

Ár 2005, föstudaginn 1. júlí, er á dómþingi Héraðsdóms Reykjaness í málinu nr. E-1517/2004:

Íslenska ríkið
(Ólafur Sigurgeirsson hrl.)
gegn
Sameigendafélagi Fells og
Einari Birni Einarssyni
(Reynir Karlsson hrl.)
og gagnsök

kveðinn upp svohljóðandi

d ó m u r :

Mál þetta var dómtekið 28. f.m.

Aðalstefnandi er íslenska ríkið.

Gagnstefnendur eru Sameigendafélag Fells, Kópavogsbraut 87 í Kópavogi, og Einar Björn Einarsson, Kirkjubraut 7 á Höfn.

Í aðalsök, sem höfðuð var 25. maí 2004, gerir aðalstefnandi þá kröfu að hluti af úrskurði óbyggðanefndar frá 14. nóvember 2003 í málinu nr. 2/2001 um mörk þjóðlendu og eignarlands jarðarinnar Fells í Suðursveit í Hornafirði verði felldur úr gildi. Þá er þess krafist að eftirfarandi lína verði viðurkennd sem mörk þjóðlendu og eignarlands jarðarinnar Fells, í samræmi við framlagðan uppdrátt: „Frá vesturmörkum jarðarinnar Reynivalla í jökuljaðri Vatnajökuls, sem er punktur A. Frá þessum punkti er fylgt landamerkjum Fells vestan Reynivalla í punkt B er þar sem lína úr punkti á Staðarfjallstindi (928m) í Staðarfjalli liggur í punkt í Breiðamerkurjökli við Þröng vestan Fellsfjalls, punktur C. Frá þessum hornpunkti er dregin bein lína niður í sjó og verður punkturinn við ströndina punktur D [...]. Ákvarðist land norðan og vestan markalínunnar þjóðlenda, en sunnan og austan eignarland jarðarinnar Fells.“ Þá er krafist málskostnaðar úr hendi gagnstefnenda.

Gagnstefnendur gera þá kröfu í aðalsök að kröfum aðalstefnanda verði hafnað. Þá krefjast þeir málskostnaðar úr hendi aðalstefnanda eins og málið væri ekki gjafsóknarmál, en gagnstefnendum var veitt gjafsókn með bréfi dómsmálaráðuneytisins 11. f.m.

Gagnsök var höfðuð 21. júlí 2004. Í gagnstefnu gera gagnstefnendur þá kröfu að hluti af úrskurði óbyggðanefndar frá 14. nóvember 2003 í málinu nr. 2/2001 um mörk þjóðlendu og eignarlands jarðarinnar Fells í Suðursveit í Hornafirði verði felldur úr gildi. Krefjast gagnstefnendur þess að eftirfarandi lína verði viðurkennd sem mörk þjóðlendu og eignarlands jarðarinnar Fells, í samræmi við framlagðan uppdrátt: „Varða hlaðin í fjörunni vestan við hornið á Nýgræðunum (P1) og þaðan í Kaplaklif í Mávabyggðum (P2), þaðan í Tjaldmýri í Esjufjöllum (P3), þaðan í urðarrana austast í Esjufjöllum (P4), þaðan í Snæfell (P5), þaðan efst í Þverártindsegg í 1554 metra hæð (P6), eftir Þverártindsegg í punkt í 1115 metra hæð (P7), þaðan efst í Fellsárgljúfur (P8) og eftir því í Fellsfoss (P9) og þaðan beint í fjöru (P10), en lína þessi markast af því er Fellsárfoss ber í mitt skarðið á Hrollaugshólum séð úr fjöru. Við fjöruborð ráði hafið.“ Þá krefjast gagnstefnendur málskostnaðar úr hendi aðalstefnanda án tillits til gjafsóknar, sem þeim hefur verið veitt.

Aðalstefnandi gerir þá kröfu í gagnsök „að úrskurður óbyggðanefndar frá 14. nóvember 2003 í málinu nr. 2/2001 verði ekki ógiltur hvað varðar þann hluta kröfusvæðisins sem kröfur í gagnsök taka til“. Þá er krafist málskostnaðar úr hendi gagnstefnanda.

Dómari gekk á vettvang ásamt lögmönnum aðila 14. mars sl.

I.

Með lögum nr. 58/1998 um þjóðlendu og ákvörðun marka eignarlanda, þjóðlendna og afrétta var í fyrsta sinn mælt í almennri löggjöf fyrir um eignarréttarlega stöðu lands utan eignarlanda og stjórnslu þar. Hafa lögin að geyma ítarlegar reglur um það með hvaða hætti skuli skorið úr um eignarrétt að svæðum utan eignarlanda, en það er landsvæði sem er háð einkaeignarrétti þannig að eigandi landsins fer með öll venjuleg eignarráð yfir því innan þeirra marka sem lög segja til um á hverjum tíma, sbr. 1. gr. laganna. Annað grundvallarhugtak samkvæmt greininni er þjóðlenda, sem þar er skilgreint sem landsvæði utan eignarlanda þó að einstaklingar eða lögaðilar kunni að eiga þar takmörkuð eignarréttindi. Eru lögin á því reist að landinu verði skipt í eignarlönd annars vegar og þjóðlendu hins vegar. Loks er afréttur skilgreindur í 1. gr. laganna sem landsvæði utan byggðar sem að staðaldri

hefur verið notað til sumarbeitar fyrir búfé. Í athugasemdum sem fylgdu frumvarpi því er varð að lögum nr. 58/1998 kemur fram að hugtakið afréttur verði ekki notað sem lýsing á ákveðnu eignarformi lands, heldur afnotaréttindum, til dæmis beitarafnotum. Í 1. mgr. 2. gr. laganna er síðan tekið af skarið um það að íslenska ríkið sé eigandi lands og hvers konar landsréttinda og hlunninda í þjóðlendum sem ekki eru háð einkaeignarrétti.

