig fram hugmyndir um ólíka stjórnskipan eftir því hvers eðlis stjórnvaldið er. Samkvæmt því sem Aristóteles heldur fram getur lögmæt stjórnskipan verið með þrennskonar hætti: Konungsveldi, stjórn aðalsins og lýðveldi.⁴ Ólögmætar öfgamyndir þessara stjórnarháttar eru einræði (harðstjórn), fámennisstjórn og lýðræði eða skrílraði.⁵

Í því samhengi sem hér um ræðir þykir ekki ástæða til að rekja frekar sögu stjórnskipunarhugmynda fyrr en komið er fram á nýöld. Þó er rétt að nefna að opinber réttur eins og við þekkjum hann í dag á upphaf sitt í þeirri þróun lögfræðinnar sem varð í Bologna í lok 11. aldar og byrjun 12. aldar en á svipuðum tíma ganga verk Aristótelesar í endurnýjun lífdaga sinna í Vestur-Evrópu. Ríkið verður sjálfstætt viðfangsefni fræðimanna og lykilhugtök því tengd eins og ljós „*constitutio*“ og „*status*“ sjá fyrst dagsins ljós. Á 16. öld kemur svo fram hugtakið „*lex fundamentalis*“ sem ótvíræður fyrirrennari þess sem í dag er kallað „grundvallarlög“ og hefur sambærilega merkingu og stjórnarskrá (e. *constitution*).⁶

Þær hugmyndir um stjórnskipan sem áttu eftir að vísa veginn til stjórnarskrárfestu nútímans eru oftast kenndar við Englendinginn John Locke (1632-1704) og Frakkana Montesquieu (1689 -1755) og Jean-Jacques Rousseau (1712 – 1778). Aðrir áttu þó eftir að koma að hugmynda-vinnunni með afgerandi hætti en þar fóru fremstir Norður – Ameríkumenn (Bandaríkin) og Frakkar. Þessi lönd voru vagga þeirrar hefðar sem í dag er talin grundvöllur réttarríkis og stjórnskipunar byggðri á frelsis- og mannréttindum. Um leið grundvölluðust þessar hugmyndir á því að ríkisvald ætti uppruna sinn og réttlætingu í samfélaginu (en ekki æðri mætti svo sem hjá Guði) og tengdust þannig lýðræði.

„Stjórnarskrárfesta: Grundvöllur lýðræðis“, Ágúst Þór Árnason, Skírni, haust 1999, HÍB Reykjavík, bls. 467 – 480.

2 Eins og þessi yfirferð ber með sér þá er horft til hugmynda og stjórnmála á Vesturlöndum til skýringar á þeirri þróun sem færði okkur stjórnarskrár nútímans. Full ástæða er þó til að huga betur að framlagi annarra menningarsvæða, svo sem Indlandi og Kína, á þessu sviði.

3 Eunomia vs. Isonomia mætti líka þýða sem „guðlegt fyrirkomulag vs. jafnræðisfyrirkomulag“.

4 Lengi tíðkaðist að þýða „politeia“ (e. polity) sem fjölræði en einnig sem fjölmennisstjórn. Í skrifum fræðimanna að undanförunum hefur hugtakið hins vegar verið tengt við lýðveldi og lýðveldisfestu (e. republicanism) og hér er það þýtt sem lýðveldi.

5 Í skrifum Aristótelesar snýst lýðveldið eða fjölræðið upp í andstæðu sína sem er þá lýðræði eða skrílraði þegar lýðurinn fellur í að hugsa aðeins um eigin hag frekar en að bera hag samfélagsins eða heildarinnar sér fyrir brjósti. Sjá frekar hjá H. Mohnhaupt í „Verfassung, Schriften zur Verfassungsgeschichte“ Band 47, Duncker & Humblot, Berlin 1995, bls. 6.

6 *ibid.* Bls. 14.

Þessar hugmyndir sem hér um ræðir höfðu ferðast um langan veg eins og áður sagði. Þær eiga þó tvímælalaust uppruna sinn í Grikklandi fornaldar og lifna við á há- og síðmiðöldum og taka fyrir alvöru að þroskast með tilkomu ítölsku borgríkjanna við lok miðalda og í byrjun nýaldar og ná svo tímabundið hæstum hæðum samhliða tilkomu þjóðríkja nútímans í Norðvestur Evrópu og Vesturheimi á 18. og 19. öld. Á þessu má sjá að hugmyndir um stjórnskipun eiga uppruna sinn víða þótt þær séu með réttu oftast kenndar við Vesturlönd.

III. Uppruni valdsins og réttindi mannsins

Segja má að þróunin í átt til stjórnarskrárfestu nútímans hefjist fyrir alvöru með upphafi borgarastyrjaldarinnar á Bretlandi 1642. Fram að því höfðu Bretar kallað stjórnarskrána „*Form of Government*“ og á þessu verður enginn breyting með stjórnarskrá Cromwells frá 1653. Aftur á móti kallar John Locke drög að stjórnarskrá sem hann samdi fyrir Norður – Karolínu „*Fundamental Constitutions of Carolina*“.

