

Reynir Axelsson:

### *Athugasemdir við ákvörðun Hæstaréttar um ógildingu kosningar til stjórnlagabings*

Hæstiréttur hefur tekið ákvörðun um að lýsa kosningu til stjórnlagabings 27. nóvember 2010 ógilda. Ætla mátti að rétturinn hefði rökstutt mál sitt af sérstakri kostgæfni þegar um er að ræða jafnveigamikla ákvörðun — ákvörðun sem hefur í för með sér að rétturinn sviptir meira en 83 þúsund kjósenda lýðræðislegum rétti sínum til að kjósa sér stjórnlagabing með því að ógilda í raun atkvæði þeirra, svo að ekki sé minnzt á smáræði eins og það að með ákvörðun sinni hendir Hæstiréttur um leið kostnaðinum við að halda kosninguna, að sögn meira en 200 milljónum króna, í ruslatunnuna. Það hlýtur því að vekja verulega undrun að ákvörðunin sé ekki einungis illa grunduð, heldur hljóti hún að teljast röng í meginatriðum. Tilgangur þessarar greinar er að sýna fram á það.

Ákvörðun Hæstaréttar, eins og hún birtist á heimasíðu réttarins, er um 1100 línur að lengd, en einungis í síðasta fimmtungnum er að finna rökstuðning og niðurstöður réttarins; það sem fram kemur á undan er lýsing á kærnum og málavöxtum. Þetta er ekki langt mál fyrir jafnafdrifaríka ákvörðun. Í niðurstöðum sínum tilgreinir Hæstiréttur sex atriði sem hann telur annmarka á framkvæmd kosninganna, þar af tvö sem hann kallar verulega annmarka, og segir svo í lokaorðum rökstuðnings síns: „Framangreindir annmarkar á framkvæmd kosningar til stjórnlagabings 27. nóvember 2010 verða við úrlausn málsins metnir heildstætt og er það niðurstaða Hæstaréttar að vegna þeirra verði ekki hjá því komist að ógilda hana.“ Þessu „heildstæða mati“ Hæstaréttar er ekki frekar lýst, og verður því að ætla að rétturinn meini ekki annað en að til samans nægi þessir sex „annmarkar“ til að ógilda kosninguna. Verður því að láta nægja að líta á hvern þeirra fyrir sig; en við lítum þó á síðustu tvo undir sama lið.

#### *1. Strikamerking og tölusetning kjörseðla*

Kjörseðlarnir voru merktir á bakhlið. Í lögum um stjórnlagabing (2. mgr. 10. gr) segir: „Á bakhlið kjörseðils komi auðkennistákn seðilsins.“ Ekki er nánar tekið fram hvernig „auðkennistáknið“ á að vera, en í raun er það svokallað „strikamerki“, sem er tala sett fram í sérstökum rithætti, misþykkum strikum, sem auðvelt er að lesa með til þess gerðum raftækjum; oftast er talan einnig rituð í venjulegum rithætti hjá strikunum, og svo var einnig í þessu tilviki. Hæstiréttur telur að ákvörðun um að haga númeramerkingu kjörseðla eins og gert var í kosningunni hafi „farið í bága við lokaákvæði 4. gr. laga nr. 90/2010 um leynilegar kosningar, en það er í samræmi við grundvallarákvæði stjórnarskrárinnar um opinberar kosningar, sbr. 5. gr., 26. gr., 1. mgr. 31. gr og 2. mgr. 79 gr. hennar. Verður að telja þetta verulegan annmarka á framkvæmd kosninganna, ekki sízt í ljósi þess, eins og nánar verður vikið að síðar, að telja bar atkvæði fyrir opnum dyrum og að viðstöddum fulltrúum samkvæmt 2. mgr. 98. gr. laga nr. 24/2000.“ Í tilvitnuðu lokaákvæði 4. greinar laga um stjórnlagabing segir einungis: „Skal kosningin vera leynileg.“ Í stjórnarskrárgreinunum er sagt um tiltekna kosningar að þær skuli vera leynilegar. Verður því að álykta að sá „verulegi annmarki“ sem rétturinn telur sig finna sé að merking kjörseðlanna geri það að verkum að kosningin sé ekki leynileg. Hér skjátlást réttinum, eins og nú skal útskýrt:

Athugum fyrst rök Hæstaréttar fyrir máli sínu. Þau eru þessi: (1) „Eins og skýrt er tekið fram í athugasemdum frumvarpsins [um stjórnlagabing] átti kjörseðill ekki að vera rekjanlegur til kjósenda.“ (2) „Alkunna er að sú aðferð er oft viðhöfð við að stemma af fjölda kjósenda sem komið hafa í kjördeild að rituð eru nöfn kjósenda í þeirri röð sem þeir koma og greiða atkvæði.“ (3) „Þar sem upplýst hefur verið að kjörseðlarnir voru ekki aðeins strikamerktir

heldur einnig merktir númerum sem voru í samfelldri hlaupandi töluröð var í reynd afar auðvelt að færa upplýsingar samhliða nöfnum kjósenda þannig að rekja mætti til númera seðla sem þeir höfðu fengið.“

Þar sem þessi rök eiga að sýna að kosningin hafi ekki verið leynileg hlýtur að eiga að lesa hana sem eftirfarandi röð af rökendum:

(a) „Oft“ eru færðir listar yfir nöfn kjósenda í þeirri röð sem þeir greiða atkvæði [liður (2) hér að framan].