Með III. kafla laga nr. 58/1998 var komið á fót óbyggðanefnd, en hún er stjórnisýslunefnd þriggja manna sem forsætisráðherra skipar. Skal hún samkvæmt lögnum eiga frumkvæði að því að skera með skipulegum hætti úr um eignarrétt á einstökum svæðum landsins. Er hlutverk hennar skilgreint svo í 7. gr. laganna að hún skuli kanna og skera úr um hvaða land telst til þjóðlendna og hver séu mörk þeirra og eignarlanda, skera úr um mörk þess hluta þjóðlendu sem nýttur er sem afréttur og úrskurða um eignarréttindi innan þjóðlendna. Verður úrlausnum óbyggðanefndar ekki skotið til ráðherra sem æðra stjórnvalds, sbr. 1. mgr. 14. gr. laganna. Samkvæmt 19. gr. þeirra getur hins vegar sá sem ekki vill una úrskurði nefndarinnar lagt til úrlausnar dómstóla hverja þá kröfu sem gerð hefur verið fyrir henni.

II.

Í stefnu er greint frá því að í byrjun síðustu aldar hafi orðið mikil umræða hér á landi um rétt aðalstefnanda til landa utan eignarlanda lögbýla og þá aðallega með tilliti til vatnsréttinda. Hafi menn skipst í tvo hópa, þar sem annar hafi talið afréttareigendur eiga beinan eignarrétt að afréttarlandinu, en hinn að ríkið og íslenska þjóðin ættu þennan rétt og afréttareigendur eingöngu óbeinan eignarrétt eða nýtingarrétt. Ríkið ætti allan rétt í almenningum. Þáttaskil hafi orðið í þessum deilumálum með uppkvaðningu tveggja dóma Hæstaréttar á árunum 1955 og 1981, sbr. dómur réttarins í dómasafni 1955, bls. 108, og dómur í dómasafni 1981, bls. 1584. Seinna málið hafi íslenska ríkið höfðað til viðurkenningar á beinum eignarrétti sínum að svonefndum Landmannaafrétti. Hafi það mál verið rökrétt framhald fyrra málsins, þar sem hafnað hafi verið kröfu sveitarfélags um viðurkenningu á beinum eignarrétti þess að sama afrétti. Niðurstaða Hæstaréttar í seinna málinu hafi orðið sú að íslenska ríkinu hefði ekki tekist að sýna fram á beinan eignarrétt sinn. Hins vegar verði að telja „að handhafar ríkisvalds, sem til þess eru bærir, geti í skjóli valdheimilda sinna sett reglur um meðferð og nýtingu landsvæðis þess, sem hér er um að ræða“. Nokkur bið hafi orðið á því að slíkar reglur yrðu settar og hafi það ekki gerst fyrr en 1. júlí 1998, en þá hafi lög nr. 58/1998 um þjóðlendur og ákvörðun

marka eignarlanda, þjóðlendna og afrétta öðlast gildi. Um undirbúning og aðdraganda að setningu þeirra laga sé ítarlega fjallað í athugasemdum með frumvarpi til þeirra. Þar komi meðal annars fram að ekki verði lögfestar sérstakar sönnunarreglur eða lagaskilyrði fyrir því að land teljist eignarland í merkingu laganna, heldur ráðist það af almennum sönnunarreglum og réttarheimildum, sem færðar verði fram í hverju tilviki. Sé þetta reyndar sama niðurstaða og áður hafi verið viðurkennd við aðra lagasmíð, svo sem vatnalög og lög um afréttarmál. Samkvæmt framansögðu hafi það verið samdóma álit manna um langan tíma að ekki væri hægt að ákveða annað í lögum varðandi eignarhald að landi, en að það land, sem enginn gæti sannað beinan eignarrétt að, væri þjóðareign. Eftir gildistöku laga nr. 58/1998 heiti það land þjóðlenda.

III.