Á seinni hluta 18. aldar styrkist sú hugmynd að ríkisvaldið sé bundið lögum. Við það breytist merking hugtaksins stjórnarskrá endanlega (þ. *verfassung/e. constitution*) frá því að lýsa með hlutlausum hætti stjórnskipun ríkis og til þess sem við þekkjum í dag þ.e. regluverks sem meðal annars bindur stjórnvöld við meðferð valdsins. Stjórnarskrár byggja á þeirri grunnhugmynd að vera sáttmáli borgaranna um framsal valds og um leið stofnun og meðferð ríkisvalds. Með þeim hætti má segja að stjórnarskrárhugmyndin gangi út frá því sem vísu að allt vald komi frá þjóð hvers ríkis. Þessi stefnubreyting kemur fram með skýrum hætti þegar átök hefjast milli breska heimsveldisins og nýlendna þeirra í Vesturheimi. Forvígismenn frelsisbaráttu nýlendnanna komast svo að orði í bréfi til breska þingsins árið 1764:

„Í öllum frjálsum ríkjum er stjórnarskráin fastmótuð, og þar sem æðsti löggjafinn fær vald sitt og stjórnarheimild frá stjórnarskránni, þá getur hann ekki farið út fyrir mörk hennar án þess að eyðileggja undirstöður sjálfs sín.“⁷

Samkvæmt stjórnskipunarkenningu frönsku hugsuðanna Montesquieu, de Lolme og Rousseau var stjórnarskráin ekkert umfram skilgreiningu Rousseaus á grundvallarlögum (f. *loix fondamentales*) sem stjórnarformið er grundvallað á (f. *qui constituent la forme du Gouvernement*).⁸

Það er ekki fyrr en með einum helsta hugsuði frönsku byltingarinnar Emanuel Sieyès sem rök stjórnarskrárinnar eru skýrðar nánar. Samkvæmt Sieyès getur ekki orðið nein lögmæt tilfærsla ríkisvalds nema fyrir tilstilli þjóðarinnar. Sieyès heldur því fram að það sé hlutverk stjórnarskrárinnar að skilyrða þessa verkefnayfifærslu eða eins og hann segir orðrétt:

7 „In all free states the constitution is fixed and as the supreme legislative derives its power and authority from the constitution, it cannot overleap the bounds of it without destroying its own foundation.“ úr Massachusetts Circular Letter to the Colonial Legislatures, 11.02.1768, eftirprent frá *American Colonial Documents to 1776*, ed. Merill Jensen, London 1955, bls. 715.

8 Jean Jacques Rousseau: *Du contrat social* 2,12, 1762, *Oeuvres compl.*, t. 3, 1964, bls. 393 f.

„Það er ómögulegt að búa til stofnun með markmið án þess að gefa henni skipulag, form og viðeigandi lög svo hún sinni því hlutverki sem henni er ætlað. Þetta fyrirbæri nefnist stjórnarskrá (constitution) þessarar stofnunar. Stofnunin getur augljóslega ekki verið til án hennar. Einnig er augljóst að allt ríkisvald verður að byggjast á stjórnarskrá.“⁹

Sieyès hélt því fram, sem síðan hefur verið talin óvæfengjanleg staðreynd, að þjóðin væri hinn eiginlegi stjórnarskrárgjafi (f. *pouvoir constituant*) og væri hún þannig nauðsynleg forsenda hvorrar stjórnarskrár.¹⁰ Í samræmi við þessa niðurstöðu Sieyès tjáði Mounier stjórnarskrárnefnd franska þjóðþingsins að stjórnarskrá væri „ankeri stjórnskipunarinnar“ og „birtingarmynd réttinda og skyldna hinna ólíku valdabátta.“¹¹ Með þessu var bætt við hugmyndina um að stjórnarskrá sé eingöngu lýsing á tilhögun ríkisvaldsins, þeirri mikilvægu viðbót að stjórnarskráin sé gildandi réttur sem ekki megi víkja frá. Þessu til viðbótar var vísað til hinna órjúfanlegu tengsla þjóðarinnar við stjórnarskrána:

„Þegar stjórnarhættirnir eru ekki leiddir af greinilega yfirlýstum vilja fólksins, þá hefur fólkio enga stjórnarskrá heldur aðeins stjórn sem er orðinn hlutur.“

Það var einnig talið tilheyrja að stjórnskipunin setti ríkisvaldinu mörk:

„Efstjórnvald hefur engar skorður, þá er það óhjákvæmilega geðþóttastjórn og ekkert er andstæðara stjórnarskrá en stjórnlausir valdhafar.“¹²

Forsenda þess að umrædd skipan mála teldist lögmæt var að mannréttindi lægju henni til grundvallar samanber 16. gr. frönsku mannréttindayfirlýsingarinnar frá 1789:

„Ekkert þjóðfélag er stjórnskipulegt, nema það veiti öryggi fyrir því, að mannréttindin og borgararéttindin séu tryggð, og skipting hins opinbera valds sé ákveðin.“¹³

IV. Þjóðríkið og stjórnarskrárfestan

Á ofanverðri 18. öld eru öll helstu grunneinkenni nútíma stjórnskipunar og ritaðra stjórnarskráa komin til sögunnar. Á þessum tíma hefst fyrir alvöru vegferð þeirra hugmynda sem áttu meðal annars eftir að móta fyrstu stjórnarskrá Íslendinga, þeirri stjórnarskrá sem Kristján IX. Danakonungur færði Íslendingum úr fullvalda hendi sinni 1874. Þessar hugmyndir eru enn grundvöllur stjórnarskrárfestu nútímans og ekki að sjá að þar á verði merkjanleg breyting á næstunni.

Eins og fram kemur í riti Ólafs Jóhannessonar „*Stjórnskipun Íslands*“ hafði frelsisalda sú er reis í Evrópu árið 1830 víða í för með sér breyting-

9 Emanuel Sieyès: Qu'est-ce que le Tiers État?, 1789, éd. Roberto Zapperi, Genf 1970, bls. 179.

10 ibid.

11 Jean-Joseph Mounier í ræðu sem hann hélt 09.07.1789, Archives parlementaires de 1787 à 1860, éd. Jérôme Mavidal et Émile Laurent, 1ère sér., t. 8, Paris 1875, bls. 214.

12 ibid.

13 Ólafur Jóhannesson: Mannréttindi (erindi flutt 10. apríl 1949) birt sem grein í Samtíð og sögu V. bindi, Reykjavík 1951.

ar á stjórnarhöfum og bærust áhrif hennar „... um þýsku hertogadæmin norður til Danmerkur“.¹⁴ Fræðimenn hafa og sýnt fram á umtalsverðan skyldleika stjórnarskrár Danmerkur frá 5. júní 1849 (d. *Grundloven*) við stjórnarskrá Belgíu frá 24. febrúar 1831.¹⁵ Hér er ekki ætlunin að fara út í einstakar útgáfur af stjórnarskrá Danmerkur til að rekja forsögu íslensku stjórnarskrárinnar heldur verður látið nægja að fullyrða á grundvelli þess sem að framan segir að íslenska stjórnarskráin eigi rætur sínar að rekja til áður nefndrar stjórnarskrár Belgíu sem aftur á rætur sínar í hugmyndum frönsku byltingarinnar, stjórnarskrá Hollendinga frá 24. ágúst 1815 en ekki síður í stjórnskipun Englendinga (Breta) og ekki að ástæðulausu að enski stjórnskipunarfræðingurinn *Albert Venn Dicey* (1835 – 1922) lét hafa það eftir sér að belgíska stjórnarskráin væri „aðdáunarverð samantekt helstu meginreglna enskrar stjórnarskrárfestu.“ Höfundar stjórnarskrár Belgíu þekktu einnig vel til þeirra hugmynda sem lágu stjórnarskrá Bandaríkjanna til grundvallar og ekki má heldur gera lítið úr stjórnskipunarsögu og – hefðum Belga sjálfra.¹⁶ Ekki má heldur líta fram hjá áhrifum norsku stjórnarskrárinnar (n. *Grunnloven*) frá 16. maí 1814 á dönsku stjórnarskrána.

Áhrif belgísku stjórnarskrárinnar á stjórnarskrár og stjórnskipun annarra ríkja vörðu um alla 19. öldina og fram á þá tuttugustu. Merki hennar sjást í stjórnarskrá Spánnar frá 1837; grísku stjórnarskránni frá 1844 sem og þeirri frá 1864; stjórnarskrá Lúxemborg frá 1848; stjórnarskrá Prússlands frá 1850 og stjórnarskrá Piemont-Sardiníu frá sama ári en einnig stjórnarskrá Búlgaríu frá 1864. Dæmi um áhrif belgísku stjórnarskrárinnar utan Evrópu er stjórnarskrá Persíu (Íran) frá 1906 en hún var, í það minnsta að nafninu til, í gildi fram að byltingunni 1979.¹⁷

Árið 1848 var gefið út í Kaupmannahöfn úrval texta erlendra stjórnarskráa í þeim tilgangi að skapa og auðvelda skynsamlega umræðu um væntanlega stjórnarskrá Danmerkur.¹⁸ Þetta framtak hafði, að því er talið er, veruleg áhrif á drögin sem lögð voru til grundvallar dönsku stjórnarskránni frá 1849. Þetta átti sérstaklega við um stjórnarskrá Belgíu frá 1831 og norsku stjórnarskrána (n. *Grunnloven*) frá 1814.¹⁹

Danska stjórnarskráin var endurskoðuð 1866 vegna kröfu stórvelda þeirra tíma um að danska konungsríkið og hertogadæmin sem tilheyrðu því byggju við sömu stjórnskipun. Danir settu sér svo nýja stjórnarskrá 1915 (breytingar voru gerðar á henni árið 1920) og vorið 1939 samþykkti *Folketinget* enn á ný stjórnarskrá fyrir konungsríkið en henni var hafnað með nokkur þúsund atkvæða mun í þjóðaratkvæðagreiðslu 23. maí sama

14 Ólafur Jóhannesson: Stjórnskipun Íslands, Bókaútgáfan Iðunn, Reykjavík 1960, bls. 32.

