

Ár 2005, þriðjudaginn 26. júlí, var í Héraðsdómi Austurlands í málinu nr. E-283/2004:

Kvísker ehf.  
gegn  
íslenska ríkinu

kveðinn upp svohljóðandi

## D Ó M U R

Mál þetta var höfðað með stefnu birtri 1. júní 2004 og dómtekið 1. júní sl. Stefnandi er Kvísker ehf., Kvískerjum, Örafum. Stefndi er fjármálaráðherra, fyrir hönd íslenska ríkisins, Arnarhváli, Reykjavík.

Stefnandi krefst þess aðallega að ógiltur verði úrskurður óbyggðanefndar 14. nóvember 2003 í máli nr. 1/2001 þess efnis að „Landsvæði það á milli Hrutárjökuls og Fjallsjökuls sem nefnt er Ærfjall, svo sem það er afmarkað af jökli við gildistöku Þjóðlendulaga“ teljist þjóðlenda og að viðurkennt verði að land innan kröfulínu stefnanda fyrir óbyggðanefnd umhverfis Ærfjall sé eignarland hans. Til vara krefst stefnandi þess að Ærfjall teljist afréttareign Kvískerja ehf. Hann krefst einnig málskostnaðar.

Stefndi krefst sýknu af kröfum stefnanda.

Með úrskurði dómstjóra Héraðsdóms Austurlands uppkveðnum 10. nóvember 2004 vék dómstjórinn sæti í málinu. Með bréfi 19. janúar 2005 voru héraðsdómararnir Eggert Óskarsson, sem dómsformaður, Hervör Þorvaldsdóttir og Skúli Magnússon, skipaðir til að fara með málið.

### I.

#### *Málsatvik*

Atvik málsins eru ágreiningslaus.

Óbyggðanefnd starfar samkvæmt lögum nr. 58/1998 um þjóðlendu og ákvörðun marka eignarlanda, þjóðlendna og afrétta, og hefur það hlutverk að kanna og skera úr um hvaða land telst til þjóðlendna og hver séu mörk þeirra og eignarlanda, að skera úr um mörk þess hluta þjóðlendu sem nýttur er sem afréttur og úrskurða um eignarréttindi innan þjóðlendna, sbr. 7. gr. laganna. Samkvæmt 8. gr. laganna, eins og henni var breytt með 3. gr. laga nr. 65/2000, skal nefndin að eigin frumkvæði taka til meðferðar og úrskurða um málefni sem undir hana heyra. Skal hún ákveða hvaða landsvæði tekið er til meðferðar hverju sinni. Í 10. gr. laganna, eins og greininni var breytt með 4. gr. laga nr. 65/2000, eru nánari fyriræli um málsmeðferð nefndarinnar,

meðal annars þau að þegar nefndin hefur ákveðið að taka svæði til meðferðar ber henni að tilkynna fjármálaráðherra um það og veita honum minnst þriggja en mest sex mánaða frest til að lýsa kröfum ríkisins um þjóðlendur á svæðinu.

Með bréfi 13. júlí 2000 tilkynnti óbyggðanefnd fjármálaráðherra þá ákvörðun sína að taka til meðferðar sveitarfélagið Hornafjörð í samræmi við 8. gr. og 1. mgr. 10. gr. laga nr. 58/1998. Svæðið var nánar tiltekið afmarkað með vesturmörkum jarðarinnar Skaftafells í Örafasveit og austurmörkum jarðanna Hvalsness, Víkur, Svínhóla, Reyðarár, Bæjar, Hlíðar og Stafafells. Til suðurs afmarkast svæðið með hafinu og til norðurs af tiltekinni línu á Vatnajökli. Kröfulýsingar fjármálaráðherra vegna íslenska ríkisins um þjóðlendur í Lóni, Nesjum, Mýrum, Suðursveit og Örafum í sveitarfélaginu Hornafirði bárust 13. desember 2000. Óbyggðanefnd birti tilkynningu um meðferð á framangreindu svæði og útdrátt úr kröfum ríkisins, ásamt uppdretti, í Lögbirtingablaðinu 3. janúar 2001, Morgunblaðinu 7. janúar og fleiri blöðum síðar í sama mánuði, sbr. 2. mgr. 10. gr. laga nr. 58/1998. Skorað var á þá sem teldu til eignarréttinda á því landsvæði, sem félli innan kröfusvæðis ríkisins, að lýsa kröfum sínum fyrir óbyggðanefnd innan fjögurra mánaða. Samkvæmt gögnum málsins tók meðal annars til varna fyrir nefndinni og lýsti kröfum sínum þinglýstur eigandi Kvískerja.

Í júlí 2001 var aðilum tilkynnt að ákveðið hefði verið að fjalla um svæðið í fimm aðskildum málum. Var í máli nr. 1/2001 fjallað um Örefi, þ.e. svæði sem afmarkaðist til vesturs af mörkum jarðanna Skaftafells í Örafum og Núpsstaðar í Fljótshverfi, Vestur-Skaftafellssýslu. Eins og nánar greinir í úrskurði óbyggðanefndar ákvað nefndin að breyta afmörkun úrskurðarsvæðisins til vesturs í ljósi þess að ágreiningur var um merki Skaftafells og Núpstaðar. Hefur það atriði ekki þýðingu fyrir sakarefni málsins. Til austurs afmarkaðist svæðið af Suðursveit þar sem áður voru hreppamörk. Sú viðmiðun endaði í Mávabyggðum og þaðan var dregin lína í norður, hornrétt á markalínu þá á Vatnajökli sem samvinnunefnd um svæðisskipulag miðhálandis Íslands hefur notað við vinnu sína. Sú lína liggur á milli Svíahnúks eystri og miðrar Breiðubungu og afmarkaði svæðið til norðurs. Til suðurs afmarkaðist svæðið af hafinu. Er jörðin Kvísker innan framangreinds svæðis, hvort heldur miðað er við kröfugerð stefnanda eða stefnda fyrir óbyggðanefnd.

Málið var fyrst tekið fyrir af óbyggðanefnd 7. ágúst 2001. Málið var tekið til úrskurðar að lokinni vettvangsferð, skýrslutökum og munnlegum málflutningi 26. til 28. júní 2002. Málið var endurupptekið 14. nóvember 2003 og lögð fram ný gögn en að því loknu tekið til úrskurðar að nýju. Úrskurður óbyggðanefndar nr. 1/2001 var kveðinn upp 14. nóvember 2003. Skiptist hann í alls 11 kafla og er 183 bls. fyrir utan fylgiskjöl. Í kafla 1 er gerð grein fyrir úrlausnarefni, skipan og aðild fyrir óbyggðanefnd. Í kafla 2 er kröfugerð aðila lýst. Í kafla 4 er gerð grein fyrir gögnum og

gagnaöflun nefndarinnar. Í kafla 5 er rætt um staðhætti og náttúruferfarir í Örfum. Í kafla 6 er fjallað um landnám í Örfum og farið ítarlega yfir sögu einstakra jarða auk þess sem afréttarnotum er lýst. Í köflum 7 og 8 er gerð grein fyrir sjónarmiðum aðila fyrir nefndinni. Í kafla 9 er að finna viðauka við almennar niðurstöður óbyggðanefndar, en þar er vísað til umfjöllunar nefndarinnar í úrskurðum hennar nr. 1-7/2000 sem allir fjalla um lönd í Árnessýslu. Í kafla 10 koma niðurstöður óbyggðanefndar í málinu fram og er kafla 11 úrskurðarorð nefndarinnar. Úrskurður óbyggðanefndar verður rakinn eftir því sem sakarefni málsins gefur tilefni til.

#### Kröfugerð málsaðilar fyrir óbyggðanefnd

Sá hluti kröfulínu stefnda fyrir óbyggðanefnd, sem sneri að jörðinni Kvískerjum, var svofelldur:

Fyrsti punktur í Örfum er þar sem Kvískerjaland byrjar við ströndina og er það punktur A. Þessi punktur er á línu, sem liggur eins og segir í landamerkjabréfi Kvískerja: „að hæsta nef á Miðaftanstindi á Breiðamerkurfjalli beri í mitt skarðið efst á Eiðnaskarðstindi í sama fjalli.“ Frá punkti A er farið í punkt B, sem er þar sem sama lína sker jökulrönd Fjallsjökuls. Punktur B verður hornpunktur.[/] Frá punkti B er dregin lína meðfram jökulrönd Fjallsjökuls og Hrutárjökuls og frá jaðri Hrutárjökuls (þar sem bein lína milli punkta B og C sker jökulröndina) í punkt C, sem er í Múla fyrir norðan Múlagljúfur. Frá punkti C er dregin bein lína í punkt D, sem er framarlega í Vatnafjöllum við Kvíárjökul. Frá punkti D er dregin lína meðfram jökulrönd Kvíárjökuls og umhverfis og allt að punkti E.

Af hálfu stefnanda var þess krafist að þinglýstir eigendur jarðarinnar Kvískerja hefðu beinan eignarrétt að öllu landi jarðarinnar og að viðurkennt yrði að heildarlandamerki jarðarinnar væru eftirfarandi:

Að austan milli Fjallslands á Breiðumörk og Fjallsfjöru og Kvískerjalands og Kvískerjafjöru eru í sömu línu landamerki og fjörumörk, (p.23) nefnilega, að hæsta nef í Miðaftanstindi (p.25) í Breiðamerkurfjalli beri í mitt skarðið efst á Eiðnaskarðstindi (p.26) í sama fjalli (p.24). [/] Að vestan milli Hnappavalla og Kvískerjalands (p.21) eru landamerki í miðju sundinu milli Kambsmýrar og Kvíarmýrar beint til sjávar (p.22).[/] Fjörumörk milli Kvískerjafjöru að vestan og Bakkafjöru eru að lítil varða neðst í öldunni fyrir austan Eystri-Kvíá á að bera í aðra vörðu fyrir sunnan stóra læk og svo í hvítan klett á Nónhamrahólsklettinum. [/] Jörðin á alla fjöru og allan reka fyrir sínu landi nema af Bakkafjöru. Aðrar jarðir eiga ekki ítök í landinu.

