

Reykjavík, 8. febrúar 2011

## **Efni: Beiðni um endurupptöku ákvörðunar Hæstaréttar vegna kosningar til stjórnlagabings**

Ég undirritaður, Gísli Tryggvason, kjósandi og fyrrum handhafi kjörbréfs sem fulltrúi á stjórnlagabingi, fer hér með fram á endurupptöku á ákvörðun Hæstaréttar frá 25. janúar 2011 um ógildingu kosningar til stjórnlagabings. Nánari grein er gerð fyrir beiðninni hér að neðan.

Óskað er eftir að meðferð beiðninnar, og eftir atvikum hinni nýju málsmeðferð, verði flýtt eins og kostur er enda brýnt að niðurstaða liggi fyrir áður en stjórnlagabing á að koma saman hinn 15. febrúar nk., sbr. 2. mgr. 2. gr. laga nr. 90/2010 um stjórnlagabing.

### **Formkrafa**

Þess er krafist að Jón Steinar Gunnlaugsson hæstaréttardómari, sem tók þátt í málsmeðferð Hæstaréttar í umræddum kærumálum, víki sæti við afgreiðslu endurupptökubeiðni þessarar vegna vanhæfis.

### **Lagarök fyrir formkröfu**

Telja verður með vísan til 6. tl. 1. mgr. 3. gr. stjórnarsýslulaga nr. 37/1993 að Jón Steinar sé vanhæfur við meðferð beiðni þessarar þar eð hann tjáði sig efnislega um kærumál þessi og ákvörðun Hæstaréttar frá 25. janúar sl. í viðtali í þættinum *Návígi* í Ríkisútvarpinu, sjónvarpi, þriðjudagskvöldið 1. febrúar sl. Samkvæmt 1. og 2. ml. 4. mgr. 5. gr. stjórnarsýslulaga má Jón Steinar ekki taka þátt í ákvörðun Hæstaréttar um hæfi sitt við meðferð endurupptökubeiðni þessarar.

M.a. er vísað til þess að Jón Steinar upplýsti í nefndu sjónvarpsviðtali að hann hefði beitt öfugri sönnunarbyrði m.t.t. þess hvort ágallar á framkvæmd kosningar til stjórnlagabings hafi haft - eða verið til þess fallnir að hafa - áhrif á úrslit kosningar og geti þar með leitt til ógildingar. Slík sönnunaregla fer í bága við meginreglu íslenskra kosningalaga, sbr. m.a. dóm Hæstaréttar frá 8. desember 1994 í máli nr. 425/1994, sem birtur er á blaðsíðu 2640 í dómasafni réttarins sama ár. Er þar átt við ummæli í umræddu viðtali á borð við „*Ætli við vitum mikið um það sko hvaða áhrif svona gallar hafa*“, „*Hvernig mælum við það?*“, „*Það reyndar veit nú kannski enginn hver hún [niðurstaðan] hefði orðið ef að þetta hefði verið réttilega gert*“, sjá nánar útskrift á viðtalinu í [fylgiskjali](#) nr. 1. Verður auk þess að telja að ummæli Jóns Steinars varpi vafa á hvort við málsmeðferðina hafi með réttu verið gætt rannsóknarreglu 10. gr. stjórnarsýslulaga nr. 37/1993.

### **Beiðni um endurupptöku**

Farið er fram á að kærumál þau vegna kosninga til stjórnlagabings hinn 27. nóvember 2010, er leidd voru til lykta með ákvörðun Hæstaréttar hinn 25. janúar 2011, verði tekin til meðferðar á ný. Þá er þess krafist að ákvörðun Hæstaréttar verði breytt þannig:

- a) *adallega* að kosningin verði talin gild þrátt fyrir formgalla við framkvæmd hennar, sem ekki höfðu áhrif á niðurstöðu kosningarinnar, eða

- b) *til vara* að ákveðin verði endurtalning atkvæða vegna þeirra annmarka sem Hæstiréttur taldi fyrir hendi og bæta má úr við endurtalningu, sbr. nánari útfærslu hér á eftir.