Með bréfi 13. júlí 2000 tilkynnti óbyggðanefnd fjármálaráðherra þá ákvörðun sína að taka til meðferðar Sveitarfélagið Hornafjörð, sbr. 8. gr. og 1. mgr. 10. gr. laga nr. 58/1998. Í júlí 2001 tilkynnti nefndin síðan að ákveðið hefði verið að fjalla um svæðið í fimm aðskildum málum. Eitt þessara fimm mála var mál nr. 2/2001, sem nefndin gaf heitið „Suðursveit í sveitarfélaginu Hornafirði, hvort og þá hvaða land teljist til þjóðlendna, hver séu mörk þjóðlendu við eignarland, hvaða hluti þjóðlendu sé nýttur sem afréttur og hver séu eignarréttindi innan þjóðlendu.“ Afmarkast það svæði sem hér um ræðir til vesturs af Örafum, þar sem áður voru hreppamörk, og til austurs af Mýrum, þar sem einnig voru hreppamörk áður. Framangreind viðmiðun til vesturs endar við jaðar Breiðamerkurjökuls. Þaðan er dregin lína í punkt í Mávabyggðum í Vatnajökli og síðan áfram í norður, hornrétt á línu á Vatnajökli sem liggur á milli Svíahnúks eystri og til austurs í miðja Breiðubungu, en hún er hluti þeirrar markalínu á jöklinum sem samvinnunefnd um svæðisskipulag miðhálandis Íslands hefur notað við vinnu sína. Til suðurs afmarkast svæðið með hafinu. Er ekki þörf á því að gefa hér frekari lýsingu á afmörkun þess svæðis sem þetta tiltekna mál tók til. Óbyggðanefnd kvað upp úrskurð sinn í því 14. nóvember 2003. Hefur mál þetta verið höfðað til að fá þeim úrskurði hnekkt að því er tekur til niðurstöðu nefndarinnar um mörk þjóðlendu og eignarlands vestast á svæðinu og svo sem dómkröfur samkvæmt stefnu og gagnstefnu fela nánar í sér. Fyrir óbyggðanefnd gerðu málsaðilar þessar sömu kröfur. Í kröfu aðalstefnanda felst að mörk þjóðlendu og eignarlands liggi langt innan marka þess landsvæðis sem gagnstefnendur telja vera undirorpið beinum eignarrétti sínum. Hins vegar er innan þessa svæðis viðurkenndur

afréttarréttur í Veðurárdal fremri í samræmi við heimildir úr jarðabók Ísleifs Einarssonar 1709 og rekaréttur frá fjörumörkum Breiðármerkurfjöru og svo langt austur sem vinnst í samræmi við heimildir úr vísitasíu Jóns Vídalín 1706. Í úrskurði óbyggðanefndar var fallist á kröfur gagnstefnenda um austur- og vesturmörk jarðarinnar Fells og við sjó í suðri, en ekki á kröfu þeirra um norðurmörk jarðarinnar inn til landsins. Voru norðurmörk jarðarinnar samkvæmt úrskurðinum miðuð við stöðu jökulrandarinnar við gildistöku Þjóðlendulaga 1. júlí 1998.

Gagnstefnandi, Sameigendafélag Fells, er félag sem 30 eigendur jarðarinnar Fells stofnuðu á sínum tíma og sem samkvæmt sameignarsamningi er ætlað að gæta hagsmuna eigenda í samskiptum við aðra aðila, opinbera jafnt sem einkaaðila, að því er málefni jarðarinnar og sameignarinnar um hana varðar. Hefur aðild félagsins að dómsmáli um þessa hagsmuni verið viðurkennd, sbr. dómur Hæstaréttar í máli nr. 167/1998, sem birtur er í dómasafni réttarins það ár á bls. 4262. Er jörðin að 89,6417 hundraðshlutum í eigu þeirra einstaklinga sem aðild eiga að sameigendafélaginu. Sá eignarhlutur sem eftir stendur er í eigu gagnstefnanda Einars Björns.

IV.

Í stefnu er fyrst að því vikið, að lokinni umfjöllun um almenn atriði og undanfara málssóknar, að jörðin Fell hafi verið innan landnáms Hrollaugs Rögnvaldssonar, sem land nam milli Horns og Kvíár. Óvíst sé hversu mikill hluti af landnámi Hrollaugs hafi fallið undir Fell þar sem engar heimildir séu til frá fyrri öldum um merki jarðarinnar. Vestasti hluti hins numda lands hafi verið framseldur Þórði illuga, það er land milli Jökulsár og Kvíár, en hann hafi búið á Fjalli í Örafum. Engar öruggar heimildir séu til um að Jökulsá hafi runnið annars staðar á landnámsöld en hún gerir nú og ef svo er hljóti mörk landnáma að hafa verið þar. Landnámsjörð Hrollaugs hafi verið Breiðabólstaður. Eftir að Þórður illugi hafði fengið úr landnáminu land frá Jökulsá að Kvíá hafi landnámsbýlið Breiðabólstaður átt land austan megin við Jökulsá. Ekki sé vitað hvenær landi var afsalað til jarðarinnar Fells og til varð sérstök jörð.

Af ýmsum heimildum má ráða að byggð hafi verið mikil á Breiðamerkursandi þar sem nú er að stórum hluta land þakið jökli. Kemur fram í gögnum sem lágu fyrir óbyggðanefnd að á þessu svæði hafi í upphafi byggðar verið fagurt hérað, grösugt og víða skógi vaxið, með fjölmörgum bæjum. Er þess getið að á tíma landnáms hafi 20 km verið íslausir frá strönd að Vatnajökli. Frá um 1300 til 1900 varð hins vegar mikil kólnun og sérstaklega eftir 1600. Munaði minnstu í lok 19. aldar að

Breiðamerkurjökull gengi út í sjó. Mun framskrið austurjökulsins, þar sem nú er Jökulsá, hafa verið alls 9 km á tímabilinu 1732-1890 og 45 km² lands horfið undir ís. Lengst mun jökuljaðarinn hafa náð fram árið 1894, eða 256 m frá sjó. Ónýttist mikið land af þessum sökum og jarðir fóru í eyði og hafa ekki byggst síðan. Síðan hefur jökullinn hopað eina 4 km og skilið eftir sig Jökulsárlón, sem er eitt dýpsta stöðuvatn landsins. Þar var ekkert stöðuvatn fyrir á sögulegum tíma.