Einnig var gerð krafa um málskostnað úr ríkissjóði. Í úrskurði óbyggðanefndar kemur fram að landeigendur líti svo á að í kröfugerð þeirra felist jafnframt krafa um

afnotarétt þeirra í þjóðlendu, að öllum venjubundnum afnotum, að fornu og nýju, kæmi til þess að einhver hluti landsins teldist þjóðlenda. Þá segir að komið hafi fram við aðalmeðferð að varðandi mörk við jökul væri af hálfu landeigenda miðað við jökulbrún á hverjum tíma, þó þannig að innan landnáms væri.

#### Staðhættir og náttúrufar í Öräfum

Í úrskurði óbyggðanefndar er ítarleg grein gerð fyrir staðháttum og náttúrufari. Kemur þar fram að mikil rýrnun hafi orðið á gróðri og jarðvegi frá því um landnám. eru í þessu sambandi rakin eldgos í Öräfajökli 1362 og 1727 og ágangur jökla og vatna. Í úrskurðinum eru breytingar á jöklum raktar frá landnámi. Kemur þar fram að jöklar hafi verið mun minni um landnám en þeir eru nú. Fram kemur að jöklar hafi náð hámarki um 1890 en hafi síðan hopað. Hafi t.d. Hafrafell verið umgirt jöklum til ársins 1936 og Breiðamerkurfjall til ársins 1946.

#### Lýsing óbyggðanefndar á sögu jarðarinnar Kvískerja

Í úrskurði óbyggðanefndar er ítarleg grein gerð fyrir landnámi í Öräfum svo og sögu jarðarinnar Kvískerja. Af hálfu aðila málsins hafa ekki verið gerðar athugasemdir við þessa umfjöllun óbyggðanefndar. Með hliðsjón af þessu, svo og því að umrædd umfjöllun óbyggðanefndar er að stærstum hluta endurtekin í niðurstöðum nefndarinnar, sem raktar eru síðar, þykir rétt að rekja þessa umfjöllun nefndarinnar og niðurstöður hennar í einu lagi.

#### Almennar niðurstöður óbyggðanefndar

Í úrskurði óbyggðanefndar er vísað til almennra niðurstaðna nefndarinnar um lagaleg atriði, gildi heimilda og gróðurfar á Íslandi í úrskurðum nefndarinnar nr. 1-7/2000. eru þessar niðurstöður nefndarinnar ítarlega raktar í dómi Héraðsdóms Suðurlands 6. nóvember 2003, sbr. dóm Hæstaréttar í máli nr. 48/2004. Í úrskurði óbyggðanefndar kemur einnig fram að í Austur-Skaftafellssýslu komi til skoðunar nokkur ný álitaefni sem þýðingu kunni að hafa víðar og sé því ástæða til að bæta við fyrri umfjöllun nefndar um almenn atriði.

Í niðurstöðukafla nefndarinnar er aðdragandi að setningu laga nr. 58/1998 rakinn og hlutverk nefndarinnar samkvæmt lögnum reifað. Segir m.a. að fyrir gildistöku laganna hafi legið fyrir að tiltekin landsvæði á hálendi landsins hafi ekki verið í eigu ríkis eða sveitarfélaga. Hafi réttarstaða þessara svæða, sem nú séu kölluð þjóðlendur, verið óljós og hafi lögin verið sett til að leysa þennan vanda. Þá er hlutverk óbyggðanefndar samkvæmt lögum nr. 58/1998 rakið og fjallað um mat nefndarinnar samkvæmt lögnum.

Í úrskurði óbyggðanefndar segir að frumstofnun eignarréttar hér á landi hafi farið fram með landnámi, hefð og lögum, sbr. löggjöf um nýbýli og þjóðlendur. Rakin er Landnáma og heimildir um landnám. Segir að af takmörkuðum lýsingum í Landnámu verði engar afdráttarlausar ályktanir dregnar um það hvort í öndverðu hafi verið stofnað til eignarréttar yfir landsvæði með námi. Óbyggðanefnd telur hefð vera annan frumstofnunarhátt eignarréttar. Dómstólar hafi hafnað því að eignarhefð verði unnin á grundvelli hefðbundinna afréttarnota af landi utan landamerkja jarða, hins vegar hafi hefð verið viðurkennd á grundvelli sambærilegra nota innan landamerkja jarðar. Jafnframt sé ljóst að nýttjar af þessu tagi hafi ekki nægt til að vinna eignarhefð með útrýmandi hætti innan marka jarðar svo sem þau hafa verið afmörkuð í landamerkjabréfi hennar. Óbyggðanefnd telur að við mat á því hvort tekist hafi að fullna eignarhefð yfir landsvæði skipti máli hvort það sé innan eða utan landamerkja jarðar. Skilyrði fyrir því að eignarhefð verði unnin á landsvæði utan landamerkja jarðar séu þröng, þó að ekki sé slíkt útilokað. Lög séu þriðji frumstofnunarháttur eignarréttar, sbr. nýbýlatilskipun frá 15. apríl 1776 og lög um nýbýli frá 6. nóvember 1897.

Óbyggðanefnd rekur flokkun lands í jarðir, afrétti og almenninga. Þýðing þeirrar flokkunar nú ræðst af því hvernig hún fellur að hugtökunum eignarland og þjóðlenda. Um jörð segir óbyggðanefnd eftirfarandi:

Óbyggðanefnd telur að almennt megi gera ráð fyrir að jörð sé landsvæði sem upprunalega hefur verið ráðstafað úr einstökum landnámu, stofnað til nýbýlis á eða eignarhefð unnin yfir. Tilgangurinn með stofnun hvernar jarðar hefur verið að stunda þar búskap árið um kring. Samt sem áður getur að sjálfsögðu verið land innan jarðar sem ekki verður nýtt til landbúnaðar, enda getur setning merkja hæglega hafa tekið mið af öðrum atriðum. Nýting landsins hefur verið í samræmi við búskaparhætti og umfang bús á hverjum tíma. Land hvernar jarðar hefur frá öndverðu borið að afmarka með landamerkjum. Innan merkja jarðar sinnar hefur eigandi almennt séð farið með umráð og hagnýtingu, gert ráðstafanir með löggerningum, veðsett jörðina og látið hana ganga að erfðum, á sama hátt og gildir um eignarland yfirleitt. Óbyggðanefnd telur hvorki verða ráðið af eldri né yngri löggjöf að almennt séð hafi verið gert ráð fyrir því að land innan jarðar hafi mismunandi eignarréttarlega stöðu. Staðhættir, gróðurfar og nýtingarmöguleikar verða ekki taldir hafa úrslitaáhrif í því sambandi. Einstök dæmi um slíka skiptingu finnast þó og eins kann það í öðrum tilvikum að valda nokkrum vafa þegar afréttur liggur eða lá sjálfstætt undir einstakar jarðir. Þá kunna að finnast svæði innan merkja jarða sem kölluð eru afréttur, e.t.v. með vísan til þess að sá hluti hennar hafi helst verið nýtt til beitar, án þess þó að eignarréttarleg staða þess landsvæðis hljóti að vera önnur. Það er því niðurstaða óbyggðanefndar að líkur séu á því að land sem samkvæmt fyrirliggjandi heimildum er eða hefur verið jörð sé beinum eignarrétti háð. Sönnunarbyrðin hvílir því á þeim sem öðru heldur fram.

Óbyggðanefnd rekur að tilvist ítaks í fasteign bendi fremur til þess að svæði það sem ítakið er á sé eða hafi einhvern tímann verið eignarland. Þá fjallar nefndin um almenninga og kemst að þeirri niðurstöðu að heimildir bendi ekki til að hér á landi hafi verið að finna afmörkuð landsvæði inn til landsins sem lotið hafi reglum um almenninga svo óyggjandi sé. Hafi einhvern tímann verið svo, hafi munur á þeim og afréttum orðið lítill eða enginn í tímans rás. Þá sé ljóst að stærstur hluti lands utan einstakra jarða hafi fyrr og síðar verið í afréttarnotum. Samkvæmt þessu verði ekki talið að hugtakið almenningur hafi mikið sjálfstætt gildi við mat á grunneignarrétti á landi sem verið hafi í slíkum notum. Það geti hins vegar haft þýðingu við mat á takmörkuðum eignarréttindum og eins verði ekki útilokað að slík landsvæði finnist.

Að því er varðar samnotaafrétti telur óbyggðanefnd ekki unnt að útiloka að slík landssvæði hafi verið numin. Vísað er til reglna um nýtingu slíkra afrétta og notkun þeirra að öðru leyti sem einkum fólust í beit. Telur nefndin, með vísan til úrlausna dómstóla, að beinn eignarréttur verði ekki byggður á slíkum notum. Það er því niðurstaða óbyggðanefndar að líkur séu á því að land sem samkvæmt fyrirbyggjandi heimildum er samnotaafréttur sé þjóðlenda. Sönnunarbyrðin hvíli á þeim sem öðru heldur fram. Þetta telur nefndin hins vegar ekki eiga við afrétti einstakra jarða og stofnana. Hafi þessar afréttir lotið öðrum reglum og landeigandi notið þar ríkari réttinda. Hvort tiltekinn afréttur einstakrar jarðar eða stofnunar sé undirorpinn beinum eða óbeinum eignarrétti heimajarðar sé hins vegar ekki einhlítt og verði að meta það í hverju tilviki fyrir sig. Kröfur dómstóla til sönnunar að því er varðar annars vegar afrétti einstakra jarða og stofnana og hins vegar samnotaafrétti virðast þó sambærilegar að mati óbyggðanefndar.