(b) „Auðvelt“ er að færa „upplýsingar“ um kjósendur inn á þessa lista [liður (3); væntanlega er rétturinn hér að tala um auðkennisnúmerin eða einhverjar merkingar sem gera kleift að finna þau].

(c) Þar af leiðandi má rekja kjörseðla til kjósenda [hlýtur að að vera það sem á að felast í lið (1)].

(d) Ef rekja má kjörseðil til kjósenda, þá er kosning ekki leynileg [ályktunin sem rétturinn vill draga af röksemdafærslu sinni].

Þessi röksemdafærsla er af því tagi að hún er ekki sterkari en veikasti hlekkur hennar; til að hrekja hana nægir því að sýna fram á að einn hlekkur hennar bresti. En í raun bresta þeir allir.

Lítum fyrst á lið (a). Rétturinn segir að „alkunna“ sé að í kjördeildum séu rituð nöfn kjósenda í þeirri röð sem þeir greiða atkvæði. Í lýsingu á kærnunum sem fyrir Hæstarétti lágu er vitnað í bréf frá lögmanni Þorgríms S. Þorgrímssonar, eins kæranda, að „vitað [sé] til þess“ að í „sumum“ kjördeildum hafi kjörstjórnir „við kosningar“ skráð slíka lista; eftir að Þorgrímur var inntur eftir í hvaða kjördeildum slíkir listar voru haldnir segir að Þorgrímur „kvaðst vita að þetta verklag hafi verið viðhaft, en hafði ekki upplýsingar um hvaða kjördeildir eða kjörstjórnir væri um að ræða.“ Eins segir: „Fullyrðir Þorgrímur, sem átti sæti í kjördeild við kosningarnar, að það sé þekkt verklag í kosningum að tveir kjörstjórnarmenn skrái í kjörskrá en sá þriðji búi til nafnalista sem sé notaður til að stemma af færslurnar í kjörskrá og síðan hent og því ekki meðal formlegra gagna sem skilað sé áfram til yfirkjörstjórna.“

Tökum eftir að hér er talað almennum orðum um ótilgreindar kjörstjórnir í ótilgreindum kjördeildum í ótilgreindum kosningum, og kærandinn getur ekki bent á neitt ákveðið dæmi, og þá sér í lagi ekki í þeirri kjördeild sem hann átti sjálfur sæti í, sem samkvæmt orðanna hljóðan virðist hafa verið í þessum kosningum. „Vitneskja“ Þorgríms virðist því byggð á sögusögnum, en ekki reynslu. Við vitum ekki heldur hvaða reynsla býr að baki þeim orðum Hæstaréttar að „alkunna“ sé að slíkir listar hafi „oft“ verið færðir. En til að sýna fram á að kosningarnar til stjórnlagabings hafi ekki verið leynilegar vegna þeirra ástæðna sem hér eru taldar nægir ekki að þekkja slíkar sögusagnir um ótilteknar kosningar; það dugar ekki heldur að hafa sönnur á að slíkir listar hafi einhverntíma verið færðir í einhverjum kosningum; og það dugar meira að segja ekki að slíkir listar hafi verið færðir í einhverjum kjördeildum í þessum kosningum; það verður að vita fyrir víst að listarnir hafi verið færðir og *séu til* eða *hafi verið til á talningardegi eða síðar*; að öðrum kosti gengur röksemdafærslan ekki upp. Engar sannanir um slíkt eru til, og satt að segja virðist ólíklegt að sanna megi tilvist slíkra lista, jafnvel þótt þeir væru til, en allralíkegast er þó að það séu þeir alls ekki. Hlekkur (a) í röksemdafærslunni stenzst því ekki prófið.