## Lagarök fyrir endurupptöku

Hæstiréttur fylgdi við málsmeðferð kærumálanna stjórnisýslulögum nr. 37/1993 auk laga nr. 90/2010 um stjórnlagabætur og annarra laga sem giltu til fyllingar.

Endurupptökubeiðni þessi er byggð á 1. tl. 1. mgr. 24. gr. stjórnisýslulaga um endurupptöku máls en þar segir:

“Eftir að stjórnvald hefur tekið ákvörðun og hún verið tilkynnt á aðili máls rétt á því að mál sé tekið til meðferðar á ný ef [...] ákvörðun hefur byggst á ófullnægjandi eða röngum upplýsingum um málsatvik”.

Til hliðsjónar má í þessu sambandi hafa 1. mgr. 169. gr. laga nr. 91/1991 um meðferð einkamála, sbr. 21. gr. 1. nr. 38/1994:

“Hæstiréttur getur leyft samkvæmt umsókn aðila að mál, sem þar hefur verið dæmt, verði tekið þar til meðferðar og dómsuppsögu á ný ef eftirfarandi skilyrðum er fullnægt:

- a. sterkar líkur eru leiddar að því að málsatvik hafi ekki verið leidd réttilega í ljós í Hæstarétti þegar málið var þar til meðferðar fyrra skiptið og aðilanum verður ekki kennt um það,
- b. sterkar líkur eru leiddar að því að ný gögn muni verða til breyttrar niðurstöðu í mikilvægum atriðum,
- c. önnur atvik mæla með því að leyfið verði veitt, þar á meðal að stórfelldir hagsmunir aðilans séu í húfi.”

## Málsatvik og ástæður fyrir endurupptöku

### Rannsókn Hæstaréttar á málsatvikum

Í ákvörðun Hæstaréttar er tekin afstaða til þriggja kæra um ýmis framkvæmdaratriði kosningarinnar. Málatalilbúnað kæranda er sagt bera að skilja svo að krafist sé ógildingar kosningar 25 upptalinna fulltrúa til stjórnlagabætur á grundvelli ástæðna sem nánar er gerð grein fyrir og kærundur telja leiða til þess að kosning fulltrúanna hafi verið ólögmæt.

Bar Hæstarétti að sjá til þess að málið væri nægjanlega upplýst áður en ákvörðun var tekin í því samkvæmt rannsóknarreglu 10. gr. stjórnisýslulaga.

Hæstiréttur óskaði eftir því að landskjörstjórn og dómsmála- og mannréttindaráðuneytið - síðar innanríkisráðuneytið - tjáðu sig um framkomnar kærur. Skriflegar greinargerðir bárust frá báðum aðilum. Þá var kærendum og hinum kjörnu fulltrúum á stjórnlagabætur veitt færi á að tjá sig um málið. Skrifleg svör bárust frá tveimur kærendum og einum fulltrúa, þ.e. undirrituðum. Loks var kærendum boðið að gera grein fyrir viðhorfum sínum í munnlegum málflutningi og þekktust tveir þeirra það boð. Kjörnu fulltrúarnir undirritaður, Gísli Tryggvason, og Þorkell Helgason þáðu jafnframt boð um að tjá sig munnlega um málið.

Farið var í vettvangsgöngu í Laugardalshöll og skoðað það húsnaði sem landskjörstjórn notaði við talningu atkvæða. Þá var farið yfir það verklag sem notað var við talninguna og hverjir fengið höfðu að vera viðstaddir hana.

Ekki kemur fram í ákvörðun Hæstaréttar að frekari rannsókn málsins hafi farið fram en hér hefur verið lýst.

Verður nú gerð grein fyrir þeim málsatvikum sem talið er að rangar eða ófullnægjandi upplýsingar hafi legið fyrir um við málsmeðferðina og Hæstiréttur hafi byggt ákvörðun sína á.

Málsatvik sem fjallað er um í kafla VI.1 í ákvörðun Hæstaréttar

Í kafla VI.1 í ákvörðun Hæstaréttar segir:

“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.”

Í þessu sambandi skal bent á 2.-3. mgr. 44. gr. laga nr. 91/1991 um meðferð einkamála:

“Sá sem ber fyrir sig venju eða erlenda réttarreglu verður að leiða tilvist og efni hennar í ljós. Ekki þarf að sanna það sem er alkunnugt á þeim stað og tíma sem dómur eða úrskurður gengur.”