15 Peter Germer „Dänmark“ í Grundrechte in Europa und USA, Hrsg. E. Grabitz, N.P. Engel Verlag Kehl am Rhein 1986, bls. 89.

16 Danny Pieters: Grundrechte in Europa und USA, Band I: Strukturen nationaler Systeme, Hrsg. Von Eberhard Grabitz, N.P. Engel Verlag Kehl am Rhein 1986, bls. 8.

17 P. Biscaretti di Ruffia, La Constitution comme loi fondamentale dans les Etats de l'Europe occidentale et dans les Etats socialistes, Paris, 1966, bls. 15; Mirkine Guetzevitch, Les constitutions européennes, Paris, 1951, bls. 26, hér Grundrechte in Europa und USA, Hrsg. E. Grabitz, N.P. Engel Verlag Kehl am Rhein 1986, bls. 8.

18 E. Vedel und D. Brandis: Udvalg af forskjellige constitutionelle Forfatninger, udgivet til Benyttelse ved Discussioner i Forfatningsspørgsmaalet, Kopenhagen 1848.

19 Peter Germer „Dänmark“ í Grundrechte in Europa und USA, Hrsg. E. Grabitz, N.P. Engel Verlag Kehl am Rhein 1986, bls. 89.

ár. Í kjölfar seinni heimsstyrjaldarinnar var uppi hávær krafa um endurskoðun dönsku stjórnarskrárinnar. Þjóðþingið skipaði stjórnarskrárnefnd 1946 sem fékk það hlutverk að leggja drög að nýrri stjórnaskrá. Eftir erfiða fæðingu náðist samkomulag í *Folketinget* um heildarendurskoðun stjórnarskrárinnar og gengið var til þjóðaratkvæðagreiðslu þar sem ný stjórnarskrá konungsríkisins Danmerkur var samþykkt 5. júní 1953.²⁰

Stjórnarskrá Noregs var samín við mjög svo sérstakar kringumstæður en Norðmenn gerðu tilraun til að öðlast viðurkenningu sem frjálst og fullvalda ríki árið 1814 eftir að hafa verið undir danskri stjórn um aldir (svipað og Íslendingar). Á þessum tíma var unnið að því að endurskipuleggja Evrópu, á margra mánaða löngum fundi sem haldin var í Vínarborg 1814 -15, sem líkast því sem verið hafði fyrir valdatíma Napóleons Frakklandskeisara 1799 - 1814. Norðmönnum tókst með þessari viðleitni sinni til að öðlast sjálfstæði að ná forystu í stjórnskipunarmálum á Norðurlöndum. Á sama tíma og Lýðveldisþróunin hafði verið stöðvuð í Evrópu horfðu Norðmenn til þeirra hugmynda sem lágu til grundvallar stjórnarskrá Bandaríkjanna og frönsku mannréttindayfirlýsingarinnar og þeirra fjölmörgu stjórnarskráa sem Frakkar sömdu sér á síðasta áratug 18. aldar. Norska stjórnarskráin er elsta stjórnarskrá Evrópu sem enn er í gildi og ef litið er til allrar heimsbyggðarinnar þá er það einungis stjórnarskrá Bandaríkjanna frá 1787/89 sem hefur verið lengur við lýði.

Svíar náðu aldrei að komast í takt við stjórnarskrárþróun 19. aldarinnar og enn er stjórnskipun þeirra í nokkrum aðgreindum skjölum svipað og því sem var fyrir á öldum. Stjórnarskrá Svía frá 6. júní 1809 átti að mörgu leyti minna sameiginlegt með þeim stjórnskipunarhugmyndum sem fram komu við lok 18. aldarinnar en eldri stjórnskipun Svía sjálfra. Ekki var um eitt heildstætt skjal að ræða heldur fjögur aðskilin skjöl: Regeringsformen (RF); tryckfrihetsförordningen (TF); yttrandefrihetsgrundlagen (YGL) og successionsordningen (SO). Stjórnarskrá Svía var endurskoðuð 1974 án þess að þessu fyrirkomulagi væri breytt. Sænska stjórnskipunin gerði það að verkum að mannréttindi áttu erfiðar uppdráttar í dómsmálum í Svíþjóð en í öðrum V-Evrópuríkjum. Á þessu varð þó veruleg breyting eftir að Mannréttindasáttmáli Evrópu var gerður að gildandi rétti í Svíþjóð 1. janúar 1995 um leið og Svíar gengu í Evrópusambandið.²¹