Um lið (b), þá fullyrðingu Hæstaréttar að „auðvelt“ sé að færa inn á slíka lista upplýsingar sem nægja til að ákvarða auðkennisnúmer kjósenda, þá er því fyrst til að svara að það hlýtur að vera nokkurt matsatriði hve auðvelt það er: Varla getur rétturinn verið að meina að það sé „auðvelt“ fyrir kjörstjórnarmann að gá á bakhlíð sérhvers seðils og skrifa hjá sér sex stafa tölu af strikamerkinu áður en seðillinn er afhentur kjósanda; röksemdin virðist byggjast á því að seðlarnir séu afhentir í „samfelldri hlaupandi töluröð“ svo að það nægi að skrifa hjá sér númerið á þeim sem er í fyrsta sæti listans og fylla svo út númerin í öðrum sætum listans eftir á með því að bæta einum við númerið fyrir hvert sæti á listanum. Ég segi „kjörstjórnarmann“, því að röksemdin verður að byggjast á því að kjörstjórnarmaður hafi einbeittan brotavilja til að komast að því hvernig einhverjir kjósendur í hans kjördeild greiða atkvæði. Engir aðrir en kjörstjórnarmenn gætu útbúið slíkan lista; en fyrir kjörstjórnarmann væri það refsivert athæfi, og hann gæti varla framkvæmt verknaðinn án þess að allir aðrir kjörstjórnarmenn í kjördeildinni væru með honum í samsæri. Og það má ekki mikið út af bera ef reynt er að útbúa slíka lista; ein smámistöð nægja til að allt sem á eftir kemur á listanum verði vitlaust. Og hvernig á að ganga úr skugga um að tölusetningin á listanum sé rétt? Það er engin leið eftir á. Til að hlekkur (b) í röksemdafærslunni haldi þarf að sýna fram á samsæri kjörstjórnarmanna, og það hefur ekki verið gert, og ekki verið gert líklegt. Hlekkur (b) í röksemdafærslunni heldur því ekki frekar en sá fyrsti.

Um hlekk (c) er þetta að segja: Þótt við gæfum okkur að listar með nöfnum kjósenda og auðkennismerkjum þeirra séu einhversstaðar til leiðir það ekki til að unnt sé að rekja kjörseðla til kjósenda: Listinn einn og sér hjálpar ekki neitt. Sá sem hefur listann og vill komast að hvernig þeir sem á listanum eru greiddu atkvæði verður einnig að hafa aðgang að kjörseðlunum.

Það er ekki bara broslagt; ég skellti upp úr þegar ég sá við lesturinn að Hæstiréttur, þegar hann heldur því fram að telja beri strikamerkinguna „verulegan annmarka á framkvæmd kosninganna“, bætir við klausunni „ekki síst í ljósi þess, eins og nánar verður vikið að síðar, að telja bar atkvæði fyrir opnum dyrum og að viðstöddum fulltrúum“. Ímyndaði rétturinn sér að einhver úr samsæri kjörstjórnarmanna gæti komið með ólöglega listann sinn og gramsað í meira en 83 þúsund kjörseðlum meðan talning fór fram með það fyrir augum að finna einhverja af þeim sexstafa tölum á strikamerkjum kjörseðlana sem passa við tölurnar við nöfnin á listanum hans, og skrá síðan hjá sér tölur frambjóðendanna sem viðkomandi kaus? Það ætti að gefa augaleið að það er ekki vinnandi vegur, hvað þá að það sé gerlegt án þess nokkur taki eftir því. Þótt liðir (a) og (b) haldi, listar séu til sem sýna tölurnar á strikamerkjum kjósenda, þá dugar það ekki til að rekja megi kjörseðla til kjósenda: Það er ógerlegt nema *sami aðili* hafi bæði aðgang að slíkum listum og að kjörseðlunum. Það hefur ekki verið sýnt fram á að svo sé, og raunar tel ég nær öruggt mál að svo sé ekki. Hlekkur (c) fellur því einnig í mola.

Þá er komið að síðasta liðnum (d). Er það nú aldeilis víst að kosning sé ekki leynileg ef rekja má kjörseðil til kjósenda? Nei, það er einmitt aldeilis ekki víst: Eins og ég var raunar að enda við að segja þarf *sami aðili* að hafa aðgang að listum þar sem auðkennismerki einstakra kjósenda eru tilgreind og að sjálfum kjörseðlunum, ef takast á að rekja kjörseðil til kjósenda. Þótt báðar tegundir af gögnum séu einhversstaðar til þannig að fræðilega séð megi rekja saman kjörseðla og kjósendur, getur það verið ógerlegt í reynd, því að ómögulegt getur verið að komast að báðum tegundum gagna samtímis. Á Bretlandi eru kjörseðlar ævinlega merktir auðkennismerkjum og haldinn er listi yfir hvaða kjósendur hafa hvaða auðkennismerki. Samt eru kosningarnar þar í landi venjulega taldar leynilegar. Það er vegna þess að listarnir og kjörseðlarnir eru hafðir undir lás og slá, og engin leið er að nálgast þá nema fyrir sérstaka