Óbyggðanefnd rekur reglur um skráningu fasteigna með svofelldum hætti:

Landfræðileg afmörkun fasteigna var ekki skráð á samræmdan máta fyrr en í lok 19. aldar. Fram er komið að fyrir þann tíma eru heimildir um mörk jarða fágætar. Þá liggur fyrir að heimildargildi Landnámu er umdeilt og lýsingar hennar oft ónákvæmar. Úrskurður um eignarland eða þjóðlendu verður ekki byggður á þeim einum. [/] Með setningu laga um landamerki, nr. 5/1882, var í fyrsta skipti í íslenskri löggjöf kveðið á um almenna skyldu eigenda og umráðamanna jarða til að skrásetja nákvæma lýsingu á landamerkjum jarða sinna. Tilgangur löggjafans með setningu laga um landamerki 1882 og laga um hefð 1905 var sá að koma fastri skipan á afmörkun fasteigna og heimildir til þeirra. Hér má einnig nefna lög um fasteignamat 1915 þar sem kveðið var á um reglubundið mat fasteigna á tíu ára fresti. Með þessu móti leitaðist löggjafinn við að skapa traustan grundvöll undir sölu, veðsetningu og skattlagningu jarða og annarra fasteigna. [/] Samkvæmt ákvæðum landamerkjaganna skyldi sýslumaður hafa eftirlit með því að menn uppfylltu skyldur sínar til skrásetningar merkja. Hafi bréf verið þinglesið, fært í landamerkjabók og á því byggt síðan

um merki tiltekinnar jarðar, án athugasemda yfirvalda eða ágreinings við nágretta eða sveitarfélag, virðist það benda til þess að lýsing merkja hafi verið í samræmi við það sem almennt var talið gilda. Séu bréf aðliggjandi jarða samhljóða hlýtur það að benda til hins sama. Könnun óbyggðanefndar á dómum Landsyfírréttar á tímabilinu 1886-1920 bendir ekki til þess að í kjölfarið á setningu landamerkjaganna hafi komið upp umtalsverður ágreiningur milli sveitarfélaga og eigenda efstu jarða um mörk jarða og afrétta. Jafnframt er ljóst að þinglýstir eigendur hafa haft réttmætar ástæður til að vænta þess að merkjum sé þar rétt lýst. Ennfremur hlýtur gildistaka hefðarlaga árið 1905 að styrkja eignartilkall slíkra aðila.

Óbyggðanefnd telur ljóst af úrlausnum dómstóla að við mat á gildi landamerkjabréfs, skipti máli hvort um er að ræða jörð eða annað landsvæði. Hafi gögn máls þótt bera með sér að afréttarlandsvæði væri einungis óbeinum eignarréttindum háð hafi tilvist landamerkjabréfs ekki breytt þeirri niðurstöðu. Í slíkum tilvikum hafi landamerkjabréf einungis verið talin ákvarða mörk afréttareignar. Hins vegar hafi dómstólar í einkamálum talið landamerkjabréf ákvarða mörk eignarlands í tilvikum þar sem um var að ræða landsvæði sem áður höfðu legið innan landamerkja jarða. Þá segir eftirfarandi í úrskurði óbyggðanefndar:

Með vísan til tilgangs landamerkjaganna 1882, síðari tíma löggjafar og úrlausna dómstóla, telur óbyggðanefnd að leggja verði til grundvallar að jörð, svo sem hún er afmörkuð í landamerkjabréfi, sé beinum eignarrétti háð. Útilokað er að fullyrða um rétta afmörkun og órofa yfirfærslu eignarréttinda allt frá landnámi og til dagsins í dag. Í þeim tilvikum þar sem einstaklingar eða lögaðilar hafa samkvæmt elstu heimildum farið með þau réttindi og skyldur sem í beinum eignarrétti felast, verður að telja eðlilegt að íslenska ríkið beri hallann af þeim vafa sem fyrir hendi kann að vera. Einstaklingar og lögaðilar hafa haft réttmætar ástæður til að vænta þess að beinn eignarréttur væri fyrir hendi og getað leitað til handhafa opinbers valds honum til verndar. Hins vegar er þó ljóst að meta verður sérstaklega gildi hvers landamerkjabréfs. Þannig dregur úr gildi landamerkjabréfs ef eldri heimildir mæla því í mót. Á hinn bóginn telur óbyggðanefnd að líkur séu á því að land sem samkvæmt fyrirliggjandi heimildum hefur ekki með einum eða öðrum hætti tilheyrt jörð, hafi ekki orðið beinum eignarrétti háð fyrr en með setningu þjóðlendulaga. Ekki er hægt að útiloka að þessi landsvæði hafi verið numin eða á annan hátt orðið undirorpin beinum eignarrétti en samhengi eignarréttar og sögu liggur ekki fyrir. Í stað þeirra almennu heimilda til umráða, hagnýtingar, ráðstöfunar o.s.frv. sem eigandi jarðar hefur um aldir verið talinn fara með hefur einungis verið um að ræða heimildir til takmarkaðar nýtingar sem snemma urðu lögbundnar. Með vísan til úrlausna dómstóla er ljóst að beinn eignarréttur verður ekki byggður á slíkum notum. Sönnunarbyrðin hvílir því á þeim sem slíku heldur fram.

Um eignarréttarlega stöðu þess lands sem hulið er jökli telur óbyggðanefnd að fara beri eftir sömu reglum og um önnur landsvæði. Þegar merki jarðar séu miðuð við jaðar jökuls og þeim því ekki lýst nema að takmörkuðu leyti í landamerkjabréfi beri að miða við stöðu jökuljaðarsins við gildistöku laga nr. 58/1998 1. júlí 1998, enda sé jökullinn í þjóðlendu. Um þetta atriði segir nánar eftirfarandi í kafla 9.3 úrskurðarins, þar sem sérstaklega er fjallað um jökla:

Ef líkindi eru fyrir því að land hafi verið numið inn til jökla styður það þá niðurstöðu að land sem jökullinn hefur skilað frá gerð landmerkjabréfanna falli til aðliggjandi jarða. Ekki verður talið að jökull hafi hopað svo hratt undanfarna rúma öld að komið sé í ljós að ráði land jarða sem ofar kunna að hafa legið, enda staða jökuls 1998 nær því sem var um 1900 en um landnám. Tilkall til lands sem komið hefur undan jökli kann jafnframt að byggjast á hefðarreglum. Til skoðunar koma þá almenn atriði eins og tímalengd, yfirráð, hagnýting, ráðstafanir að lögum, viðhorf hefðanda og annarra aðila o.fl. Staðhættir kunna að vera með þeim hætti að um eðlilegt framhald tiltekinna jarðar sé að ræða, líkt og landauki til hafs, og nýting annarra útilokuð. Frávik frá þessum almennu ályktunum eru þó að sjálfsögðu möguleg og verður að skoða hvert tilvik fyrir sig. Jafnframt hlýtur réttur þessi að takmarkast við land sem komið var undan jökli við gildistöku þjóðlendlaga 1998, þegar löggjafinn kvað á um eignarhald ríkis á öllu því landi sem ekki væri sannanlega undirorpið beinum eignarrétti. Mögulegar væntingar jarðeigenda um rétt til þess lands sem kemur undan jökli eftir þann tíma njóta ekki réttarverndar sem eignarréttindi í skilningi 72. gr. stjórnarskrár. Þá ber þess að geta að frá gildistöku þjóðlendlaganna er ekki unnt að öðlast eignarréttindi innan þjóðlendna fyrir nám eða hefð, sbr. 8. mgr. 3. gr. [/] Niðurstaða óbyggðanefndar er því sú að gildistaka þjóðlendlaga hafi undir þessum kringumstæðum haft það í för með sér að merki jarða gagnvart jökli væru fastsett, án tillits til síðari breytinga á jökuljaðrinum. Sú niðurstaða er jafnframt í eðlilegu samræmi við markmið og tilgang löggjafarinnar. Þegar merki jarðar eru miðuð við jaðar jökuls og þeim því ekki lýst nema að takmörkuðu leyti í landamerkjabréfi ber þannig að miða við stöðu jökuljaðarsins 1. júlí 1998, sbr. 22. gr. þjóðll., enda sé jökullinn í þjóðlendu. Lega jökuljaðarsins kann þó að virðast óljós þar sem smájökklar eða fannir liggja aðskilið frá meginjöklinum. Í þeim tilvikum þar sem eignarland liggur að jökli í þjóðlendu verður að telja eðlilegt að íslenska ríkið beri hallann af þeim vafa sem þannig kann að vera fyrir hendi. Óbyggðanefnd telur því eðlilegt að í slíkum tilvikum miðist þjóðlendulína við jaðar meginjökuls, eins og hann er skilgreindur af sérfræðingum á því sviði. Smájökklar og fannir verða þá innan eignarlands á sama hátt og jökulsker eða annað land umlukið jökli verður innan þjóðlendu.

Sé jökulsvæði innan merkja jarðar telur óbyggðanefnd hins vegar að almenn sjónarmið gildi um túlkun landamerkja. Merki sjávarjarða til hafsins telur nefndin að fylgi breytingum á stórstraumsfjörumáli og landamerki færist inn og út í samræmi við landauka eða landtap.



### Landnám í Örafum

Í úrskurði óbyggðanefndar eru raktar frásagnir Landnámu um landnám þeirra manna sem settust að á því svæði sem síðar var nefnt Örafi. Í fyrsta lagi er greint frá því að samkvæmt Landnámu hafi Hrollaugur, sonur Rögnvaldar jarls á Mæri í Noregi, numið land austan frá Horni til Kvíár. Hrollaugur hafi selt hluta af landnámi sínu og Þórði Þórði illuga Eyvindarsyni hafi hann gefið allt land milli „Jökulsár“ og „Kvíár“. Hafi Þórur búið „undir Felli við Breiðá“. Kemur fram að ekki sé vitað hvar landnámsbærinn stóð nákvæmlega, enda þótt ýmsar kenningar hafi verið settar fram í því efni. Í annan stað er greint frá því að samkvæmt Landnámu hafi Þorgerður, eiginkona Ásbjörns Heyjangurs-Bjarnasonar, leitt kvígu sína undan Tóftarfelli skammt frá Kvía suður og í Kiðjaklett hjá Jökulfelli fyrir vestan. Hafi Þorgerður því numið land um allt Ingólfshöfðahverfi milli Kvíár og Jökulsár og búið að Sandfelli. Í úrskurði óbyggðanefndar segir að sum þessara örnefna séu nú fallin í gleysku. Í úrskurðinum er þó greint frá kenningum um að Tóftafell sé sama fjall og nefnt sé Staðarfjall, örnefnið Kiðjaklettur vísi til kennileitis framan við Krossgil og með Jökulsá sé vísað til Skeiðarár. Þá segir að vestan við landnám Þorgerðar hafi tekið við landnám Bárðar, sem var þriðji sonur fyrrnefnds Heyjangurs-Bjarnar, en hann hafi numið Fljótshverfi allt og búið að Núpum. Kemur fram í úrskurði óbyggðanefndar að austurmörk landnáms Gnúpa-Bárðar séu óljós og eru ýmsar kenningar um það efni nánar raktar í úrskurðinum.