Stjórnskipunarsaga Finnlands er lituð af þeirri staðreynd að landið var lengst af hluti Svíþjóðar eða fram til 1809 og þótt landið tilheyrði rússneska keisaradæminu frá 1809 til 1917 þá lifði hin sænskættaða stjórnskipun góðu lífi allan þann tíma og gott betur. Finnar áttu í meiri átökum, bæði innbyrðis og við önnur ríki, en nokkurt hinna Norðurlandanna á síðustu öld og settu þau mark sitt á stjórnarfarið í landinu. Eftir hrun Sovétríkjanna 1991 fóru Finnar að huga að endurskoðun stjórnarskrár landsins. Afraksturinn má sjá í mannréttindakafli sem samþykktur var árið 1995 og nýrri stjórnarskrá sem tók gildi 1. mars árið 2000. Á seinni hluta síðustu aldar, árunum eftir seinni heimsstyrjöldina, höfðu Finnar búið við öflugt forsetaræði og má segja að nýja stjórnarskráin sé ekki síst viðleitni til að fjarlægjast það tímabil.²²

20 Samkvæmt stjórnarskrá Danmerkur frá 1915 þurftu 45% atkvæðabærra manna að greiða nýrri stjórnarskrá atkvæði sitt. Með samþykkt stjórnarskrárinnar 1953 lækkaði þetta hlutfall í 40% (sjá Danmarks Grundlov gr. 88).

21 Sjá Joakim Nergelius: Svensk statsrätt, andra upplagan. Studentlitteratur AB Lund, 2010.

22 Sjá Jaakko Husa: The Constitution of Finland, Hart Publishing, Oxford 2011.

Eins og sjá má er stjórnskipunarsaga Norðurlandanna fjarri því að vera einsleit. Það má með nokkrum rétti tala um austur- og vestur-hefð þar sem brotalínan liggur milli Svía og Finna annars vegar og Dana, Norðmanna og Íslendinga hins vegar. Með tilkomu lýðveldis í Finnlandi og á Íslandi má segja að annar öxull liggi frá austri til vesturs undir konungsríkin í Skandinavíu og Danmörku.²³ Hvað sem því líður má fullyrða að öll Norðurlöndin utan Finnlands hafi átt í nokkrum erfiðleikum með endurskoðun stjórnarskráa sinna og sér ekki fyrir endann á því ferli.²⁴

V. Endurreisn stjórnarskrárfestunnar

Eftir seinni heimsstyrjöldina gekk stjórnarskrárfestan í endurnýjun lífdaga og má það helst þakka vel heppnaðri stjórnarskrá Sambandslýðveldisins Þýskalands frá 23. maí 1949 (das Grundgesetz) og tilheyrandi stjórnarskrárdómstól (Verfassungsgericht), en einnig alþjóðlegum mannréttindasamningum og alþjóðlegu samstarfi á þeim vettvangi. Fleiri þættir áttu hlut að máli við endurreisn hugmyndafræði stjórnarskrárfestunnar svo sem baráttan fyrir pólitískum og borgaralegum réttindum blökkumannanna í Bandaríkjunum, baráttan gegn nýlendustefnunni og endurvakning stjórn málaheimspekinnar með útgáfu tímamótaverks heimspekingsins John Rawls, *Theory of Justice*, árið 1971.

Þróunin hefur orðið sú að mannréttindi hafa skipað æ stærri sess í stjórnarskrám ríkja og á alþjóðavettvangi. Ákvæði stjórnarskráa teljast að öllu jöfnu gildandi réttur sem hægt er að byggja rétt og skyldu á fyrir dómstólum. Æ fleiri ríki leitast við að þræða þann stíg stjórnarskrárfestunnar sem var stíkaður út fyrir rúmum tvö hundruð árum. Ekki er auðvelt að sjá fyrir sér lýðræðisvæðingu samtímans án stuðnings og leiðsagnar stjórnarskrárfestunnar.²⁵

VI. Nýjar og endurskoðaðar stjórnarskrár

Í kjölfar seinni heimsstyrjaldarinnar sömdu Ítalir sér nýja stjórnarskrá (1947) í viðleitni til að endurreisa ríkið eftir valdatíð fasista, Grikkland setti sér nýja stjórnarskrá 1975 að lokinni valdatíð herforingjastjórnarinnar 1967 – 1974. Portúgal setti sér nýja stjórnarskrá eftir að hafa búið við áratugalanga stjórn einræðisherrans António de Oliveira Salazar (1932–68) og síðar hersins (1968 – 1974). Spánn gerði slíkt hið sama 1978 eftir að lýðræðisöflin í landinu höfðu náð undirtökunum eftir að valdatíð Francos lauk við dauða hans 20. nóvember 1975 en hann komst til valda árið 1936 og náði fullum yfirráðum á Spáni 1939.

Á áttunda og níunda áratug síðustu aldar settu fjölmörg ríki um allan heim sér nýjar stjórnarskrár. Með falli Berlínarmúrsins 9. nóvember 1989

23 Ágúst Þór Árnason: „Nordic Constitutionalism – East and West/North and South“ í ráðstefnuriti Norræna sumrháskólans NSU 1997, Mariefred, Svíþjóð.