kosningadómstóla. Talið er svo að segja útilokað að kosningadómstóll leyfi aðgang að þessum gögnum, en Bretar telja þau nauðsynlegt öryggisatriði til að grípa megi til þeirra í dómsmálum um kosningasvindl; þá verði að mega ganga úr skugga um hvort tilteknir kjörseðlar komi frá raunverulegum kjósendum, og auk þess getur venjulegur kjósandi látið athuga hvort atkvæði hans hefur verið talið með. Ef talningin er rafræn, þá má ganga úr skugga um þessi atriði rafrænt án þess að nokkur sá sem að þeirri athugun kemur geti séð hvernig tiltekinn kjósandi greiddi atkvæði. Enda er auðleysanlegt verkefni að geyma upplýsingarnar dulkóðaðar þannig að einungis sé unnt að nota þær til að svara spurningum af tiltekinni gerð. Þannig er ekki sjálfgefið að kosning sé ekki leynileg, þótt rekja megi kjörseðla til kjósenda, og ég tel mig því hafa sýnt að hlekkur (d) sé einnig úr sögunni. Það með er röksemdafærsla réttarins sannanlega röng.

Þar að auki ætti að vera ljóst að niðurstaðan er einnig röng: Það hefur ekki verið sýnt fram á að til séu listar þar sem finna má auðkennistölnurnar á kjörseðlum gefinna kjósenda, og því er engin leið að finna kjörseðla tiltekinna kjósenda eða kjósendur sem fyllt hafa út tiltekna kjörseðla. Ef einhver telur að þessi fullyrðing mín sé ekki rétt bið ég hann um að sýna mér hvernig hann ætlar að finna kjörseðil þó ekki væri nema eins fyrirfram tiltekins kjósenda.

En gefum okkur nú þrátt fyrir þetta sem forsendu í frekari röksemdafærslu að niðurstaða Hæstaréttar sé rétt, og gerlegt sé að rekja saman kjörseðla og kjósendur með hjálp strikamerkjanna. Þá getur rétturinn samt ekki fullyrt að auðkenning seðlanna sé „alvarlegur annmarki“ á kosningunni sem réttlæti (ásamt öðrum ástæðum) ógildingu kosninganna: Rétturinn þarf ekki annað en mæla fyrir um að strikamerkjunum sé eytt af seðlunum með því að prenta yfir þá með kolsvartri prentsvertu þannig að merkin verði ólæsileg. Það mundi gera það að verkum að ekki verður hægt að nota strikamerkin til eins eða neins, því að þau verða þá ekki lengur fyrir hendi; ef endurtelja þarf atkvæði þarf þá annaðhvort að gera það án véla eða setja á seðlana ný strikamerki af handahófi.

Það má bæta því við að allur þessi málatalilbúnaður er út í hött hvort sem er. Ef einhver hefur einbeittan brotavilja í þá veru að vilja komast að hvernig einhver kjnu&#x2013;D; i atkvæði s að hvernig einhver kjttan brotavilja f að gera það erkin til að rekja samandur að telja þetta verulegan anósandi varði atkvæði sínu, þá mundi honum aldrei detta í hug að gera það með því að nota strikamerkin, því að það er eiginlega ógerlegt, eins og hér hefur verið rakið; og það eru til miklu einfaldari aðferðir. Hann þarf til dæmis ekki annað en komast inn á kjörstaðinn vel fyrir kosningar og koma fyrir örs márrí myndavél beint yfir kjörklefunum. Það má ávallt hugsa sér að þannig megi koma í veg fyrir að kosning sé leynileg; en ef það eitt á að nægja til að ógilda kosningu, þá hlyti að þurfa að ógilda hverja og eina einustu kosningu. Til að ógilda kosningu nægir ekki að sýna fram á að kosningasvindl sé hugsanlegt — það er alltaf hugsanlegt — það þarf að sýna fram á að það hafi í raun átt sér stað.

Af ofangreindu má ljóst vera að Hæstarétti hefur ekki tekizt að sýna fram á að strikamerkingar á bakhlið kjörseðla hafi (hugsanlega ásamt öðrum þáttum) orðið til að sýna að kosningin hafi ekki verið leynileg. Hlýtur það að teljast verulegur annmarki á ákvörðun Hæstaréttar.

## 2. Kjörklefar

Fram hefur komið að í sumum kjördeildum voru ekki venjulegir kjörklefar, eins og þeir sem tíðkapt hafa í kosningum til þessa, heldur var komið fyrir pappaskilrúmum á skólaborðum, sem var ætlað að koma í veg fyrir að sjá mætti hvernig kjósandi greiddi atkvæði. Hæstiréttur

vísar í lög um Alþingiskosningar, þar sem kjörklefum er lýst þannig (69. gr): „Kjörklefi skal þannig búinn að þar megi greiða atkvæði án þess að aðrir geti séð hvernig kjósandi kys. Í hverjum kjörklefa skal vera lítið borð sem skrifa má við.“ Auk þess segir í lögnum (í 81. gr.): „Þá er kjósandi hefur tekið við kjörseðlinum fer kjósandi með hann inn í kjörklefann, þar sem kjósandinn má einn vera, og að borði því er þar stendur.“ Og síðar (85. gr): „Þegar kjósandi hefur gengið frá kjörseðlinum samkvæmt framansögðu brýtur hann seðilinn í sama brot og hann var í þegar hann tók við honum, gengur út úr klefanum og að atkvæðakassanum og leggur seðilinn í kassann í viðurvist fulltrúa kjörstjórnar.“ Hér er gert ráð fyrir að kjörklefi sé þannig úr garði gerður að unnt sé að ganga inn í hann og út úr honum aftur.