Endurupptökubeiðandi telur þessar upplýsingar um málsatvik til grundvallar ákvörðun Hæstaréttar *adallega* beinlínis *rangar*.

Er það m.a. byggt á yfirlýsingum sem fram hafa komið á opinberum og auglýstum fundum, ýmist á fundi Lögfræðingafélags Íslands á Grand Hótel 31. janúar sl. eða á fundi lagadeildar Háskóla Íslands í hátíðarsal skólans 2. febrúar sl. frá eftirfarandi einstaklingum, sem starfað hafa að kosningum í áraraðir og jafnvel áratugi:

- Gunnari Eydal, lögfræðingi og fyrrverandi skrifstofustjóra borgarstjórnar og fyrrverandi borgarlögmanni.
- Eiríki Tómassyni, prófessor og fyrrverandi yfirkjörstjórnarmanni í Reykjavík.
- Bergþóru Sigmundsdóttur, kjörstjóra í utankjörfundaratkvæðagreiðslum hjá sýslumanninum í Reykjavík og lengi undirkjörstjórnarmanni og nú í kjörstjórn í Garðabæ.

Tóku þessir einstaklingar til máls opinberlega og sögðust ekki kannast við þessa framkvæmd.

Jón Atli Kristjánsson, sem hefur starfað í þrjá áratugi að framkvæmd kosninga í Kópavogi, tjáir sig í vefdagbókarfærslu, dags. 27. janúar s.l. (sjá <http://jonatlikristjansson.blog.is>), og segist ekki kannast við þetta vinnulag, hvorki í Kópavogi né í kjördæmum Reykjavíkur. Þá tilgreinir hann það verklag sem tíðkað er. Grein Jóns Atla má finna í heild sinni í [fylgiskjali 2](#).

Enn fremur má vísa í umfjöllun Morgunblaðsins 29. janúar sl. á bls. 16 þar sem fram kemur að engir kjörstjórnarmenn, sem blaðið hafði samband við, könnuðust við að kjörstjórnir héldu raðaðan lista yfir kjósendur við afhendingu kjörseðla. Umfjöllunina má sjá í [fylgiskjali 3](#).

Getur að öllu þessu virtu ekki talist „alkunna“ að umrædd aðferð sé „oft“ viðhöfð. Er því haldið fram að ákvörðun Hæstaréttar um ógildingu kosningar í heild - í stað þess að ógilda aðeins talninguna, eins og varakrafan snýst um - hafi byggst á röngum upplýsingum um málsatvik, sbr. 1. tl. 1. mgr. 24. gr. stjórnsýslulaga; þessi málsatvik voru auk þess mjög mikilvæg miðað við forsendur í ákvörðun Hæstaréttar.

*Til vara* er því haldið fram að Hæstiréttur hafi a.m.k. byggt ákvörðun sína á *ófullnægjandi* upplýsingum um málsatvik þannig að upplýsa þurfi hvort þessi gamla venja sé enn við lýði og þá hvar og einkum hvenær, þ.e. hvort hún kom í raun til framkvæmdar í kosningu til stjórnlagabings hinn 27. nóvember 2010.

Er því haldið fram að rannsóknarreglu 10. gr. stjórnslulaga hafi ekki verið fylgt við málsmeðferð Hæstaréttar hvað varðar þessa meintu framkvæmd enda ekkert fram komið um að Hæstiréttur hafi kannað þetta.