Í úrskurði óbyggðanefndar segir að óvíst sé hversu langt inn til landsins mörk landnámana náðu. Er í þessu sambandi vísað til frásagna Landnámu um að fé hafi verið beitt til fjalla og upplýsinga um gróðurfar og jöklafar á landnámsöld.

Í niðurstöðum óbyggðanefndar segir að ekki verði dregin sú afdráttarlaus ályktun af lýsingum Landnámu á landnámi Fljótshverfis og Ingólfshöfðahverfis að á milli Núpsvatna og Skeiðarár hafi ekki verið stofnað til eignarréttar með námi í öndverðu. Farvegur jökulvatna undan Skeiðarárjökli um landnám sé ekki þekktur og auk þess óljóst hvort Skeiðará sé sama á og nefnd sé Jökulsá í Landnámu. Kunnir að vera að jökulsá sú sem nefnd sé í Landnámu hafi fallið mun vestar á sandinum og en Skeiðará hafi verið mun minna vatnsfall og hafi ekki hlaupið jökull í hana fyrr en á 15.-17. öld.

Er í þessu sambandi vísað til greinargerða sérfræðings í vatnafræðum. Þá vísar óbyggðanefndin til upplýsinga um gróðurfar um að Skeiðarársandur hafi verið grónari um landnám en nú.

Að því er varðar norðurmörk landnáms telur óbyggðanefnd að ráða megi af heimildum að menn hafi a.m.k. farið svo langt til fjalls sem beutiland náði. Land í Örafum sé afmarkað af jöklum hið efra og sjó hið neðra. Upp við jökul rísi fjalllendi og heiðarlönd en þar neðan við og allt niður að sjó sé slétt undirlendi. Þaðan skerist fjölmargir dalir inn í fjallendið, stórir og smáir. Hálendi og jöklar blasi við frá fjöru séð, en fjarlægðir þar á milli séu u.þ.b. 3-38 km. Telur nefndin að samkvæmt þessu og með hliðsjón af upplýsingum um gróðurfar við landnám sé líklegt að land í Örafum hafi verið numið frá sjávarmáli að þáverandi jökulbrún, að minnsta kosti.

### Umfjöllun óbyggðanefndar um Kvísker

Í úrskurði óbyggðanefndar er jörðinni Kvískerjum og aðliggjandi svæði lýst með svofelldum hætti:

Að Kvískerjum liggja jarðirnar Hnappavellir að vestan og Fjall að austan. Að sunnanverðu er hafið og að norðan liggur Örafajökull ásamt skriðjöklum sínum, Fjallsjökli, Hrutárjökli og Kvírárjökli. Skörp skil eru á milli undirlendis og fjallendis fyrir landi Kvískerja, eins og víðast annars staðar í Örafum. Undirlendið er marflatt en fjallendið að jafnaði 600-700 m hæð. Rætur fjallendisins eru í um 4 km fjarlægð frá sjó. Við jökluröndina hækkar landið, vestast eru Vatnafjöll (955 m) en austar Rótarfjallshnúkur (1026 m), Múlahyrna (1039 m) og Ærfjall (hæsti tindur 1093 m), inni-króað á milli Fjallsjökuls og Hrutárjökuls. Minnsta fjarlægð frá sjó til jökulrandar er um 3 km en mesta fjarlægð um 8 km.

Í úrskurði óbyggðanefndar segir að Kvísker komi fyrst fyrir í heimildum í máldaga Hnappavalla sem talinn sé vera frá 1343. Þar segi að kirkjan eigi í Kvískerjalandi skóg í millum Kambaskarðs og Vattará slíkur sem hann sé. Kvísker hafi verið ein þeirra jarða sem Teitur Þorleifsson lögmaður seldi Ögmundi biskupi Pálssyni 1525. Í jarðabók frá 1686 séu Kvísker skráð sem bændaeign, en þegar jarðabók Ísleifs Einarssonar hafi verið gerð 1709 hafi Kvísker verið komin í eyði, enda þótt þar sé tekið fram að jörðin kunni að byggjast. Í jarðabókinni segi að jörðin eigi rekafjöru fyrir nokkrum parti lands síns. Í Jarðatali Johnsens 1847 og Nýrri jarðabók frá 1861 sé getið um verðmæti jarðarinnar. Þá er vísað til heimilda frá 1839 um að þá sé jörðin lítt nýtileg til heyskapar, hrossaganga sé ónýt en nokkru sauðfé megi beita þar. Þá vitnar óbyggðanefnd til eftirfarandi umsagnar í gerðabók jarðamatsnefndar 1849 um jörðina:

Tvísker bændaeign. Túnið er heldur stórt, en snögt, fóðrar 1 kú, eingiar eru miög litlar og erviðar, en hagar sérlega góðir að því sem þeir nema, en vetrarharðt og álitst jörðin að géta framfleytt 1 kú og 80 fiár. Fiara fylgir iörðinni töluverðt laung og heldur rekasæl; selveiði er í Breiðamerkur ós og

fær jörðin landhlut þar af; silungsveiði er hér einnig lítil. Hagar allir eru undirorpnir vatnságangi og jörðin örðug yfirhöfuð, nema fiaran og sérilagi geta ei hestar orðið hafðir hér á sumrum né vetrum.

Einnig vitnar nefndin til eftirfarandi lýsingar í jarðabók yfirjarðamatsnefndar 1849:

Eggjatekja lítilfjörleg er á Breiðamerkursandi, sem þó er lítill arður að eins og að Silungsveiðinni. – Fjallhagar ganga ekki af sér, og hagar á sandfitjunum álitast að vísu að geti spilst á einum stað, en ekki svo að þeir þó ekki grói jafnframt upp á öðrum stöðum. – Jörð þessi stendur langt frá allri byggð umkringnt vötnum og eyðisandi.

Í úrskurði óbyggðanefndar segir að jörðin hafi varla talist byggileg í gerðabók fasteignamatsnefndar 1916 og hafi því verið veitt fé úr landssjóði til að halda við byggð þar „til þæginda og öryggis þeim sem yfir sandinn verða að fara“. Þá vitnar nefndin til svohljóðandi lýsingar fasteignamatsnefndar á hlunnindum og landsgæðum:

Beitilandið er nokkuð víðlent fjallendi og sandar, allgott til sauðfjárbeitar, en stórgripahagar slæmir og liggja langt frá bæ. Mjög snjóþungt og stormasamt. Smalamennska fremur ervið. Jörðin hefir dálítið fjallendi upp frá bæ, til uppreksturs. Skógarkjarr talsvert er í fjallinu, til eldsneytis og má tína saman á sandinum sprek sem vötn flytja undan jöklinum.

Nefndin vísar til þess í þessu sambandi að Sigurður Björnsson á Kvískerjum hafi skýrt svo frá í skýrslu fyrir nefndinni að aðalbeitiland jarðarinnar hafi verið fjallendið, þar á meðal Ærfjallið, og hafi þótt hæfilegt að hafa þar um 20 ær með lömbum.

Eins og fram kemur í úrskurði óbyggðanefndar var landamerkjabréf Tvískerja (Kvískerja) undirritað 28. apríl 1890 og lesið á manntalsþingi að Hofi 5. maí sama ár:

Að austan milli Fjalslands á Breiðumörk og Fjalsfjöru, og Tvískerjalands og Tvískerjafjöru eru í sömu línu landamerki og fjörumörk, nefnil., að hæsta nef á Miðaptanstindi í Breiðamerkurfjalli beri í mitt skarðið efst á Eiðnaskarðstindi í sama fjalli. [/] Að vestan milli Hnappavalla- og Tvískerja- lands eru landamerki í miðju sundinu milli Kambsmýrar og Kvíármýrar beint til sjávar. [/] Fjörumörk milli Tvískerjafjöru að vestan og Bakkafjöru eru að lítil varða neðst á öldunni fyrir austan Eystri-Kvíá á að bera í aðra vörðu fyrir sunnan Stóralæk og svo í hvítan blett í Nónhamrahólsklettinum. [/] Jörðin á fjöru og allan reka fyrir sínu landi nema af Bakkafjöru. Aðrar jarðir eiga ekki ítök í landinu.

Í úrskurði óbyggðanefndar segir að landamerkjalyásing þessi hafi verið samþykkt að því er snerti mörk milli Tvískerjafjöru og Bakkafjöru, landamerki milli Tvískerja og Hnappavalla og mörk milli Tvískerjafjöru og Fjallsfjöru. Í úrskurðinum segir að Kvískerja sé getið í fasteignabókum á 20. öld og þá jafnan sem einbýlis. Þá kemur fram að heimildir bendi ekki til annars en að nokkuð samfelld búseta hafi verið á Kvískerjum frá því að jarðarinnar sé fyrst getið. Í afsals- og veðmálabókum komi fram að eftir gerð landamerkjabréfsins hafi jörðin framselst með hefðbundnum hætti og verið veðsett.

#### Niðurstaða óbyggðanefndar um Kvísker

Í niðurstöðum sínum um það landsvæði sem afmarkað er í landamerkjabréfi Kvískerja 28. apríl 1890 og þingl. 5. maí sama ár vísar óbyggðanefnd til framangreindrar umfjöllunar um sögu afmörkunar, ráðstafana að eignarrétti og nýtingar að Kvískerjum. Telur nefndin að ráðið verði að um hafi verið að ræða sjálfstæða jörð. Jafnframt séu líkur til þess að landsvæði það sem hér sé til umfjöllunar sé innan upphaflegs landnáms í Austur-Skaftafellssýslu og að numið hafi verið frá sjávarmáli að þáverandi jökulbrún, að minnsta kosti.