Hæstiréttur telur að pappaskilrúmin uppfylli ekki það að geta talist „kosningaklefi“ í skilningi laganna „þar sem þau afmarka ekki það rými sem kjósanda er eftirlátið til að kjósa í með þeim hætti að kjósandi sé þar í einrúmi.“ Auk þess segir rétturinn: „Þá uppfyllti þessi umbúnaður heldur ekki það skilyrði að þar mætti greiða atkvæði án þess að aðrir gætu séð hvernig kjósandi kaus, þar sem unnt var að sjá á kosningaseðil væri staðið fyrir aftan kjósanda sem sat við pappaskilrúmin að fylla út kjörseðil.“

Þessi síðari athugasemd réttarins kemur spáskt fyrir sjónir. Maður skyldi halda að einmitt væri ekki unnt að „sjá á kosningaseðil“ með því að standa fyrir aftan kjósandann meðan hann fyllir seðilinn út, nema með því að hafa röntgenaugu til að sjá í gegnum kjósandann.

Í endursögn Hæstaréttar á kærnum Þorgríms S. Þorgrímssonar og Óðins Sigþórssonar segir: „Útilokað sé annað en að kjósendur hafi getað kíkt á kjörseðil næsta kjósanda, t. d. þegar þeir stóðu upp frá borði eftir að hafa fyllt út eigin kjörseðil eða gengið fyrir aftan annan kjósanda og horft yfir öxl hans.“ Það er viturlegt hjá Hæstarétti í lokaályktun sinni að taka ekki undir með kærundunum að unnt sé að „kíkja á“ kjörseðil meðan kjósandi situr við borð sitt eða „horfa yfir“ öxl hans til að sjá kjörseðilinn; slíkt hlyti að vekja athygli fulltrúa kjörstjórna, rétt eins og það mundi vekja athygli þeirra ef einhver „kíkti“ inn í hefðbundinn kjörklefa. Í staðinn fullyrðir rétturinn að sjá megi á seðilinn með því að „standa fyrir aftan“ kjósandann, en það virðist afar hæpið, eins og áður sagði. Ekki er að sjá að Hæstiréttur hafi gert neinar tilraunir til að komast að hvaða líkamsæfingar þarf til ef einhver vill sjá kjörseðil meðan kjósandi fyllir hann út, eins og til dæmis hvað þarf að teygja sig langt til að „horfa yfir öxl“ kjósanda eða hvernig þarf að haga sér til að „kíkja“ yfir skilrúmin. Ég nefni þetta vegna þess að í máli sem þessu hvílir rannsóknarskylda á réttinum; honum ber að ganga úr skugga um eða láta ganga úr skugga um öll þau atriði sem þarf til að mál sé nægjanlega upplýst áður en ákvörðun er tekin í því.

Það ætti að koma fram að skilrúm eins og þau sem notuð voru í kosningunum tíðkast í kosningum víða um lönd, og eru almennt ekki talin til þess fallin að unnt sé að sjá á kjörseðla kjósanda. Af eigin reynslu, þegar ég sjálfur fyllti út kjörseðil í kosningunum til stjórnlagabings, tel ég mig geta fullyrt að gjörömögulegt hefði verið fyrir nokkurn mann að sjá á kjörseðilinn meðan ég var að fylla hann út, og að það hlyti að hafa vakið meiriháttar athygli fulltrúa kjörstjórnar hefði einhver haft tilburði til slíks. Samt fullyrðir Hæstiréttur: „unnt var að sjá á kjörseðil kjósanda“, án þess, að því er virðist, að hafa nokkuð fyrir sér í þeirri fullyrðingu, og fullyrðir svo að „þetta hafi verið annmarki við framkvæmd kosninganna.“

Eftir stendur að það má að vísu teljast umdeilanlegt hvort kjósandi hafi „farið inn“ í kjörklefann og „gengið út“ úr honum aftur, eða hafi mátt „vera einn“ meðan hann greiddi atkvæði; en hafa ber í huga að ályktun Hæstaréttar byggist á lögum um kosningar til Alþingis,

og það byggir aftur á að í lögum um stjórnlagabing segir að um „kjördeildir, kjörstaði og framkvæmd atkvæðagreiðlunnar fer að öðru leyti samkvæmt lögum um kosningar til Alþingis eftir því sem við á“. Ljóst er að orðin „ eftir því sem við á“ þarfnast vandlegrar túlkunar; spurningin er þá hvað á hér við. Verður því að teljast að það sé að minnsta kosti umdeilanlegt hvort það atriði hvort kjósandi hafi getað „verið einn“ í kjörklefa sínum megi vega þungt ef meta skal hvort kosningin skuli ógilt.