Til þrautavara verður að telja að andmælaréttar undirritaðs hafi ekki verið gætt enda kom þessi staðhæfing um „alkunna“ framkvæmd ekki fram við málsmeðferð Hæstaréttar, sbr. 13. gr. stjórnslulaga. Um þetta sagði í tölvuskeyti undirritaðs 17. janúar sl. til Hæstaréttar - en þessi texti er ekki tekinn upp í ákvörðun Hæstaréttar eins og annar hluti skeytisins (bls. 22):

“Við vettvangsgöngu Hæstaréttar í Laugardalshöll 13. janúar sl. ásamt málsaðilum, sem létu málið til sín taka á því stigi, skildi ég formann málsins meðal dómara Hæstaréttar þannig að meðal kæratriða í málinu að fram komnum þremur kærnum, sem ég hef kynnt mér ásamt andsvörum og fylgiskjölum, væri að skráð hefði verið röð kjósenda í ónefndri kjördeild í kosningum til stjórnlagabings 27. nóvember sl. Ég las af því tilefni að nýju öll þau gögn, sem mér höfðu borist í málinu, og sá ekki að slíkt kæratriði væri að finna í málgögnum; hafði ég af þeim sökum ekki tjáð mig um slíka málsástæðu fram til þessa. Aðstoðarmaður dómara hefur í millitíðinni aðspurður upplýst mig um - og sent mér í tölvupósti - bréf lögmanns Þorgríms S. Þorgrímssonar, dags. 3. janúar sl., sem ég hef nú kynnt mér. Þar segir m.a.: "Vitað er til þess að í sumum kjördeildum hafa kjörstjórnir við kosningar skráð nöfn kjósenda á lista jafnóðum og þeir kjósa." Ég mótmæli þessari málsá[s]tæðu sem of seint fram kominni og auk þess ósannaðri enda fylgja henni engin gögn og ekki er einu sinni staðhæft hvaða kjördeildir ætti að vera um að ræða þannig að sannreyna mætti staðhæfinguna og takast á um hana í málflytningu. Raunar tel ég eðlilegt að skilja staðhæfi[ng]u lögmanns Þorgríms ("við kosningar") svo að átt sé við aðrar kosningar en hinar sérstöku kosningar til stjórnlagabings 27. nóvember sl. - og vísa ég staðhæfingunni því einnig á bug sem óviðkomandi, sbr. meginreglur stjórnslulaga nr. 37/1993 og 3. mgr. 46. gr. laga nr. 91/1991 um meðferð einkamála.”

#### Málsatvik sem fjallað er um í köflum VI.1 og VI.5 í ákvörðun Hæstaréttar

Þá er því haldið fram að Hæstiréttur hafi byggt ákvörðun sína á ófullnægjandi upplýsingum um hvort - og þá hvernig - bæta mætti úr þeim annmörkum sem taldir voru verulegir við framkvæmd kosningar til stjórnlagabings, þannig að gætt væri meðalhófsreglu 12. gr. stjórnslulaga nr. 37/1993 en jafnframt farið að fyrir mælum laga nr. 90/2010 um stjórnlagabing.

Við úrlausn kærumsálsins bar að gæta meðalhófsreglu skv. 12. gr. stjórnslulaga, þar sem fram kemur að stjórnvald skuli því aðeins taka íþyngjandi ákvörðun þegar lögmatu markmiði, sem að er stefnt, verði ekki náð með öðru og vægara móti. Skal þess þá gætt að ekki sé farið strangar í sakirnar en nauðsyn ber til. Er þetta ekki síst mikilvægt í þessu máli þar sem um er að ræða birtingu lýðræðislegs vilja kjósenda, í kosningu sem ekki verður greiðlega endurtekin á öðrum tímamarki án þess að endurtekningin og atburðir í aðdraganda hennar hafi áhrif á þann vilja sem birta átti.

Í ákvörðun Hæstaréttar er komist að þeirri niðurstöðu að ekki fari saman að kjörseðlar séu auðkenndir með einhverjum hætti annars vegar og að talning fari fram fyrir opnum dyrum hins vegar, sbr. lokaorð kafla VI.1. Jafnframt hafi verið sérstök þörf á nærveru fulltrúa við talninguna sem ætlað var að gæta réttar frambjóðenda, sbr. kafla VI.5. Telur Hæstiréttur þessa annmarka báða verulega, einkum í ljósi þess hvernig þeir tengjast innbyrðis. Orðrétt segir í téðum lokaorðum kafla VI.1 hvað þetta varðar:

„Verður að telja að ákvörðun um að haga númeramerkingu seðlanna með þeim hætti sem hér hefur verið lýst 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 síst 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.”