Fyrstu heimildir um Fell eru frá 16. öld, það er þegar tæplega 700 ár eru liðin frá landnámi. Talið er að búskapur þar hafi endanlega lagst af árið 1873 og jörðin þá farið í eyði. Lítilfjörlegur kotbúskapur mun hafa verið stundaður þar næstu fjögur ár á undan og þá ekki á gamla bæjarstæðinu heldur spölkorn austar með fjallinu, í svokölluðu Stekkjartúni. Greina heimildir frá því að í september 1868 hafi Veðurá brotið sér farveg frá jöklinum og austur með fjallinu og að endingu brotið á bæjarhúsunum, sem flest hafi orðið undan að láta. Ennþá sjást þó greinileg merki bæjarrústanna. Segir í gagnstefnu að eftir að jörðin fór í eyði hafi Eyjólfur Runólfsson bóndi á Reynivöllum keypt mestan hluta jarðarinnar og nytjað hana sína búskapartíð. Eftir hans dag hafi jörðin að mestu leyti verið í eigu afkomenda hans og skyldmenna. Síðustu árin hafi tún jarðarinnar verið nytjuð af eigendum og land við Jökulsárlón hafi þeir leigt aðila sem reki þar umfangsmikla ferðaþjónustu með siglingum um lónið.

Það land í Suðursveit, sem er vestan Reynivalla, er fjallið Fell upp af Fellsjörðinni, hálendið þar norður af, Veðurárdalirnir, jökultungan suður af Snæfelli, Mávabyggðir, Esjufjöll, hluti Vatnajökuls og Breiðamerkurjökull. Í kröfulýsingu fyrir óbyggðanefnd vegna Fells var gerð krafa til beins eignarréttar til alls hálendisins, Veðurárdala, hluta jökulsins suður af Snæfelli, hluta Esjufjalla og Mávabyggða og meirihluta Breiðamerkurjökuls, auk Jökulsárlóns og þess hluta undirlendisins sem er vestan Reynivalla í hinum gamla Borgarhafnarhreppi allt að mörkunum við fyrrum Hofshrepp samkvæmt hreppamörkum ákveðnum árið 1922. Úrskurður óbyggðanefndar féll svo á þann veg svo sem áður greinir, að viðurkenndur var beinn eignarréttur til alls lands þarna að jökuljaðrinum eins og hann var við gildistöku Þjóðlendulaga 1. júlí 1998.

V.

Í málatilbúnaði sínum hafa málsaðilar gert grein fyrir þeim heimildum um kröfusvæðið og þeir telja að þýðingu hafi við úrlausn málsins. Styðst sú greinargerð ýmist við skjöl sem hafa verið lögð fram í málinu og hafa að geyma heimildir um

kröfussvæðið, en einnig við úrskurði óbyggðanefndar þar sem frekari heimilda er getið. Verður nú að þessum heimildum vikið.

1.

Þann 24. júlí 1851 er gerð lögfesta fyrir jörðina Fell. Kemur fram í henni að hún hafi verið samin af eigendum jarðarinnar Fells í „eystri Skaptafells sýslu“ séra Þorsteini Einarssyni á Kálfafellsstað og Gísla Þorsteinssyni bónda á Uppsölum. Í lögfestunni segir svo: „[Að] austanverðu eða millum Fells og Reynivalla sjónhending af fjörunni í miðt Hrollaugshólaskarð og miðjan þann fremsta foss í Fellsá, sem ber þar í og blasir á móti nær ámyndst stefna er tekin af fjörunni, síðan ræður það austari gljúfur upp frá nefndum fossi og deilir löndum allt í jökul upp. Að ofanverðu takmarkar Breiðamerkur jökull land jarðarinnar allt að Breiðamerkur á og skiptir hún löndum milli Fellsins og Öræfa einsog hún beinast rennur og hefur runnið undan jökli og til marka á milli Breiðamerkur og Fjalls fjöru. Að framan takmarkar meiginhaf land jarðarinnar frá Reynivalla lands og fjöru mörkum allt til marka millum Breiðamerkur og Fjallsfjöru og er öll sú fjara er liggur á milli nefndra landamerkja einasta Fellinu tilheyrandi að frátekni Breiðamerkur fjöru, hvor tekin er sem ítak af öðrum enda fjöru jarðarinnar.“