Auk þess verður að telja að Hæstiréttur hafi ekki sýnt fram á að unnt hafi verið að sjá á kjörseðla kjósenda, þrátt fyrir fullyrðingu hans um að svo hafi verið. Hlýtur það að teljast annmarki á ákvörðun Hæstaréttar.

### **3. Að brjóta saman kjörseðil**

Kært var að „kjósendum hafi verið bannað að brjóta kjörseðilinn saman eftir að hann hafði verið útfylltur“. Á það að hafa farið á bága við „skýr fyrirmæli“ í 85. grein laga um kosningar til Alþingis. Greinin hljóðar þannig í heild: „Þegar kjósandi hefur gengið frá kjörseðlinum samkvæmt framansögðu brýtur hann seðilinn í sama brot og hann var í þegar hann tók við honum, gengur út úr klefanum og að atkvæðakassanum og leggur seðilinn í kassann í viðurvist fulltrúa kjörstjórnar. Kjósandi skal gæta þess að enginn geti séð hvernig hann greiddi atkvæði.“

Tökum eftir að í lagagreininni eru einungis fyrirmæli til kjósenda. Nú hagaði svo til að kjörseðillinn sem kjósandi fékk í hendur var ekki brotinn saman, og því var ekkert brot í honum þannig að unnt væri að „brjóta hann í sama brot og hann var í þegar hann tók við honum“. Eins og hér að framan greindi eiga lög um kosningar til Alþingis einungis við stjórnlagakosningarnar „eftir því sem við á“. Hér er þá augljóst dæmi um ákvæði sem á ekki við, og ætti málið því að vera úr sögunni.

Meirihluti Hæstaréttar kaus hins vegar að byggja niðurstöðu sína á 53. grein laga um kosningar til Alþingis; sú grein segir meðal annars að kjörseðla í Alþingiskosningum skuli brjóta saman. Röksemdafærsla meirihlutans er þannig að ætla mætti að hún sé grín eða skopstæling; hér er hún í heild:

Í 10. gr. laga nr. 90/2010 er að finna ákvæði um gerð og prentun kjörseðla við kosningar til stjórnlagabings. Þar eru í 2. mgr. reglur um efni kjörseðla. Verður talið að með þeim sé kveðið á um þau atriði sem þetta varða og eru sérstök fyrir þessar kosningar og þannig frábrugðin því sem kveðið er á um efni kjörseðla við kosningar til Alþingis í 52. gr. laga nr. 24/2000. Svo sem fyrr greinir er í lokamálslið 4. gr. laga nr. 90/2010 kveðið svo á að kosning til stjórnlagabings skuli vera leynileg. Regla í 85. gr. laga nr. 24/2000 um að kjósandi skuli brjóta seðilinn saman áður en hann leggur seðilinn í kjörkassann hefur það markmið að tryggja rétt og skyldu kjósenda til leyndar um það hvernig hann ver atkvæði sínu. Ekki er í 10. gr. laga nr. 90/2010 vikið berum orðum frá þessari reglu svo einfalt sem það hefði verið ef vilji hefði staðið til þess við setningu laganna. Af þessum ástæðum og vegna tilvísunar 1. mgr. 11. gr. sömu laga um að framkvæmd atkvæðagreiðslu skuli fara samkvæmt lögum um kosningar til Alþingis, verður talið að 85. gr. þeirra laga gildi við kosningar til stjórnlagabings og þá að sínu leyti einnig 53. gr. vegna tilvísunar 85. gr. til efnis þeirrar greinar. Reglum þessara lagaákvæða var ekki fylgt við kosninguna og telst það annmarki við framkvæmd hennar.

Það sem meirihlutinn virðist vera að segja er að 53. greinin hljóti að gilda um kosningar til stjórnlagabings af tveimur ástæðum: (a) Vegna þess að ekki sé tiltekið sérstaklega í lögnum um stjórnlagabing að hún gildi ekki, og (b) vegna þess að 85. greinin hljóti að gilda, þar sem markmið hennar sé að tryggja rétt kjósanda til leyndar, og þar sem 85. greinin byggist á 53. grein, hljóti 53. greinin einnig að gilda.

Í þessu er ekki heil brú. Hið almenna ákvæði um að lög um kosningar til Alþingis skuli gilda um kosningar til stjórnlagabings „eftir því sem við á“ leyfir ekki að álykta um að tiltekna greinar gildi nema sýnt sé að þær „eigi við“. Þar sem kjörseðillinn var útbúinn með öðrum hætti en í Alþingiskosningum í þeim tilgangi meðal annars að unnt væri að telja atkvæði í sérstökum vélum á ákvæðið ekki við.