24 Í tengslum við rannsóknaráætlunina „Norden och Europa“ var unnið að verkefni „The Welfare State and Constitutionalism in the Nordic Countries“ (1997–2000). Þar gerir Martin Scheinin grein fyrir sex meginþáttum norrænnar stjórnarskrárfestu (sjá í viðhengi)– Welfare State and Constitutionalism – Nordic Perspectives, Nord 2001:5, Nordic Council of Ministers, Copenhagen 2001, bls. 17–21.

25 Ágúst Þór Árnason: „Constitutionalism: Popular Legitimacy of the State?“ in The Welfare State and Constitutionalism – Nordic Perspectives, ed. Martin Scheinin, Nord 2001:5, Nordic Council of Ministers, Copenhagen 2001, bls. 29 – 78.

og hruni kommúnískrar stjórnskipunar í Austur-Evrópu í framhaldinu sá síðasta bylgja nýrra og endurskoðaðra stjórnskráa dagsins ljós. Deildar meiningar eru um ágæti vinnunnar sem lögð var í samningu nýrra stjórnskráa gömlu kommúnistaríkjanna og í dag er gjarnan talað um nýlendu-stefnu í stjórnskráamálum í því sambandi.²⁶ Því verður samt ekki neitað að þessi þróun hefur stuðlað að stórstígri þróun í samanburðarfræðum stjórnskipunarréttar (e. *comparative constitutional law*).

Eins og áður er getið setti stjórnskrá Þýskalands frá 1949 mark sitt á þróun stjórnskrárfestunnar og endurreisn hennar eftir seinni heimsstyrjöldina. Að sama skapi má segja að stjórnskrá Suður-Afríku hafi valdið ákveðnum straumhvörfum við lok síðustu aldar. Í fræðilegri umræðu um stjórnskrárfestu hefur áherslan aukist á gildi hennar og grundvallaratriði og er það breyting frá því sem var fyrir örfáum áratugum þegar stjórnskrár sem slíkar nutu takmarkaðrar virðingar víðast hvar.²⁷

Árið 1982 staðfestu Hollendingar endurskoðaða stjórnskrá og hið sama gerðu Svisslendingar árið 2000 eftir þriggja áratuga endurskoðunarferli. Austurríkismenn settu á fót stjórnlagabing sem starfaði í tvö ár (2003-2005). Skýrsla þingsins var lögð fram á austurríska þinginu og var um hana fjallað í sérstakri þingnefnd en ekki náðist samstaða um breytingar-tillögur við stjórnskrána.

Af öðrum nýlegum stjórnskrárbreytingum í nágrannalöndum má nefna að árið 2008 voru samþykktar veigamiklar stjórnskrárbreytingar í Frakklandi. Reglum um forsetaembættið var breytt þannig að sami forsetinn getur að hámarki setið í tvö kjörtímabil (áður var búið að stytta kjörtímabilið úr sjö í fimm ár). Stjórnskipulegt gildi laga verður ekki einvörðungu kannað áður en þau ganga í gildi af hálfu stjórnlagaráðsins eins og var heldur einnig eftir gildistöku. Þá geta fimmtungur þingmanna og 10% kjósenda í sameiningu krafist þjóðaratkvæðagreiðslu um tiltekin málefni. Þá tóku markverðar breytingar gildi í Svíþjóð í ársbyrjun 2011. Texti stjórnskrárinnar hefur verið einfaldaður, mælt er fyrir um að eftir hverjar þingkosningar þurfi nú að fara fram sérstök atkvæðagreiðsla í þinginu um stuðning við nýjan forsætisráðherra. Þannig mun enginn vafi leika á því að hann hafi meirihluta þings á bak við sig er hann tekur við embætti. Þá er eftirlit dómstóla með því að lög striði ekki gegn stjórnskrá eft. Þannig er ekki lengur gerð sú krafa að um augljóst ósamræmi milli stjórnskrár og laga verði að vera að ræða til þess að víkja megi þeim síðarnefndu til hliðar.

VII. Hvers ber að gæta?

Ef gera á tilraun til að svara því hvort það geti talist skynsamlegt að líta til erlendra stjórnskráa við endurskoðun á stjórnskrá Íslands má hafa þau orð Ólafs Jóhannessonar í huga að „...stjórnskipun hvers ríkis [sé] auðvitað öðrum þræði löguð eftir landsháttum og spröttin af þjóðlegri rót, þótt mörg stjórnlæg séu reist á svipuðum hugsjónum og sniðin eftir sömu fyrirmyndum.“²⁸ Í framhaldi af því er rétt að skoða það sem helst

26 WG Hart: Legal Workshop Program – Comparative Perspectives on Constitutions: Theory and Practice, 29 June - 01 July 2010, London.