Þann 23. apríl 1853 senda Jón Sigurðsson og Pétur Jónsson á Hofi bréf til sýslumanns og óska eftir því að komið verði á fundi til að eyða ágreiningi um fjörumörk milli Fells- og Hofsbænda. Í samkomulagi landeigenda um þetta ágreiningsefni, sem gert var 8. júní 1854, segir svo: „[Að] öll grasnit initjar og virkilegur eignarréttur skal hereptir einast til heira Felli í Suðursveit allt að austur mörkum Fjallsfjöru, sem eru á millum Breiðumerkurfjöru og Fjallsfjöru, og skal þaðann af Fjörunni sjónhending tekinn beina stefnu í Svörturák sem er á jöklinum uppundann Breiðá og undann hvorri hún rennur. Svo skulu og Hofsbændur og ábúendur njóta alls vestann meiginn við nemda Breiðá og til greindu stefnulínu Fjalls og fjöru milli og so langt vestur sem treysta sér land að helga.“

Landamerkjaskrá fyrir Fellslandi frá 1. maí 1922 er undirrituð af Eyjólfri R. Sverrissyni eiganda Reynivalla. Kemur fram í úrskurði óbyggðanefndar og þar um stuðst við Byggðasögu Austur-Skaftafellssýslu að „Eyjólfur Runólfsson sýnist hafa ritað nafn sitt Eyjólfur R. Sverresen (eða Sverrisson) á seinni hluta ævi sinnar. Í landamerkjaskránni segir svo:

„1. Að austan milli Fells og Reynivalla er að Fellsárfoss ber í miðt Hrollaugshólaskarð, og er sú bein lína í sjó sem þá verða fjörumörk.“

2. Landa og fjörumörk að vestan milli Borgarhafnarhrepps og Hofshrepps er varða hlaðin á fjörunni vestan við hornið á nýgræðunum sem á að bera í Hálfðánaröldu upp undir jökli og í Kaplaklif í Máfabygðum og er það bein lína milli Fells og Breiðamerkurlanda og fjörumörk.

Þetta eru einnig mörk milli hreppanna Borgarhafnarhrepps og Hofshrepps.“

Í landamerkjaskrá milli Fells í Borgarhafnarhreppi og Breiðumerkur í Hofshreppi frá 13. maí 1922, sem undirrituð var af hreppstjórum beggja hreppanna, segir svo meðal annars: „Landa- og fjörumörk eru: Varða hlaðin á graskoll á fjörunni, vestanhalt við hornið á Nýgræðunum, á að bera austast í Hálfðánaröldu uppi undir jökli og í Kaplaklif í Mávabygðum, og er það allt bein lína. Þetta eru einnig mörk milli hreppanna: Borgarhafnarhrepps og Hofshrepps.“

Í landamerkjaskrá jarðarinnar Reynivalla frá 8. apríl 1888, sem staðfest var ábúendum jarðanna Reynivalla og Breiðabólsstaðar, segir svo meðal annars: „1. Mark að austan er þegar Markhólmi þar sem hann er hæstur ber í hæstu þúfu á austasta Borgarhrauni og ræður sú lína norður að jökli. 2. Mark að vestan er þegar fossinn neðst í Fellsárgljúfri ber í miðt skarðið á Hrollaugshólum, frá fossinum ræður Fellsárgljúfur mörkum að jökli.“

Í vísitasíu Jóns biskups Vídalíns frá 1706 er skýrt svo frá að Ísleifur Einarsson sýslumaður hafi gefið kirkjunni að Felli reka á Fellsfjöru frá Breiðamerkur eystra fjörumarki 5 hundruð faðma tólfræð svo langt austur eftir sandi sem til vinnst.

Samkvæmt Jarðabók Ísleifs Einarssonar 1709 á jörðin Fell afrétt í Veðurárdal.

Í Gíslamáldaga frá 1570 kemur fram að hálfkirkja hafi verið á Felli.

Að því er varðar kaup- og afsalsgerninga um jörðina Fell liggur eftirfarandi fyrir:

1. Heimild er fyrir því að hinn 26. júlí 1525 hafi Ögmundur Pálsson biskup keypt hálfa jörðina Fell af Teiti Þorleifssyni fyrir 20 hundruð.

2. Heimild er fyrir því að sjöttardómur hafi dæmt löglegt kaup Árna Guðnasonar við sr. Einar Árnason á 10 hundruðum í Felli í Suðursveit 28. maí 1554.

3. Til er kaupbréf fyrir 30 hundruðum í jörðinni Felli í Fellshverfi frá 16. september 1555.

4. Samkvæmt uppboðsgerð frá 1734 kaupir Vilborg Jónsdóttir jörðina Fell fyrir 100 ríkisdali.

5. Til eru kaupbréf frá árunum 1755, 1784 og 1789 fyrir hlutum úr Felli. Seld eru nokkur hundruð og kaupendur aldrei þeir sömu.

6. Hinn 8. apríl 1850 var gerður samningur um skipti á hluta úr Borgarhöfn og hálfu Felli.

7. Hinn 1. mars 1890 afsalar Guðný Runólfsdóttir 48 álnum úr Felli til Eyjólfssonar á Reynivöllum.

8. Þann 31. maí 1891 er undirritað afsal fyrir ½ Felli og tilheyrandi fjöru og hálfri Breiðamerkurfjöru á Breiðamerkursandi til Eyjólfssonar.

Þá eru heimildir um veðsetningu jarðarinnar. Í veðskjölum frá 1725-1727 er sagt að jörðin sé 40 hundruð að dýrleika.