Þá ástæðu að 85. greinin hljóti samt sem áður að gilda, þótt ljóst sé að hún eigi ekki við, vegna þess að hún eigi að tryggja rétt kjósanda til leyndar, er erfitt að taka alvarlega: Til að geta lesið af ósamanbrotnum kjörseðli kjósanda hefði, eins og aðstæðum var háttað í kjördeildum, sá sem lesa vildi þurft að leggjast á bakið fyrir framan kjörkassann, horfa upp á við og lesa af kjörseðlinum um leið og honum var rennt í kjörkassann.

Þessi galli á röksemdafærslu meirihlutans hlýtur að teljast annmarki á ákvörðun Hæstaréttar.

Skylt er að taka fram að tveir dómarmar voru ósammála áliti meirihlutans um þetta efni.

#### 4. Kjörkassar

Hæstiréttur telur að umbúnaður við kjörkassana sem notaðir voru við kosningarnar hafi verið „til þess fallinn að draga úr öryggi og leynd kosninganna. Telst þetta því vera annmarki við framkvæmd þeirra.“

Rökstuðningur réttarins er afar stuttur: Kassarnir uppfylltu ekki það skilyrði í lögum um Alþingiskosningar að unnt væri að læsa þeim. „Þá voru kjörkassarnir þeirrar gerðar að unnt var án mikillar fyrirhafnar að taka þá í sundur og komast í kjörseðla.“

Móti fyrri ástæðunni má benda á að ekki sé ljóst að það ákvæði laga að kjörkössum megi læsa sé meðal þeirra sem „áttu við“ um kosningar til stjórnlagabings; og það er vegna þess að kjörseðlarnir voru sérstaklega hannaðir til að unnt væri að telja þá í vélum, og kjörkassarnir þurftu að vera sérstaklega útbúnir til að taka á móti slíkum seðlum. Því var ekki unnt að nota venjulegu kjörkassana. Þótt kassarnir hafi ekki haft sérstakan lás hefur komið fram að þeir voru innsiglaðir. Kassar af þessu sama tagi hafa verið notaðir við kosningar í öðrum löndum án þess að tilefni hafi þótt til að ógilda kosningar þeirra vegna.

Um seinni ástæðuna má segja þetta: Það hlýtur að vera ógerlegt að hanna kjörkassa þannig að ekki sé unnt að taka þá í sundur og komast í kjörseðlana, þótt eflaust þurfi misjafnt fyrir því að hafa eftir gerð kassanna. Ég held ég mundi treysta mér betur, þótt lítill smiður sé, til að komast í kjörseðla í gamaldags viðarkjörkassa án þess ummerki séu veruleg en í plastkössunum sem notaðir voru. Það sem máli skiptir er nefnilega ekki hvort unnt sé að komast í kassana, heldur hvort unnt sé að komast í kassana *án þess að á þeim sjái*. Það má telja annmarka á ákvörðun Hæstaréttar að hann gerir ekki þennan greinarmun.

## ***5. Talning fyrir opnum dyrum og viðvera umboðsmanna við talningu***

Hæstiréttur telur það „annmarka á framkvæmd talningar við kosningar til stjórnlagabings að hún hafi ekki farið fram fyrir opnum dyrum“. Auk þess telur hann það „verulegan annmarka á framkvæmd við talningu atkvæða við kosningu til stjórnlagabings að landskjörstjórn skyldi ekki skipa sérstaka fulltrúa frambjóðenda til að vera viðstadda talninguna svo sem skylt var samkvæmt 2. mgr. 98. gr. laga nr 24/2000.“

Þótt ræða megi þessar ályktanir í lengra máli með og móti ætla ég að láta það vera og ræða frekar þá staðreynd að hér gerir Hæstiréttur alvarlegustu mistök sín: Hann heldur ekki aðgreindri framkvæmd kosninganna sjálfra og talningu atkvæða. Ef rétturinn telur að misbrestur hafi orðið á framkvæmd talningarinnar, þá bar honum að fyrirskipa endurtalningu. Misbrestur í talningu, sem auðvelt er að leiðrétta með endurtalningu, getur aldrei orðið ástæða til að dæma kosninguna sjálfa ógilda.

Þar með bar Hæstarétti, þegar hann „mat heildstætt“ það sem hann taldi þurfa til að ógilda kosninguna, að útiloka frá því mati alla hugsanlega vankanta á talningu atkvæða.