Málsliðina verður að lesa í samhengi. Ekki verður séð hvernig það eitt að seðlanir voru auðkenndir gat rofið kosningaleynd nema unnt væri að nota auðkennin til þess að komast að því á talningarstað hvernig atkvæðunum, einu eða fleirum, hefði verið varið. Í þeim seinni af hinum tilvitnuðu málsliðum upplýsir Hæstiréttur hver hættan er í því sambandi, þ.e. að sá eða þeir sem það hefðu í huga hefðu getað nýtt sér talningu fyrir opnum dyrum til þess að komast að því hvernig kjósendur greiddu atkvæði.

Ætla verður að þessir tveir annmarkar í samhengi hafi haft úrslitaáhrif á þá niðurstöðu að ógilda kosninguna þegar annmarkar á henni voru metnir heildstætt, sbr. kafla VI.6.

Ekki kom fram við málflytning eða rannsókn í Hæstarétti hvort til væru færar leiðir, og þá hverjar, til að bregðast við þessum annmörkum og ná þeim lögmætu markmiðum sem að skyldi stefnt, án þess að til ógildingar kosningar þyrfti að koma, sbr. meðalhófsreglu. Verður þó að telja að rannsókn á þessu atriði hafi verið mikilvæg og að kveðja hefði mátt til óháða sérfræðinga til þess að gefa álit sitt á því, auk fulltrúa landskjörstjórnar og innanríkisráðuneytis. A.m.k. ein slík fær leið er til, þ.e. að endurtelja atkvæði með ákveðnum aðdraganda, og er henni lýst nánar hér að neðan undir fyrirsögninni „Málsástæður og lagarök fyrir varakröfu“. Hefðu upplýsingar um hana, og hugsanlega aðrar, átt að geta komið fram við rannsókn og legið fyrir við málsmeðferð Hæstaréttar. Má í því sambandi minna á að kærandi Skafti Harðarson gerði varakröfu um endurtalningu atkvæða - sem undirritaður tók sérstaklega undir í skriflegri greinargerð, dags. 31. desember sl. – án þess þó að benda á nánara fyrirkomulag hennar til að tryggja kosningaleynd.

Er því haldið fram að ákvörðun Hæstaréttar um ógildingu kosningar í heild, en ekki aðeins talningar, hafi byggst á ófullnægjandi upplýsingum um mikilvæg málsatvik, sbr. 1. tl. 1. mgr. 24. gr. stjórnsýslulaga.

### **Málsástæður og lagarök fyrir aðalkröfu**

Fyrir aðalkröfu um að kosningin verði talin gild þrátt fyrir formgalla við framkvæmd hennar, sem ekki höfðu áhrif á úrslit kosningar, eru færð eftirfarandi rök.

Hefðu upplýsingar um málsatvik verið réttar og fullnægjandi, sbr. 1. tl. 1. mgr. 24. gr. stjórnsýslulaga, og framangreindar athugasemdir við forsendur fyrir ákvörðun Hæstaréttar, er ólíklegt að Hæstiréttur hefði ógilt kosninguna í ljósi þeirrar meginreglu íslensks réttar um ógildingu kosningar sem kemur fram í dómi Hæstaréttar frá 8. desember 1994 í máli nr. 425/1994, sem birtur er á blaðsíðu 2640 í dómasafni réttarins sama ár, sbr. til hliðsjónar 3. mgr. 120. gr. laga nr. 24/2000 um kosningar til Alþingis og 94. gr. laga nr. 5/1998 um kosningar til sveitarstjórna. Til þess að kosning verði ógild þarf samkvæmt þessari meginreglu að mega ætla að gallar á framkvæmd hafi haft áhrif á úrslitin, annað hvort beint eða verið til þess fallnir í eðli sínu.

Ekki verður séð að þessu virtu, að annmarkar sem lýst er í ákvörðun Hæstaréttar séu svo alvarlegir að þeir hafi haft áhrif á úrslit kosningar til stjórnlagabings, og varði ógildingu kosningarinnar.