Í jarðatali Johnsens frá 1847 er haft eftir sýslumanni að jörðin Fell sé aðeins 6 hundruð að dýrleika, en dýrleikinn engu að síður sagður vera 20 hundruð.

Í gerðabók fasteignamatsnefndar í Austur-Skaftafellssýslu frá 1916 segir meðal annars svo um Fell: „Fjara löng og rekasæl fylgir jörðinni, Fellsfjara. [...] Jörð þessi liggur skammt fyrir vestan Reynivelli, við Breiðamerkursand. Var hún fyr meir mikið höfuðból, en eyddist á síðustu öld af jökulhlaupum og vötnum, en nú er land jarðarinnar að gróa nokkuð upp, sum staðar á sandinum, með því jöklar hafa minnkað í seinni tíð, og fuglavarp aukist. Stórvatnið Jökulsá á Breiðamerkursandi fellur um land jarðarinnar.“

Í bókinni „Byggðasaga Austur-Skaftafellssýslu“, sem út kom árið 1972, skrifar Þorsteinn Guðmundsson frá Reynivöllum að mestur hluti Mávabyggða og öll Esjufjöll hafi talist til Fellslands áður fyrir. Segir hann að þess vegna hafi Ísleifur Einarsson sýslumaður talið villifé í Esjufjöllum sína eign og dæmt bændur er þangað fóru til að ná sér í sláturfé í sekt. Öndverða við þessa heimild segir aðalstefnandi vera frásögn Sigurðar Stefánssonar sýslumanns, sem átti heima á Smyrlabjörgum. Hann segi í sýslulýsingu sinni frá 1746 að Mávabyggðir tilheyri Örafum. Sé það mat Sigurðar að sýslumaður hafi ekki dæmt bændur fyrir að taka þar kindur frá Örafingum heldur fyrir að hagnýta sér ómarkað fé í stað þess að láta bjóða það upp, svo sem lög hafi gert ráð fyrir.

2.

Í stefnu er því lýst að samkvæmt kröfugerð gagnstefnenda liggja land Fells í vestri að landi Breiðármerkur. Með samningum annars vegar við Hofsbændur vegna Breiðármerkur árið 1854 og hins vegar með ákvörðun hreppstjóra Hofshrepps og Borgarhafnarhrepps árið 1922 séu landamerki Fells talin ná talsvert vestur fyrir Jökulsá og því inn í landnám Þórðar illuga. Verði þannig ekki hjá því komist að reifa heimildir um Breiðármörk þó fjallað hafi verið um það land í máli óbyggðanefndar nr.

1/2001. Verði þannig hægt að fá einhverja hugmynd um landrétt og aðildarhæfi að þeim löggerningum sem byggt sé á í málinu.

Elsta heimildin um Breiðármörk, áður Breiðá, er í Njálu, en samkvæmt henni settist Kári Sölmundarson þar að. Hin næsta er máldagi frá árinu 1343, en samkvæmt honum átti Maríukirkjan á Breiðá heimaland allt með fjörum og skógum þeim sem þar höfðu að fornu fylgt. Breiðármerkurkirkja lagðist af nálægt árinu 1500 eða fyrr og féll þá jörðin undir dómkirkjuna í Skálholti. Skálholt seldi svo einkaaðila jörðina 3. ágúst 1525, en undanskildi stórreka.

Þann 29. nóvember 1670 er gert kaupbréf fyrir jörðinni Breiðármörk auk Kaldárhólts í Holtum. Bjarni Eiríksson lögréttumaður selur þá Brynjólfi biskupi Sveinssyni til fullkomlegrar eignar og frjáls forræðis hálf annað hundrað, sem er fjórðungur úr 6 hundraða jörðinni Breiðármörk austur í Örafum með svo miklu úr viðreka fjöru sem þeim fjórðungi má fylgja í 6 álna trjám og þaðan af minna, eftir því sem biskupinn í Skálholti hafði selt Ásgrími Ásgrímssyni 1525.

Á árinu 1698 er jörðin yfirgefinn, en var þá óbrúkandi orðin vegna ágangs jökuls og vatna.

Í Jarðabók Ísleifs Einarssonar frá 1709 er greint frá því að jörðin sé hálf konungseign og hálf bændaeign.

Hinn 7. apríl 1851 lögfesta Hofsbændur eignarjörð sína Hof með ákveðnum merkjum. Ennfremur lögfesta þeir sér nánar tilgreind ítök sem Hofsjörðu eiga að fylgja og meðal þess er hálf eyðijörðin Breiðármörk með tilheyrandi fjöru, veiðistöðum, og öllum landsnytjum. Sagt er að jörð þessi liggja fyrir austan Fjallsland, austur að Fellslandi í Suðursveit, vestan Jökulsár á Breiðamerkursandi, þar sem hún fellur úr jökli.

Í kaflanum um Fell, sbr. 1 hér að framan, er getið um ágreining um fjörumörk á milli Fells í Suðursveit og Hofsbænda vegna Fjalls og Breiðármerkur í Örafum sem leiddi til þess að þeir Jón Sigurðsson og Pétur Jónsson á Hofi sendu bréf til sýslumanns til að óska eftir að komið verði á fundi til að eyða ágreiningi um mörkin, en þeir töldu sig eiga þarna hagsmuni. Talið var að auðveldasta leiðin til að mæla mörkin væri að mæla frá Kvískerjafjöru, Fjalls- og Breiðamerkurfjöru, þar sem víska væri til um lengd þeirra.