Þessi mistök Hæstaréttar eru því undarlegri sem einn kæranda, Skafti Harðarson, fer beinlínis fram á í kæru sinni að atkvæði skuli talin á ný. Ætla mætti að Hæstarétti hafi borið skylda til að taka afstöðu til þeirrar kröfu, úr því hann tók kæruna til meðferðar á annað borð í stað þess að vísa öllum málunum frá, eins og honum hefði verið í lófa lagið (og sennilega skylt) að gera vegna þess að samkvæmt fyrstu málsgrein 15. greinar laga um um stjórnmalabing er einungis unnt að kæra kosningu einstakra frambjóðenda, en ekki kosninguna í heild. En það er eins og rétturinn hafi beinlínis gleymt þessari kröfu Skafta í fljótaganginum.

Þessi mistök hljóta að teljast alvarlegur annmarki á ákvörðun Hæstaréttar.

## ***6. Niðurstöður***

Niðurstaðan hlýtur að verða sú að ekki stendur steinn yfir steini í ákvörðun Hæstaréttar um að ógilda beri kosningu til stjórnlagabings. Þá er kannski eftir að ræða hvort rétturinn hafi haft heimild til að ógilda kosninguna, jafnvel að því gefnu að hann hefði haft rétt fyrir sér um þau atriði sem hann taldi annmarka. Það virðist afar vafasamt.

Tökum þó fyrst skýrt og vandlega eftir því að rétturinn bendir alls ekki á neina raunverulega annmarka á framkvæmd kosninganna og gerir enga tilraun til þess; það sem hann kallar „annmarka á framkvæmd kosninganna“ eru einungis atriði sem hefðu hugsanlega getað leitt til annmarka á framkvæmdinni, hefðu einhverjir einstaklingar af ásetningi gerzt brotlegir við kosningalög. Og ég tel mig hafa leitt fullnægjandi rök að þeirri niðurstöðu að honum hafi meira að segja mistekizt að sýna fram á slík atriði.

Eiríkur Tómasson lagaprófessor hefur í fjölmiðlum lýst efasemdum sínum, sem hann studdi með tilvitnunum í lög, um að réttinum sé heimilt að dæma kosningar ógildar, þrátt fyrir ágalla á framkvæmd, ef ekki hefur sannast að alvarlegt misferli hafi átt sér stað í framkvæmd kosninganna.

Það virðist líka ljóst að sé réttinum gefin heimild til að grípa inn í lýðræðislegar atkvæðagreiðslur og dæma þær ógildar, þrátt fyrir að þær hafi farið löglega fram, engir raunverulegir annmarkar hafi verið á framkvæmd þeirra, og niðurstöðurnar séu skýrar og í



samræmi við þjóðarvilja, þá hljóta æðri réttarsjónarmið að segja að slík heimild væri stórhættuleg aðför að grundvelli lýðræðis og aðskilnaði dómsvalds frá löggjafarvaldi. Hún opnar þann möguleika að dómstólar geti ógilt kosningar einungis vegna þess að þeim líki ekki lýðræðisleg niðurstaða þeirra.

Nú er það vitað að kosningarnar til stjórnlagabings fóru hið bezta fram að öllu leyti. Þær voru vel og fagmannlega undirbúnar og framkvæmdar. Engir af hinum svokölluðu „annmörkum“ Hæstaréttar höfðu minnstu áhrif á framkvæmd kosninganna. Ekkert fór úrskeiðis. Morgunblaðið segir í frétt laugardaginn 29. janúar að engir í kjörstjórnnum kannist við að misbrestur hafi orðið í framkvæmdinni; eina atvikið sem vert þykir að nefna er að yfirkjörstjórn í Reykjavík „fékk eitt símtal úr Laugardagshöll um að maður stæði fyrir aftan eiginkonu sína á meðan hún var að kjósa. Ekki varð mál úr því.“ (Kannski var þetta Maðurinn með röntgenaugun?)

Eini raunverulegi og eini verulegi annmarkinn á kosningunni var að Hæstiréttur eyðilagði hana með ákvörðun sem hvílir á sannanlega röngum forsendum og byggist á hæpnum réttarheimildum.

Nú er ákvörðun Hæstaréttar ekki dómur. Það er því eflaust fræðilegur möguleiki að kæra hana til dómstóla; ef hún kemur svo aftur til baka fyrir Hæstarétt, þá verða allir dómarar réttarins að víkja sæti og skipa þarf nýja til bráðabirgða. Afar ólíklegt hlýtur að teljast að þessi leið verði farin. Því mun ákvörðun Hæstaréttar væntanlega standa sem stórhættulegt fordæmi í íslenskri réttarsögu.

Til eru alþjóðlegar stofnanir, og í okkar heimshluta fyrst og fremst Öryggis- og samvinnustofnun Evrópu, sem taka að sér að hafa eftirlit með kosningum í aðildarríkjum sínum. Slíku eftirliti er ætlað að verja lýðræði meðal þjóðanna og koma í veg fyrir að stjórnvöld beiti klækjum og ofbeldi við lýðræðislegar kosningar. Kannski þurfum við í komandi kosningum að kalla á aðstoð stofnunarinnar til að verja íslenskt lýðræði fyrir æðsta dómstól landsins?