27 VIIIth World Congress of the International Association of Constitutional Law, 6 – 10 December 2010, Mexico City.

28 Ólafur Jóhannesson: Stjórnskipun Íslands, Bókaútgáfan Iðunn, Reykjavík 1960, bls.

skiptir máli í þessu sambandi og leita svara við spurningunni hvers eðlis nógildandi stjórnarskrá er og hverju þurfi nauðsynlega að breyta eða við að bæta.

Eins og að framan er rakið þá er stjórnarskrá lýðveldisins Íslands skilgetið afkvæmi vestrænnar stjórnskipunarhefðar sem miðar að því að binda ríkisvaldið við lög, aðgreina valdastofnanir ríkisins og tempra vald. Hún tryggir mannréttindi og stendur vörð um réttarríkið og lýðræði. Með öðrum orðum hefur stjórnarskrá Íslands að geyma öll meginatriði stjórnarskráa samkvæmt hugmynd stjórnarskrárfestunnar. Þannig má halda því fram að rannsókn á eigin stjórnskipan og opin umræða í samfélaginu um hvað megi til betri vegar færa sé allt eins nauðsynleg og yfirlit yfir erlendar nýjungar í samningu stjórnarskráa. Það getur þó seint talist löstur að gaumgæfa lausnir annarra þjóðríkja við endurskoðun á eigin stjórnarskrá svo framarlega sem stjórnarskrársaga þjóðarinnar sjálfrar og reynsla gleymist ekki.

Í ljósi þess að stjórnarskrá Þýskalands er talin mikilvæg fyrir endurreisn stjórnarskrárfestunnar á tuttugustu öld er ljóst að þar er um að ræða sjóð til stuðnings við þá vinnu sem nú stendur yfir við endurskoðun stjórnarskrár Íslands. Rúmlega hálfar aldar reynsla Þjóðverja af framkvæmd ákvæða stjórnarskrár Sambandslýðveldisins (þ. *das Grundgesetz*) ætti að upplýsa um kosti og galla þeirra. Það sem mestu máli skiptir í þessu sambandi er svarið við spurningunni um það af hverju gerð þýsku stjórnarskrárinnar hafi heppnast svo sem raun ber vitni og hvers vegna framkvæmd hennar hafi tekist svo vel sem raun ber vitni. Svarið við þeirri spurningu felst þó augljóslega ekki aðeins í framsetningu og texta þýsku stjórnarskrárinnar sjálfrar.

Að öðru leyti má leggja til að nógildandi ákvæði stjórnarskrárinnar séu skoðuð ofan í kjölinn með það í huga hvort þau séu ónothæf og ekki sjáanlegar leiðir til að lagfæra þau og breyta. Þegar kemur að því að auka við réttindi einstaklinga og þjóðar þá er sjálfsagt að kanna hvaða leiðir hafa verið farnar í öðrum ríkjum án þess að gera eigi því skóna að þar sé að finna augljósar fyrirmyndir. Þetta á sérstaklega við um mannréttindi af öllu tagi, auðlindarétt þjóðarinnar og aukna möguleika þjóðarinnar til ákvarðanatöku í einstökum málum, hugsanlega með því að fjölga og bæta möguleika á að kalla fram þjóðaratkvæðagreiðslur. Í þessu sambandi má ekki gleymast að Ísland hefur lengi búið við stöðuga stjórnskipan í samræmi við vestrænar lýðræðis- og mannréttindahefðir. Það gefur því ekki auga leið að rík ástæða sé til þess að leita í smiðju annarra ríkja að beinum fyrirmyndum á þeim breytingum sem geta staðið fyrir dyrum. Færa má að því rök að gildi erlendra fyrirmynda sé fyrst og fremst fólgið í því að mynda hugmyndasafn um það hvernig megi útfæra lausnir á þeim vanda sem hefur verið greindur heima fyrir.²⁹ Sem dæmi má nefna að Danir, sem eru okkur, af augljósum ástæðum, nákomnastir í stjórnskipunarmálum, hafa í sumu átt við svipuð vandamál að stríða með sína stjórnskipun og við Íslendingar með okkar. Þótt okkur geti verið nokkur stöð í að kanna viðbrögð þeirra og lausnir verðum við að bregðast við á grundvelli eigin reynslu og stjórnskipunar sem er í mörgum atriðum ólík þeirri dönsku.

Góð stjórnarskrá er ekki aðeins góður texti heldur einnig farsæl fram-

22.

29 Aalt Willem Heringa og Philipp Kiiver: *Constitutions Compared*, 2nd edition, Intersentia, Antwerp 2009, bls. 1 og 2.

kvæmd og reynsla sem hægt er að byggja á. Stjórnarskrár vestrænna lýðræðisríkja byggja á ákveðnum hugmyndum svo sem um mannréttindi, lýðræði, valddreifingu, temprun valds og réttarríki. Sjálfstæði Íslendinga byggir og á þeirri hugmynd að lýðveldi sé það stjórnarform sem þjóðin óski og geti sætt sig við. Því er okkur nauðsyn að sinna frekari rannsóknum á forsendum lýðveldisins og því sem við viljum að það standi fyrir. Íslendingar þurfa, eins og allar aðrar þjóðir, stöðugt að vera sér þess meðvitandi að þetta eru ekki sjálfgefin verðmæti og ávallt verður að leita leiða til að tryggja stöðir þeirra og bæta alla framkvæmd sem framast má.