Óbyggðanefnd rekur lýsingar á landamerkjum Kvískerja í landamerkjabréfi jarðarinnar 1890. Kemur fram að norðurmörkum jarðarinnar sé ekki lýst sérstaklega í landamerkjabréfinu. Telur nefndin að ráða megi af landamerkjabréfinu að tekin sé stefna af Miðaftanstindi og framangreind landamerki Kvískerja nái að jökulrönd að austanverðu, fremur en að þau liggi yfir Fjallsjökul. Jafnframt telur nefndin að orðalag merkjalýsingar að vestanverðu bendi ótvírætt til þess að eigendur jarðarinnar hafi litið svo á að merki hennar þar næðu allt að jökli, enda hafi hann náð nokkru sunnar á þeim tíma en nú. Þessu til stuðnings vísar nefndin til þess að mörkum gagnvart jökli sé ekki lýst að öðru leyti. Telur nefndin að jökullinn hafi afmarkað það land sem máli skipti með svo augljósum hætti að ekki hafi verið talið þurfa umfjöllunar við.

Að því er varðar Ærfjall sérstaklega vísar nefndin til þess að Ærfjall sé ekki nefnt í landamerkjabréfi Kvískerja. Þá segir orðrétt eftirfarandi í úrskurði óbyggðanefndar:

Ærfjall stóð upp úr jökli við gerð umræddra landamerkjabréfa og fyllsta ástæða til að láta um það getið, ef menn töldu þar til réttinda. Krafa eigenda Kvískerja um að merki jarðarinnar og beinn eignarréttur nái til Ærfjalls verður því ekki talin geta stuðst við lýsingu landamerkjabréfsins en um önnur þau atriði sem hana varða er fjallað hér síðar.

Í úrskurði óbyggðanefndar kemur fram að fyrirliggjandi gögn bendi ekki til annars en að landamerkjum hennar sé rétt lýst í landamerkjabréfi. Telur nefndin

jafnframt að líta verði til þess að land á þessu svæði sé afmarkað af jöklum hið efra og sjó hið neðra. Vísar nefndin til þess að landamerkjabréfinu hafi verið þinglýst og ekki hafi verið gerðar við það athugasemdir af hálfu yfirvalda eða nágranna. Jafnframt sé ljóst að eigendur Kvískerja hafi um langa hríð haft réttmætar ástæður til að vænta þess að merkjum væri þar rétt lýst.

Tekur óbyggðanefnd því næst til skoðunar hvort land innan framangreindra merkja jarðarinnar Kvískerja hafi mismunandi eignarréttarlega stöðu. Segir í því sambandi eftirfarandi í úrskurði óbyggðanefndar:

Á norðurhluta svæðisins er fjallendi það og heiðarlönd sem að framan er lýst. Ástæða er til að gera einnig grein fyrir gróðurfari á síðustu áratugum. Í fjallendi Öräfa teygir mosagróðurinn sig nú oft upp í 500-600 m hæð, þar sem ekki er of mikill halli eða lausar skriður. Við bestu gróður-skilyrði í fjallendinu, s.s. í daldrögum og í snjóðældum, er gróður fjölbreyttari og gróskumeiri. Milli Kvíárjökuls og Hrutárjökuls er fjallendi allvel gróið nema efsti þess uppi undir jökli. Ærfjall mun nálægt því að vera hálfgróið af mosa og lyngi. Allmikið skóglendi er í Kvískerjum. Talið er vafalaust að við upphaf landnáms hafi gróðurþekja í Öräfum, sem og á Íslandi í heild, verið mun meiri að víðáttu og grósku en nú er, sbr. kafla 5.2. [/] Í málinu liggja ekki fyrir gögn sem sýni fram á að Ærfjall sé undirorpið afréttarrétti eigenda Kvískerja.

Óbyggðanefnd fjallar um tilvist fjöruítaks fyrir landi Kvískerja, en telur að ekkert bendi til þess að fjaran hafi verið almenningur. Óbyggðanefnd vísar til þess að ekki séu heimildir um annað en að jörðin Kvísker hafi verið byggð og nýtt eftir búskaparháttum og aðstæðum á hverjum tíma. Innan þeirra marka sem tilgreind séu 1890, og að því marki sem land hafi komið undan jökli síðan, hafa eigendur jarðarinnar farið með umráð og hagnýtingu og gert ráðstafanir með löggerningum á sama hátt og gildi um eignarland almennt. Fjallendið utan jökuljaðars hafi ekki verið þar undanskilið, enda þótt nýting þar hafi verið takmörkuð. Þá telur óbyggðanefnd að tilvist fjöruítaks á sandinum styrki tilkall um beinan eignarrétt og vísar í því efni til almennra niðurstaðna sinna. Telur nefndin að ekki verði annað séð en að umrætt eignarhald hafi verið án ágreinings eða athugasemda. Engar heimildir séu um að land innan marka jarðarinnar hafi mismunandi eignarréttarlega stöðu og telur nefndin að staðhættir, gróðurfari eða nýtingarmöguleikar hafi ekki úrslitaáhrif í því sambandi. Þá telur nefndin að fyrirkomulag smölunar verði ekki talið hafa eignarréttarlega þýðingu. Samkvæmt þessu var það niðurstaða óbyggðanefndar að stefnda hefði ekki tekist að sýna fram á að land innan tilgreindra landamerkja jarðarinnar Kvískerja væri þjóðlenda og hefði rannsókn óbyggðanefndar einnig leitt til þeirrar niðurstöðu að þar væri um eignarland að ræða. Þá var það niðurstaða nefndarinnar að af hálfu eiganda Kvískerja hefði ekki verið sýnt fram á að Ærfjall væri eignarland, hvorki fyrir nám,

löggerninga né með öðrum hætti. Eins og notkun landsins hefði verið háttað, hefði heldur ekki verið sýnt fram á að eignarhefð hefði verið unnin á því. Rannsókn óbyggðanefndar hafi einnig leitt til þeirrar niðurstöðu að Ærfjall væri þjóðlenda.

Að því er varðar afmörkun þjóðlendumarka við jökulbrún segir eftirfarandi í úrskurði óbyggðanefndar:

Sá jökuljaðar sem eigendur jarðarinnar Kvískerja gætu hafa horft til þegar þeir lýstu merkjum í jökul 1890 hefur gengið til baka. Land sem þá var hulið jökli er því jökullaust nú. Sá jökuljaðar sem líkur eru á að landnám hafi miðast við hefur hins vegar síðar gengið fram. Land sem nú er hulið jökli hefur því verið jökullaust á þeim tíma. Þetta kann meðal annars að eiga við um svæðið framan við Ærfjall, þar sem jöklar ná nú saman, en engin leið er að ákvarða með nokkurri vissu hvaða landsvæði hafa horfið undir jökul frá landnámi. Þá hefur óbyggðanefnd komist að þeirri niðurstöðu, sbr. kafla 9.3., að þegar merki jarðar eru miðuð við jaðar jökuls og þeim því ekki lýst nema að takmörkuðu leyti í landamerkjabréfi beri að miða við stöðu jökuljaðarsins við gildistöku þjóðlendulaga 1. júlí 1998, sbr. 22. gr. þjóðll. Um réttarstöðu þess jökulsvæðis ofan Kvískerja sem til meðferðar er í máli þessu vísast til kafla 10.12.

Samkvæmt framangreindu var það niðurstaða óbyggðanefndar að land jarðarinnar Kvískerja, svo sem því væri lýst í úrskurðinum, að jökuljaðri, eins og hann var við gildistöku þjóðlendulaga 1. júlí 1998, teldist ekki til þjóðlendu í skilningi 1. gr., sbr. einnig a-lið 7. gr., laga nr. 58/1998. Hins vegar var það niðurstaða óbyggðanefndar að það landssvæði á milli Hrútárjökuls og Fjallsjökuls sem nefnt væri Ærfjall, svo sem það væri afmarkað af jökli við gildistöku laga nr. 58/1998, teldist til þjóðlendu í skilningi 1. gr., sbr. einnig a-lið 7. gr., laganna.

## II.

### *Vettvangsganga dómara 31. maí 2005*

Dómarar fóru á vettvang 31. maí 2005 ásamt lögmönnum aðila og Sigurði Björnssyni frá Kvískerjum. Ærfjall var skoðað frá þjóðvegi 1. Var dómurum bent á þróun jökla umhverfis fjallið og þeim bent á leiðir sem notaðar eru við upprekstur og göngur í fellinu. Þá voru austurmörk jarðarinnar Kvískerja skoðuð. Þegar gengið var á vettvang var gott veður, sólríkt og gott skyggni.

## III.

### *Málsástæður og lagarök stefnanda*

Stefnandi telur að óbyggðanefnd hafi ekki verið rétt að telja ofangreint landsvæði, Ærfjall, til þjóðlendu. Nefndin hafi komist hér að annarri niðurstöðu en almennt um land innan jarða í Árnes- og A-Skaftafellssýslu. Svo virðist sem nefndin

telji að hér eigi einhvers konar undantekningarsjónarmið við frá þeirri meginreglu að jarðir sem hafa þinglýst landamerki séu eignarland. Stefnandi mótmælir því að hér sé að finna þær aðstæður sem réttlæta undantekningu frá þeirri niðurstöðu og telur að umrætt svæði sé eignarland í ljósi þeirra þinglýstu skjala og eldri heimilda sem stefnandi hafi lagt fram. Stefnandi fellst heldur ekki á hvernig nefndin metur þau sönnunargögn er stefnandi hefur lagt fram fyrir eignatilkalli sínu. Þá telur stefnandi að nefndin taki ekki tillit til eignarréttarsjónarmiða á grundvelli hefðar og venju eða þess að stefnandi hefur greitt öll gjöld af þessu landi. Farið hafi verið með landsvæði þetta sem eignarland um aldir og ríkisvaldið hafi margsinnis viðurkennt fullkominn eignarrétt á því, m.a. með því að þinglýsa samningum um það og skattleggja það. Kveður stefnandi það einn megintilgang málsóknar sinnar að endurskoðað verði af dómstólum það mat óbyggðanefndar að leggja svo stranga sönnunarbyrði á hendur stefnanda um það land sem hér er deilt um.

Stefnandi vísar til 72. gr. stjórnarskrárinnar og 1. gr. 1. viðauka við mannréttindasáttmála Evrópu, sbr. lög nr. 62/1994. Telur stefnandi, m.a. með hliðsjón af dómum Hæstaréttar og Mannréttindadómstóls Evrópu, að ríkisvaldið hafi með einum eða öðrum hætti viðurkennt eignarrétt landeigenda að jörðum, t.d. með því að þinglýsa eignayfirfærsluskjölum athugasemdalaust um áratugaskeið, gera um þær samninga og skattleggja þær, og séu réttmætar væntingar landeigenda verndaðar af þessum ákvæðum. Stefnandi finnur að því að óbyggðanefnd hafi því engin skil gert hvort ákvæði mannréttindasáttmála Evrópu standi þjóðlendukröfu stefnda í vegi.