Þann 8. júní 1854 var svo sem fram er komið gerður samningur milli eigenda Fells og Hofsbænda um merki milli Fells og lands Breiðármerkur á

Breiðamerkursandi. Vísast um það til þess sem fram kemur um þann samning í kafla 1 hér að framan.

Næsta skjal sem varðar land Breiðármerkur og hér þykir rétt að gera grein fyrir er bréf, sem sonarsynir Gísla Halldórssonar í Njarðvík, þeir Björn Sigurðsson og Þorkell Sigurðsson, rituðu 20. september 1861. Vísa þeir þar til upplýsinga um „að töluvert hagabeitargagn væri nú á árum orðið að grasvegi á Breiðamerkursandi þar sem var landareign jarðarinnar Breiðmerkur, og svo hið sama hefði lengi verið mikið hagræði á stundum af smárekanum 6 álna trjám og minni á Breiðamerkursandi, sem tilheyrði nefndri jörð.“ Hafði presturinn á Desjamýri spurt feður bréfitara „hvort þeir vissu til að Gísli sálugi Halldórsson í Njarðvík faðir þeirra, sem eitt sinn hefði átt hálfa jörðina Breiðmörk með tilheyrandi smáreka, nokkurn tíma hefði selt hana eða gefið – og ef það hefði ekki verið hvort þeir vissu þá til hvornig þessi eign hefði gengið undan honum og hans erfingjum. Sögðu þeir þá að faðir þeirra hefði átt þessa eign og aldrei, svo þeirr vissu, selt eða gefið hana burtu, heldur hefði einhverr þar syðra haft hana og rekann í umboði og goldið eitthvað af á hinum fyrri árum þangað til hann hefði hætt af þeim ástæðum að landið væri algjörlega eyðilagt af jöklum og mjög lítið ræki.“ Leituðu þeir Björn og Þorkell eftir því við Þorstein Einarsson prest á Kálfafellsstað að hann leigði eða seldi þessa eign. Aðrir erfingjar Gísla samþykktu svo þessa ráðagerð.

Varðandi Breiðármörk er til bréf frá 31. mars 1876 frá Einari Gíslasyni og fjallar það um að vakta leiguliðagagn það 6 álna tré eða minni á Breiðármerkurfjöru, sem forfaðir hans Halldór Gíslason átti, en sem nú orðið muni mega kalla eignaleysi. Ennfremur segir að Gísli sálugi í Njarðvík hafi átt ½ Breiðumörk, en hinn helmingurinn verið opinber eign og sé það að líkindum sá hluti sem tilheyrir Hofi. Í bréfinu fjallar hann frekar um þessa eign, sem hann ítrekað kallar leiguliðagagn og ítak og skrifar um landsnytjar af rekaítakinu. Í niðurlagi bréfsins stendur svo þetta: „Í bráðina man ég nú ekki eftir fleiru til að taka fram viðvíkjandi leiguliðagagni þessu, nema að fjaran á að vera 900 faðma tólfræða á lengd (og liggur fyrir miðjum Breiðumerkursandi milli Fells og Fjalls- fjöru).“ Síðan fer Einar fram á það að honum verði send lína um hvort nokkrir rísa upp öndverðir móti þessu eignartilkalli hans og hvað þeir þá hafa við að styðjast.

Þá er hér rétt að nefna að nýju landamerkjaskrárnar frá 1. og 13. maí 1922, en um efni þeirra vísast til kafla 1. Segir í þeim báðum að merki á milli Fells og Breiðármerkur séu einnig mörk milli Borgarhafnarhrepps og Hofshrepps.

Í bréfi Stefáns Jónssonar á Kálfafelli vegna Breiðármerkurfjöru, dags. 22. maí 1922, segir svo meðal annars: „Þau mörk sem við Björn á Tvískerjum hófum í fyrra eru að [líkindum] nokkuð nærri sanni en mættu kanske vera svolítið vestar ef að ætti að halda sig við Jökuls á þar sem hún rann til forna, þá mun hún hafa runnið vestan við Nýgræður og hafa það þá verið hreppamörk samkvæmt því sem í Landnámu segjir að Hrollaugur nam land austan frá Horni til Kvíár en gaf svo land milli Jökuls ár og Kvíár öðrum, og síðan hefur það land talist með Hofshreppi nefnilega Breiðármörk og er byggð 1587 til 1709 [...]“ Hann ritar enn fremur að hvað hreppamörkum viðkemur þá ættu að vera sömu mörk „milli Fells lands og Breiðármerkur lands samhljóða hreppa mörkunum“ og hyggur hann að réttustu mörkin séu þar sem Jökulsá rann til forna.