Stjórnarskrá er hvorki óhlutbundin stjórnspekileg hugmynd né verður hún smættuð niður í texta og merkingu hans. Frá lagalegu sjónarmiði er stjórnarskrá grundvöllur efnisreglna sem stofnanir ríkisins starfa samkvæmt og virða, hvort er heldur sín á milli eða í samskiptum við borgarana. Frá sjónarhóli stjórnarskrárfestu verður stjórnarskrá sem stendur undir nafni að tryggja réttarríki, mannréttindi og lýðræði, jafnt í orði sem á borði. Stjórnarskráin er hins vegar einnig grundvöllur félagslegs veruleika, framkvæmdar og sameiginlegrar reynslu þjóðarinnar. Hún felur í sér raunveruleg viðbrögð við raunverulegum vandamálum og aðstæðum og er þannig sögulegur vettvangur þar sem öfl samfélagsins koma saman og takast á samkvæmt settum reglum og ná þannig sáttum. Stjórnarskráin þarf því að vera rökrétt framhald sögu þjóðar og samræðu samfélagsins um hvernig grunnmarkmiðum stjórnskipunar verði sem best náð.

Viðauki

The Notions of Nordic Constitutionalism

Constitutionalism, as understood in the Nordic countries, includes at least the following six elements. First, the existence of a written constitutional document with higher hierarchical status than ordinary laws, is an important element of constitutionalism in general and also in the Nordic countries, even if perhaps not a *sine qua non* for the term as used in scholarly discussion. Sweden, and until the year 2000 also Finland, follow(s) the tradition of more than one constitutional document. In Norway, whose constitution is from 1814, the notion of customary constitutional law is of more relevance than in other Nordic countries.

Second, legal *enforcement* of the superior status of the written constitution, in one form or the other, is another important feature for constitutionalism. Whereas such enforcement is often ultimately in the hands of the judiciary in the form of a system of judicial review over the constitutionality of ordinary laws, Finland is an example of a country where the hierarchical supremacy of the constitution is mainly enforced through non-judicial procedures and where courts were, until 2000, understood to be prohibited from examining the constitutionality of laws passed by Parliament.

Third, the notion of constitutionalism overlaps with the notion of the *rule of law*. All exercise of public authority, including the operation of the highest organs of the state, must be governed by law. Constitutionalism is “rule by law, not by man”, and prohibits all arbitrariness. Public authorities may interfere with the rights of the individual only upon authorisa-

tion in the law. The written constitution, in turn, governs what matters may be regulated by the law, and in which order.

As a fourth and closely related feature of constitutionalism, reference must be made to the *separation of powers*. In the Nordic countries the understanding of constitutionalism includes [constitutionalism is understood to denote] that judicial power must be in the hands of an independent judiciary and that the constitutionally defined authority of Parliament as the legislature is clear in relation to the functions of the executive. The institution of parliamentarism, however, affords Parliament supreme powers in relation to the politically accountable government and the administration serving the government. Hence, Nordic countries do not represent such a variant of constitutionalism that would fully implement the principle of separation of powers. As the Nordic countries are unitary nation states, albeit with autonomy afforded to municipalities and partly also larger regional entities, it has not become a central dimension of constitutionalism to protect the borderline between central and regional authorities, contrary to many federal states.

Fifth, *fundamental rights* of the individual are an important element in the written constitutions of the Nordic countries, in the operation of legal enforcement of the constitution and in the framework of rule of law. Although constitutionalism as a concept can be used also in countries where the written constitution for historical reasons does not include a catalogue of fundamental rights, it is a part of the process of evolution of domestic constitutions that the role of fundamental rights has become essential in the practical functioning of the idea of constitutionalism.

As sixth and final dimension of constitutionalism it can be asserted that modern constitutionalism includes *internationalism*. The Nordic constitutions cannot be understood without giving due attention to the fact that Denmark, Finland and Sweden are member states of the European Union, and that Iceland and Norway belong to the European Economic Area. All five countries are members of the United Nations and the Council of Europe. They are subject to the trend of international human rights protection developing towards regional or even global mechanisms of constitutionalism. Even at the level of international law, states are more and more often seen as being bound by an objective set of legal norms, instead of being understood to be bound only by their own consent. On the level of domestic law and the domestic application of the law, European or international norms have an important part in the overall framework of the rule of law. Since 1999, the European Convention on Human Rights is even formally incorporated into the domestic law of all five Nordic countries.

Sjá Martin Scheinin „Introduction“ í Welfare State and Constitutionalism – Nordic Perspectives, Nord 2001:5, Nordic Council of Ministers, Copenhagen 2001, bls. 17 – 19.