Stefnandi telur einnig að jafnræðisreglur og meðalhófsreglur stjórnsýslu og stjórnskipunarréttar leiði til þess að stefnandi þurfi ekki að leggja fram frekari sannanir fyrir eignarrétti sýnum en hann hafi gert. Verði ekki á það fallist sé lögð önnur og meiri sönnunarbyrði á stefnanda en aðra landeigendur í landinu. Slík mismunun sé andstæð stjórnarskrá og leiði því til sýknu.

Stefnandi vísar til almennra reglna um sönnun fyrir eignarrétti. Telur hann sig hafa sannað eignarrétt sinn að Ærfjalli með framlagningu heimildarskjala og landamerkjabréfs fyrir jörð sinni. Stefndi hafi sönnunarbyrðina fyrir því að landamerki jarðarinnar séu röng eða að innan hennar sé tvískiptur eignarréttur. Vafann um hvort land hafi verið numið í öndverðu eigi að meta landeiganda í vil, ef athugasemdalaugar landamerkjagjörðir, einkum ef þær fara ekki í bág við eldri heimildir, bendi til beins eignarréttar.

Stefnandi rekur aðdraganda, setningu og nánari fyrirmæli landamerkjagallanna nr. 5/1882 og síðan 41/1919 og þá ráðagerð löggjafans að framkvæmdavaldið hefði frumkvæði að því að gengið yrði frá landamerkjum jarða, þau skráð og leyst úr ágreiningi um þau ef hann væri fyrir hendi. Telur stefnandi að sú skoðun hafi virst óumdeild við setningu þessara laga að jarðeigandi ætti fullkominn eignarrétt innan

landamerkja jarðar sinnar. Vísar stefnandi þessu sjónarmiði til stuðnings til ákvæða Grágásar, reglna um veiði dýra og fiska og reglna um nýtingu vatnsréttinda. Stefnandi bendir á að landamerkjalyásingar þær sem gerðar hafi verið í kjölfar landamerkjalaganna 1882 hafi víða verið byggðar á eldri heimildum svo sem máldögum, lögfestum og eldri landamerkjabréfum. Þessum lýsingum hafi síðan verið gefið aukið vægi með þinglýsingu og eftirlitsskyldu valdsmanna sem stefnandi telur að leiði til þess að þarna verði til fullkomnar heimildir um landamerki og eignarrétt þinglýstra eigenda. Þess sé krafist að land sem í tugi ára hafi verið talið innan þinglýstra landamerkja jarðarinnar teljist eignarland. Telur stefnandi að óbyggðanefnd hafi fallist á þetta sjónarmið í úrlausnum sínum í meginatriðum.

Stefnandi rekur sögu reglna um hefð að íslenskum rétti og vísar til þess að reglur um hefð heimili eignarhefð lands sem er í opinberri eigu. Af þessu draga stefndu þá ályktun að því frekar hljóti að vera unnt að hefða land sem er engum eignarrétti háð. Í fyrri Landmannaafréttardómnum sé beinlínis gert ráð fyrir því að eignarhefð geti unnist á landi sem er afréttareign. Sama megi lesa úr 3. gr. laga nr. 58/1998. Telur stefnandi að sjónarmið um hefð styrki eignartilkall hans og vísar til dóma Hæstaréttar og fræðirita í því sambandi.

Að því er varðar landnámsmörk í Öræfum telur stefnandi að hið umdeilda svæði hafi verið numið í öndverðu. Telur hann það ekki samræmast meginreglum germansks réttar að umrætt land hafi verið í óskiptri sameign sem beutiland. Bendir hann á að hugmyndir um takmarkað landnám séu seinni tíma hugsmíð sem eigi sér enga stoð í sögulegum eða réttarlegum heimildum. Ærfjall hafi aldrei verið hulið jökli og hafi því verið mikilvægur hluti jarðarinnar alla tíð. Landið sé nú allt innan landamerkja jarðarinnar og hafi svo verið samkvæmt elstu heimildum.

Að því er varðar staðhætti og gróðurfar telur stefnandi ljóst að umrætt landsvæði hafi verið mun grónara við landnám og jökullinn verið miklu minni. Atriði eins og staðhættir, víðátta og gróðurfar ráði því ekki úrslitum og sé það í samræmi við niðurstöðu óbyggðanefndar í sambærilegum málum. Þá bendir stefnandi á að stór hluti umrædds lands sé á láglandi.

Stefnandi mótmælir fullyrðingum um að Ærfjall sé samnotaafréttur. Hér sé ekki um að ræða landsvæði sem nytjað sé af öllum hreppsþúum og lúti stjórn hreppsfélagsins svo sem gildi um slíka afrétti. Afréttir séu hér hvergi markaðir með sjálfstæðum landamerkjum. Engin afréttarmörk séu til á þessu svæði og enginn reki fé á land Kvískerja nema með leyfi landeigenda. Engar heimildir tali um að jörðin eigi afréttarland. Sú túlkun sem stefnandi leggur í orðið afréttur í þessu sambandi er að það merki beutiland jarðarinnar. Slík lönd séu hins vegar eignarlönd. Stefnandi vísar í þessu sambandi til reglna um fjallskil, sbr. 4. gr. laga um afréttarmálefni og fjallskil



nr. 6/1986, sbr. 52. gr. sömu laga, og bendir á að tilhögun fjallskila bendi til þess að um einkaland sé að ræða sem landeigendur smali sjálfir.

Stefnandi fjallar um ýmsa dóma Hæstaréttar varðandi skotveiðar og umfjöllun fræðimanna um þá. Telur hann þessa dóma ekki hafa þýðingu um úrslit málsins. Stefnandi telur kröfu sína byggjast á þinglýstum afsölum og eignayfirlýsingum 1. mars 1994 og 23. júní 2000 sem aftur byggist á eldri heimildum sbr. og veðbókarvottorð. Einnig sé vísað til þinglýstrar landamerkjaskrár fyrir jörðina Kvísker (Tvísker) 28. apríl 1890, þinglesin 5. maí 1890.

Stefnandi telur að samkvæmt ofangreindum heimildum hafi hann óskoraðan eignarrétt fyrir þessari eignarjörð með öllum gögnum og gæðum, m.a. á grundvelli hefðar. Eigendur jarðarinnar hafi farið með öll hefðbundin eignarréttindi jarðarinnar, sem m.a. hafi lýst sér í því að þeir hafi bannað öðrum not eignarinnar. Þá hafi þeir borgað af allri eigninni lögboðin gjöld, þ.m.t eignarskatta. Stefnandi byggir einnig á því að ríkisvaldið hafi í aldanna rás margsinnis viðurkennt að umrætt land, innan ofangreindra landamerkja, væri undirorpið fullkomnum eignarrétti, og aldrei haldið öðru fram. Hafi ríkisvaldið nokkru sinni getað haft uppi véfengingarkröfu á hendur eigendum Kvískerja, þá sé ljóst að hún sé löngu niður fallin vegna fyrningar og tómlætis. Hafi öllum heimildarskjölum eigenda jarðarinnar verið þinglýst athugasemdalaust. Það væri því fráleit niðurstaða að undanskilja Ærfjall frá jörðinni Kvískerjum sem óumdeilanlega sé innan merkja jarðarinnar.

Stefnandi kveður varakröfu sína byggja á sömu sjónarmiðum og aðalkrafan. Ekki þurfi annað en vísa til nafnsins Ærfjalls til að sanna að þar sé um beitiland að ræða sem nýtt hafi verið frá ómunatíð. Niðurstaða óbyggðanefndar, þess efnis að hafna afréttareign Kvískerja á svæðinu, sé algerlega óskiljanleg og fari gegn öllum heimildum, venjum og dómaframkvæmd.

Stefnandi gerir ýmsar athugasemdir við úrskurð óbyggðanefndar sem falla í meginatriðum saman við framanlýstar málsástæður og lagarök hans. Í þessum athugasemdum kemur m.a. fram að stefnandi efist um að framsal löggjafans til stjórnvalda á valdi, til að skera úr um það hvaða land skuli undirorpið eignarrétti ríkisvaldsins og hvað skuli skilið eftir handa raunverulegum eigendum landsins, standist stjórnarskrá. Þá vísar stefnandi til tilgangs laga nr. 58/1998, svo 1. gr. laganna og áréttar að stefndi eigi að bera sönnunarbyrðina fyrir því að umrætt svæði sé ekki eignarland. Þá telur stefnandi að almenn umfjöllun óbyggðanefndar um hefð og þýðingu hefðar við úrlausn þjóðlendumála hefði átt að leiða til þess að fallist væri á að Ærfjall teldist eignarland.

## IV.

*Málsástæður og lagarök stefnda*

Í greinargerð stefnda kemur fram að við kröfugerð um þjóðlendumörk í Öræfum hafi að meginstefnu til verið byggt á því að mörk eignarlanda á kröfusvæðinu væru þau sömu og landnámsmörk. Utan þjóðlendulínu hafi verið eignarlönd sem voru numin til eignar, en innan þjóðlendulínu þjóðlendir. Þar sem landnámsmörk hafi einungis verið greind í vestri og austri, hafi verið óvissa um mörk landnáms til landsins. Í því sambandi hafi það verið talið skipta meginmáli að samkvæmt gildandi rétti yrði landeigandi að sanna eignarheimildir sínar. Það væri því hans að sanna að nám, raunveruleg og eðlileg nýting tiltekinnar jarðar eða önnur atriði, hefðu tekið til stærra svæðis, en kröfulína ríkisins tæki til. Þetta hafi stefnanda þessa máls ekki tekist að gera hvað kröfusvæði þessa máls varðar.