### **Málsástæður og lagarök fyrir varakröfu**

Með tilliti til meðalhófsreglu 12. gr. stjórnsýslulaga og með vísan til laga um stjórnlagabing nr. 90/2010 er gerð sú krafa til vara að atkvæði úr kosningu til stjórnlagabings þann 27. nóvember 2010, sem geymd eru undir innsigli á vegum landskjörstjórnar, verði talin að nýju - t.d. með eftirfarandi hætti:

1. Landskjörstjórn skipi sérstaka fulltrúa frambjóðenda til að vera viðstaddir endurtalninguna í heild sinni, sem verði fyrir opnum dyrum, sbr. 2. mgr. 13. gr. laga um stjórnlagabing. Talningin verði auglýst lögum samkvæmt. Hér er vísað til forsendna fyrir ákvörðun Hæstaréttar í lið VI.5 um þessi atriði.

2. Áður en endurtalning fari fram verði svert yfir auðkenni (strikamerki og númer) sem eru á bakhlið kjörseðla, eða þau afmáð með öðrum tryggilegum hætti. Þetta verði gert undir ströngu eftirliti landskjörstjórnar þannig að enginn kostur gefist á því að sjá samtímis auðkenni á kjörseðli og hvernig atkvæðinu var varið. Hvernig þetta er framkvæmt er tæknilegt atriði sem þarf að útfæra nánar að fyrirlagi Hæstaréttar. Með þessu er auk þess brugðist við ályktun Hæstaréttar um rekjanleika atkvæða frá kjörstað til talningar sem fram kemur í niðurlagsorðum kafla VI.1 í ákvörðun Hæstaréttar.

3. Fari endurtalning fram rafrænt (sjá 4. lið) kann jafnframt að þurfa að færa á bakhlið seðlanna ný auðkenni sem yrðu valin óháð þeim auðkennum sem áður voru á seðlunum.

4. Því næst fari fram endurtalning í viðurvist fulltrúa frambjóðenda og fyrir opnum dyrum. Eftir atvikum gæti Hæstiréttur fyrirskipað að skráning atkvæða færi fram handvirkt en ekki með sjálfvirkri skönnun.

5. Að lokinni endurtalningu yrði úrslitum kosninganna lýst að nýju og gefin út kjörbréf handa þjóðkjörnum fulltrúum á stjórnlagabingi, sbr. 3. mgr. 14. gr. laga um stjórnlagabing.

Mikilvægt er að benda á að með þeirri framkvæmd sem viðhöfð var við talningu í kjölfar kosningarinnar, þar sem fulltrúar frambjóðenda eða aðrir utanaðkomandi voru ekki viðstaddir á talningarstað, hefur kosningaleyndin enn ekki verið rofin að mati Hæstaréttar sjálfs, sbr. margnefnd niðurlagsorð kafla VI.1 í ákvörðun hans. Þetta er lykilatriði þegar metið er hvort unnt sé nú að verða við þeirri kröfu Hæstaréttar að talið skuli fyrir opnum dyrum eins og lögskylt er.

Þá verður talið að með endurtalningu sé lögvarinna hagsmuna kærands og frambjóðands Skafta Harðarsonar gætt betur en með því að ógilda kosninguna, þar sem hann á með endurtalningu möguleika á ná kjöri til stjórnlagabings, en þeir möguleikar eru útilokaðir *ex ante* með ógildingu.

Með þeirri úrlausn sem hér er krafist, eða annarri sambærilegri, yrði brugðist við báðum þeim framkvæmdaratriðum sem Hæstiréttur telur til verulegra annmarka í ákvörðun sinni, meðalhófs væri gætt, lýðræðislegur vilji kjósenda fengi að koma fram og loks væri sparað umtalsvert fé sem uppkosning og tafir af hennar sökum myndu kosta.

Eftir standa óhaggaðar aðfinnslur þær sem felast í forsendum fyrir ákvörðun Hæstaréttar til eftirfylgni við kosningalöggjöf og framkvæmd kosninga framvegis.

Virðingarfyllst,

*Gísli Tryggvason.*

**Afrit:**

Innanríkisráðherra, Ögmundur Jónasson.

Landskjörstjórn; b.t. Þórhalls Vilhjálmssonar ritara.

Kærendur: Óðinn Sigþórsson, Skafti Harðarson og Þorgrímur S. Þorgrímsson.