Stefndi byggir á því að nema hafi þurft land til eignar til þess að grundvalla beinan eignarrétt. Í samræmi við það byggir stefndi svo á því að ef land hafi ekki verið numið í öndverðu, heldur einungis tekið til takmarkaðrar notkunar, eins og sumarbeitar sauðfjár, þá hafi það ekki grundvallað beinan eignarrétt. Ærfellið sé ekki landfræðilega tengt Kvískerjajörðinni og því sé útilokað að fjallið hafi getað verið innan upphaflegs landnáms. Sömuleiðis sé ekkert að finna í orðalagi landamerkjabréfs um að Ærfellið sé innan merkjanna. Í sumum tilvikum, eins og um Hoffellslambatungur í Nesjum, sé sagt í landamerkjabréfi að viðkomandi svæði fylgi og það hefði verið auðvelt að skrá land jarðarinnar þannig, ef meiningin væri að telja sér eignarrétt inn fyrir jökul.

Stefndi vísar til þess að eystri mörk jarðarinnar séu viðmiðunarlína sem þess vegna geti náð að jökli án þess að það sé sagt berum orðum, þar sem Fjallsjökull og Hrutárjökull komi saman (að Miðaftanstindur í Breiðamerkurfjalli beri í skarð í Eyðnatindi). Vesturmörkin milli Hnappavalla og Kvískerja séu mörkin um Kvía. Austur og vestur mörk jarðarinnar komi þannig í jökul. Ekki séu nein landamörk skráð til fjalla. Spurningin sé þá hvort jörðinni tilheyrir land að fjöllum, upp á fjöllin eða jafnvel efst á Öræfajökul. Einfalt hefði verið að orða það í landamerkjalytingu hefði það verið ætlunin. Verði að ætla að landeigandi verði að bera halla af svona óvandaðri lýsingu, enda hvíli sönnunarbyrði um eignarrétt á þeim sem haldi honum fram.

Stefndi telur að sá jökuljaðar, sem eigendur jarðarinnar Kvískerja gætu hafa horft til, þegar þeir lýstu merkjum í jökul 1890 hafi gengið til baka. Land sem þá hafi verið hulið jökli sé því jökullaust nú. Sá jökuljaðar sem líkur séu á að landnám hafi miðast við hafi hins vegar síðar gengið fram. Land sem nú sé hulið jökli hafi því verið jökullaust á þeim tíma. Þetta kunni meðal annars að eiga við um svæðið framan við Ærfjall þar sem jöklar nái saman nú, en engin leið sé að ákvarða neitt um þetta með vissu. Þó liggi fyrir að þegar eigendur Kvískerja kölluðu til landréttar 1890 eftir

lögtöku landamerkjálaga hafi þeir ekki gert kröfu, nema til þess jökuljaðars, sem þá var og á þeim tíma hafi verið langt að fara yfir jökul að Ærfjalli.

Stefndi vísar til þess að kröfulýsing hans fyrir óbyggðanefnd hafi miðast við að innan eignarlands væri það land, sem talist gæti í heilsársnotum með tilliti til staðháttá, gróðurfars og hæðar yfir sjó. Í þessu sambandi bendir hann á að Ærfjallið sé í engri notkun nú og hafi aldrei verið nýtt á sama hátt og aðrir hlutar Kvískerjajarðarinnar. Fjallið muni nálægt því að vera hálfgróið af mosa og lyngi.

Stefndi bendir á nýggenginn dóm Hæstaréttar í máli nr. 48/2004 til stuðnings því að land í mikilli hæð yfir sjó og illa gróið sé ólíklegt til að vera eignarland. Þá telur hann að fram komi í dóminum staðfesting á því sjónarmiði hans að leggja beri sönnunarbyrðina á þá sem kalli til eignarréttar yfir landi.

Stefndi vísar til þjóðlendlaga nr. 58/1998, laga um afréttarmálefni og fjallskil nr. 6/1986 og landamerkjálaga nr. 41/1919 og eldri laga frá 1882 til stuðnings kröfum sínum.

## V.

### *Niðurstæða*

Að áliti dómsins er ekkert komið fram sem gefur tilefni til þess að efast um stjórnskipulegt gildi laga nr. 58/1998, svo sem stefnandi hefur látið liggja að. Þá fellst dómurinn ekki á að málsmeðferð óbyggðanefndar hafi verið ábótavant með einhverjum hætti. Kemur því til skoðunar sú efnislega niðurstæða óbyggðanefndar að telja landssvæði það á milli Hrutárjökuls og Fjallsjökuls sem nefnt er Ærfjall, svo sem það afmarkast af jökli 1. júlí 1998, til þjóðlendu samkvæmt 1. gr. laga nr. 58/1998.

Stefnandi gerir jafnframt kröfu til þess að viðurkennt verði að Ærfjall sé eignarland hans.

Í landamerkjabréfi jarðarinnar Kvískerja frá 1890 er norðurmörkum jarðarinnar að jökli ekki lýst sérstaklega. Ástæðan er eflaust sú að jökullinn hefur afmarkað það land, sem máli skipti, með svo augljósum hætti að ekki var talið þurfa umfjöllunar við. Í skýrslutöku við aðalmeðferð fyrir óbyggðanefnd sagði Sigurður Björnsson, Kvískerjum, að jökullinn hafi ráðið landinu til fjalls, hvort sem hann hefur hopað eða gengið fram. Jöklar ná enn saman framan við Ærfjall enda þótt ljóst sé að þeir hafa hopað frá því að landamerkjabréfið var gert.

Eins og fram er komið vísar óbyggðanefnd til þess í úrskurði sínum að Ærfjall sé ekki nefnt í landamerkjabréfi Kvískerja frá 1890. Tekið er fram að á þeim tíma hafi Ærfjall staðið upp úr jökli og fyllsta ástæða til að láta um það getið, ef menn töldu þar til réttinda. Með hliðsjón af dómi Hæstaréttar 21. október 2004 í máli nr. 48/2004 er ljóst að það hefur verulega þýðingu í eignarréttalegu tilliti hvort landsvæði telst vera innan landamerkja jarðar þótt það nægi ekki eitt og sér til að sanna beinan eignarrétt

að landssvæði. Er á það fallist með óbyggðanefnd að krafa stefnanda um að merki jarðarinnar Kvískerja og beinn eignarréttur nái til Ærfjalls geti ekki stuðst við lýsingu landamerkjabréfsins. Er einnig fallist á það með óbyggðanefnd að stefnandi hafi ekki sýnt fram á að Ærfjall sé eignarland, hvorki fyrir nám, löggerninga né með öðrum hætti. Eins og notkun landsins hefur verið háttað hefur heldur ekki verið sýnt fram á að eignarhefð hafi verið unnin á því. Er því fallist á þá niðurstöðu óbyggðanefndar að Ærfjall sé þjóðlenda. Þá verður ekki talið að sýnt hafi verið fram á í málinu að Ærfjall sé afréttareign stefnanda, enda hefur nýting þess sem beitarlands verið stopul og rýr.

Samkvæmt framangreindu verður stefndi sýknaður af kröfum stefnanda í málinu, en rétt þykir málskostnaður falli niður.

Af hálfu stefnanda flutti málið Ólafur Björnsson hrl.

Af hálfu stefnda flutti málið Ólafur Sigurgeirsson hrl.

Dóm þennan kveða upp héraðsdómararnir Eggert Óskarsson, sem dómsformaður, og Hervör Þorvaldsdóttir.

## D Ó M S O R Ð

Stefndi, íslenska ríkið, skal vera sýkn af kröfum stefnanda, Kvískerja ehf. í máli þessu.

Málskostnaður fellur niður.

Eggert Óskarsson

Hervör Þorvaldsdóttir.

### Sératkvæði Skúla Magnússonar héraðsdómara

Ég er samþykkur lýsingu meirihluta dómara á kröfugerð málsaðila, málsatvikum, málsástæðum og lagarökum aðila. Þá er ég sammála niðurstöðu meirihlutans um stjórnskipulegt gildi laga nr. 58/1998 svo og lögmæti málsmeðferðar óbyggðanefndar. Ég er hins vegar ósammála niðurstöðu meirihluta dómsins um efnislegt réttmæti úrskurðar óbyggðanefndar af þeim ástæðum sem nú greinir.

Eins og fram kemur í lýsingu óbyggðanefndar á staðháttum og gróðurfari í Örafum má ganga út frá því að jöklar hafi verið mun minni við landnám en þeir eru nú. Að virtum staðháttum við Ærfjall tel ég óhætt að leggja til grundvallar að á landnámsöld hafi Ærfjall ekki verið umlukið jöklum, svo sem síðar varð, og hafi því á þessum tíma ekki verið um skýr landfræðileg skil að ræða milli heimalands Kvískerja

og beitolands jarðarinnar í fjallinu. Eru umræddir staðhættir að mínu mati þannig ekki ósambærilegir staðháttum við Breiðamerkurfjall og Hafrafell, sem bæði voru umlukin jöklum allt þar til á síðastliðinni öld, svo sem nánar er lýst í úrskurði óbyggðanefndar. Hæð svæðisins, gróðurfar og nýtingarmöguleikar eru einnig sambærilegir áðurgreindum svæðum, enda þótt ljóst sé að beitarþol Ærfjalls er mun minna en Breiðamerkurfjalls og Hafrafells. Þá bendir nafn fjallsins til þess að það hafi snemma verið nýtt til beitar, enda þótt verulegar líkur séu til að nýting fjallsins hafi lagst niður um langt skeið, líkt og heimildir benda raunar einnig til að hafi gerst um beit í Hafrafelli. Að lokum horfir framburður Sigurðar Björnssonar frá Kvískerjum til þess að ekki síðar en á 20. öld hafi verið farið að nýta Ærfjall að nýju til beitar.

Ég tel að fallast megi á það með óbyggðanefnd að ganga megi út frá því að land hafi almennt verið numið í Öræfum frá sjávarmáli svo langt til fjalls sem beitoland náði. Sömuleiðis tel að miða megi við að í héraðinu hafi land almennt verið numið frá sjávarmáli allt að jökulbrún, eins og hún var á þeim tíma. Eins og áður greinir verður að leggja til grundvallar að Ærfjall hafi ekki verið umlukið jöklum við landnám auk þess sem gera má ráð fyrir að gróðurþekja þar hafi verið meiri en síðar gerðist. Samkvæmt þessu tel ég allar líkur á að Ærfjall hafi verið numið í öndverðu líkt og önnur beitolönd í Öræfum, t.d. Hafrafell og Breiðamerkurfjall. Sömuleiðis verður að miða við að þetta svæði hafi almennt verið nýtt eftir því sem efni stóðu til á hverjum tíma. Gildir þá einu þótt nýting hafi fallið niður á tilteknum tímabilum vegna versnandi tíðafars og erfiðleika við að nálgast svæðið vegna framskriðs jökla. Tel ég að skýra verði heimildir um merki jarðarinnar Kvískerja í þessu ljósi.

Eins og nánar greinir í úrskurði óbyggðanefndar er ekki sérstaklega tekið fram í landamerkjabréfi jarðarinnar 1890 hvar norðurmörk jarðarinnar að jökli eru. Í lýsingu fasteignamatsnefndar árið 1916 segir hins vegar að beitoland jarðarinnar sé „víðlent fjalllendi“ og getur þar meðal annars verið vísað til Ærfjalls án þess að um það verði fullyrt. Ég tel að hafa beri í huga að skortur á nákvæmri lýsingu landamerkja að jökli er fremur regla en undantekning í þeim heimildum um landamerki jarða í Öræfum sem raktar eru í úrskurði óbyggðanefndar. Er ástæðan vafalaust sú að jökull hefur verið talinn afmarka jarðir með svo augljósum hætti að ekki var talin þörf á sérstakri umfjöllunar í landamerkjabréfum. Þá voru merki að þessu leyti undantekningalaust ágreiningslaus og því takmörkuð þörf á því að festa þau í landamerkjabréf. Samkvæmt þessu er orðalag landamerkjabréfisins 1890 ekki nægilegur grundvöllur fyrir þeirri ályktun að við gerð bréfsins hafi verið litið svo á að Ærfjall væri utan merkja jarðarinnar. Til hliðsjónar má nefna að í umfjöllun sinni um Skaftafellstorfunnar miðar óbyggðanefnd við að Hafrafell sé innan landamerkja jarðarinnar samkvæmt landamerkjabréfi hennar frá 1890, enda þótt bréfið látið alfarið ósagt um Hafrafell sem ljóst er að var umlukið jökli þegar bréfið var gert.

Samkvæmt framangreindu taka hvorki landamerkjabréf Kvískerja né aðrar heimildir af tvímæli um hvort Ærfjall hafi verið talinn hluti jarðarinnar 1890 eða ekki. Þegar merkjum jarðarinnar til norðurs er slegið föstum verður því að fyrst og fremst að líta til staðháttar, gróðurfars og eðlis máls. Með þessi atriði í huga er það álit mitt að við gerð landamerkjabréfsins árið 1890 hafi það verið talið svo sjálfsagt að Ærfjall væri innan merkja jarðarinnar að ekki þyrfti sérstaka umfjöllun við. Svipar atvikum að þessu leyti til landamerkjabréfs Skaftafells árið 1890 að því er varðar Hafrafell. Við þetta bætist að hér um að ræða beitarland með tiltölulega lítið beitarþol sem enginn önnur jörð gerði tilkall til og því engin sérstök þörf á því að nefna Ærfjall sérstaklega. Samkvæmt framangreindu tel ég að leggja eigi til grundvallar að Ærfjall sé innan marka Kvískerja, eins og þeim er lýst í landamerkjabréfi jarðarinnar 1890.

Í samræmi við dóm Hæstaréttar 21. október 2004 í máli nr. 48/2004 verður að líta svo á að umrætt landamerkjabréf Kvískerja 1890 nægi ekki eitt og sér til að sanna beinan eignarrétt að umræddu landssvæði. Eins og áður segir tel ég hins vegar þegar leitt í ljós að umrætt svæði sé innan upphaflegs landnáms í Örafum og mæli staðhættir, gróðurfur og nýtingarmöguleikar þannig ekki gegn einkaeignarétti á svæðinu. Enda þótt fyrir liggi að nýting Ærfjalls hafi legið niðri um langt skeið getur það ekki sjálfkrafa leitt til þess að eignarréttur teljist hafa fallið niður á svæðinu. Verður því ekki talið að staðhættir, gróðurfur og nýtingarmöguleikar útiloki eignarrétt stefnanda að umræddu landssvæði.

Ég tel gögn málsins benda eindregið til að eigendur Kvískerja hafi um langt skeið litið á umrætt svæði sem sína eign og farið með það sem slíkt án athugasemda annarra. Verður ekki séð að eignarréttur Kvískerja að því svæði sem hér um ræðir hafi verið dreginn í efa fyrr en með kröfugerð íslenska ríkisins í árslok 2000 sem sett var fram á grundvelli laga nr. 58/1998. Með hliðsjón af því sem að framan greinir um landamerki jarðarinnar Kvískerja tel ég að eigendur jarðarinnar hafi þannig haft réttmætar væntingar um eignarétt sinn að Ærfjalli. Það er álit mitt að þessar væntingar njóti verndar 72. gr. stjórnarskrár Lýðveldisins Íslands, eins og þeirri grein var breytt með 10. gr. stjórnarskipunarlaga nr. 97/1992, sbr. einnig 1. gr. 1. viðauka mannréttindasáttmála Evrópu sem lögfestur var með samnefndum lögum nr. 62/1994. Verður stefnandi ekki sviptur þeim fjárhagslegu hagsmunum sem felast í slíkum réttmætum væntingum nema að uppfylltum þeim skilyrðum sem nánar greinir í umræddum eignarréttarákvæðum.

Athugasemdir við það frumvarp sem varð að lögum nr. 58/1998 bera skýrlega með sér að það hafi ekki verið ætlun löggjafans að svipta landeigendur eignarheimildum sem þeir hafa aflað og notið athugasemdalaust um aldalangt skeið, með því að gera þeim að sýna fram á órofnu sögu eignarréttar þeirra frá landnámi og láta þá bera hallann af vafa um þetta efni. Samkvæmt þessu og með hliðsjón af

framangreindum ákvæðum um vernd eignarréttarins verða lög nr. 58/1998 ekki skýrð á þá leið að stefnandi þurfi að sýna frekar fram á, en þegar hefur verið gert, að umrætt landssvæði sé eignarland hans og þar með utan þjóðlendu. Víkur þá næst að nánari afmörkun Ærfjallslandsins gagnvart jökulbrún.

Að virtum gögnum málsins, þar á meðal kröfugerð landeigenda fyrir óbyggðanefnd, tel ég að sú regla hafi löngum verið viðurkennd í Örafum að mörk jarða til jökuls miðuðust við jökulbrún, eins og hún væri á hverjum tíma. Hefur þannig verið litið svo á að sambærileg regla gildi um mörk jarða til jökuls og til sjávar, þ.e. að land gæti aukist eða minnkað eftir ágangi jökuls. Er ekki komið fram í málinu að umrædd afmörkun hafi valdið ágreiningi á svæðinu, sé óskýr eða óhaganleg með einhverjum hætti. Samkvæmt framangreindu tel ég að leggja verði til grundvallar að landeigendur í Örafum hafi almennt haft réttmæta ástæðu til að ætla að þeir ættu land allt að jökulbrún, eins og hún væri á hverjum tíma, þegar landamerki jarða þeirra afmörkuðust af jökli.

Ég tel þá niðurstöðu óbyggðanefndar, að miða þjóðlendulínu við jökulbrún við gildistöku laga nr. 58/1998 hinn 1. júlí 1998, hvorki fá stoð í heimildum um landnám í Örafum, sögu einstakra jarða né almennum eða staðbundnum réttarreglum um fasteignir og endimörk þeirra. Ég bendi á í þessu sambandi að hér er um að ræða skýringu á lögum nr. 58/1998, sem skerðir réttmætar væntingar landeigenda um endimörk eignarlands, án þess að slíkri skýringu verði þó fundin stoð í ákvæðum laganna eða lögskýringagögnum. Með hliðsjón af framangreindum ákvæðum stjórnarskrár og mannréttindasáttmála Evrópu um vernd eignarréttarins kemur slík lögskýring auk þess ekki til greina.

Með hliðsjón af þeim tilgangi laga nr. 58/1998 að svipta landeigendur ekki eignarheimildum sem þeir hafa aflað og notið athugasemdalaust um aldalangt skeið, tel ég óhjákvæmilegt að líta til réttmætra væntinga landeigenda við afmörkun lands að jökulbrún. Eins og áður greinir fá þessar væntingar stoð í athugasemdalausri venju um mörk jarða á umræddu svæði og sýnist sú venja jafnramt fela í sér sanngjarna og haganlega réttarreglu um þetta atriði. Þá samrýmist venjan þeim rökum sem réttarreglur um endimörk sjávarjarða til hafsins hvíla á. Að mínu mati er því fullnægt skilyrðum til að leggja umrædda venju til grundvallar um þetta atriði málsins. Tel ég að miða eigi mörk eignarlands stefnanda í Ærfjalli og þjóðlendu samkvæmt þessu við jökulbrún, eins og hún er á hverjum tíma.

Samkvæmt framangreindu tel ég að fallast eigi á kröfu stefnanda um að úrskurður óbyggðanefndar nr. 1/2001 verði felldur úr gildi að því leyti sem hann kveður á um að landsvæði það á milli Hrutárjökuls og Fjallsjökuls sem nefnt er Ærfjall, svo sem það er afmarkað af jökli við gildistöku þjóðlendulaga, teljist þjóðlenda. Með vísan til 19. gr. laga nr. 58/1998 tel ég jafnframt að taka eigi til greina

kröfu stefnanda um viðurkenningu á því að Ærfjall, eins og það afmarkast af jökli á hverjum tíma, sé eignarland hans. Að lokum tel ég að rétt að dæma stefnda til að greiða stefnanda, sem hefur ekki fengið leyfi til gjafsóknar, málskostnað. Í ljósi úrslita málsins tel ég ekki ástæðu til að tjá mig um fjárhæð þess kostnaðar.

Skúli Magnússon.

Rétt endurrit staðfestir,  
Héraðsdómi Reykjavíkur, 26. júlí 2005.  
Greitt:



**ENDURRIT  
ÚR  
DÓMABÓK HÉRAÐSDÓMS  
AUSTURLANDS**

**Mál nr. E-283/2004**

Kvísker ehf.

gegn

íslenska ríkinu

**Dómur 26. júlí 2005**

**EÓ/SM/HP/ómú**