Árið 1937 afsalar Björgvin Vigfússon fyrrverandi sýslumaður á Efra Hvoli hálfri Breiðármörk og hálfri Breiðármerkurfjöru með reka til Björns Pálssonar bónda á Kvískerjum. Í upphafi afsalsins segir þetta: „Með því að ég undirritaður fyrrv. sýslumaður Björgvin Vigfússon, hefi síðan 1910, átölulaust af öllum, hirt afgjald af landi hálfar Breiðármerkur í Hofshreppi [...] frá ábúandanum Birni Pálssyni bónda á Kvískerjum, þá hefur það á síðastliðnu ári orðið að samkomulagi milli mín og hans, að hann skyldi eignast land þetta, ásamt hálfri Breiðumerkurfjöru með reka [...]“

VI.

1. Málsástæður aðalstefnanda. Almenn atriði.

Við kröfugerð um þjóðlendumörk í Suðursveit er af hálfu aðalstefnanda að meginstefnu til byggt á því að mörk eignarlanda á kröfusvæðinu séu þau sömu og landnámsmörk. Utan þjóðlendulínu séu eignarlönd, sem numin voru til eignar, en innan hennar þjóðlenda, sem aðliggjandi jarðeigendur hafi í einhverjum mæli haft afnot af.

Landnám hafi verið grundvöllur frumstofnunar eignarréttar að landi hérlendis og eini gjörningurinn sem leitt hafi af sér beinan eignarrétt. Um landnámið séu glöggar heimildir í íslenskum fornritum, aðallega Landnámu. Við námið og eftirfarandi aðgerðir landnámsmannsins við að brjóta land til ræktunar og gera landið að bújörð hafi stofnast honum til handa beinn eignarréttur að þessum hluta náttúrunnar. Í íslenskri lögfræði sé þessi beini eignarréttur nefndur ýmsum nöfnum, eins og grunneignarréttur, eignarland, fullkomið eignarland, einkaeign og land undirorpið einstaklingseignarrétti. Í nýjustu lögum sé um þetta aðallega notað orðið eignarland eða landareign með sérstökum orðskýringum og sá réttur að einstaklingar

geti átt hlut af náttúrunni nefndur séreignarréttur. Fyrir utan skriflegar heimildir um landnámið hafi fornleifar og búsetusaga staðfest fyrir nútímamönnum að byggð hafi í stórum dráttum haldist á þeim svæðum sem numin voru til eignar. Sums staðar hafi byggð dregist saman, en í örfáum undantekningartilvikum hafi byggð sótt á eftir að eiginlegu landnámi lauk. Jafnhliða náminu hafi annar háttur á réttindatöku yfir landi verið viðurkenndur í öndverðu, það er taka til afnota. Óbeinn eignaréttur eins og beitarréttur hafi í upphafi grundvallast á töku og síðan venjurétti. Byggt sé á því í þjóðlendumálum í Austur-Skaftafellssýslu að land utan eignarlanda hafi af einstökum jarðeigendum verið tekið afnotatöku og þar sem möguleiki hafi verið til beitarafnota og sums staðar allt að jökulrönd. Byggist það á því að engar heimildir sé að finna um að almenningar hafi verið í sýslunni, en þeir hafi verið sameiginlegt afnotaland fjórðungsmanna og síðan þjóðarinnar. Jöklarnir hafa aldrei talist til eiginlegra almenninga, heldur flokkast með öræfum og verið einskis manns land, en eftir lögtöku þjóðlendulaga verður að gera kröfu til þess að þeir teljist þjóðlenda. Mjög erfitt sé að gefa sér að hálendi eða fjöll hafi verið numin þar sem skráðar landnámsreglur beri það með sér að slíkt hafi verið vandkvæðum bundið. Ólíklegt sé að kvíga hafi verið leidd til fjalla eða eldar bornir á fjöll. Með þetta í huga verði að gefa sér það að athöfnin sjálf við landnámið hafi farið fram á láglandi. Spurning sé hins vegar hvort helgunin sjálf hafi náð eitthvað ofar. Að minnsta kosti sé líklegt að helgunin hafi náð svo langt að tekið væri með það land sem nýta mátti á heilsársgrundvelli og gat þannig verið hluti af jörð.

Á því er byggt af hálfu aðalstefnanda að eignarréttur sé ekki eilífur. Talið sé að hann geti fallið niður ef hann verður að engu eða framselst ekki með löggerningum, erfðum eða hefðarhaldi. Til dæmis sé talið að verði jörð óbrúkandi vegna ágangs jökuls og vatna og byggð leggist af sökum þess verði landið að almenningi sem nú kallast þjóðlenda.

Þá er á því byggt að beinn eignaréttur að heimalandi jarðar geti fallið niður með tímanum ef beini eignarrétturinn framselst ekki, en eigendur aðliggjandi jarða taka að nýta það til beitar fyrir búfé eingöngu. Með beitarnotunum eingöngu séu skilyrði hefðarréttar ekki uppfyllt. Í þessu sambandi megi benda á ákvæði sem var í Nýbýlatilskipuninni frá 15. apríl 1776, en þar segi svo: „[Það] álist eigi að vera nein sérleg eign, þó að þeir í kring búandi hafi verið vanir að reka sitt kvikfé á svoddan land, svo lengi sem, og vegna þess að það hefur legið í eyði, því það skal einasta áfítast sem almenningur.“

Að því er landnám í Suðursveit og heimildir um það varðar er í stefnu vísað til þess að í Landnámabók, helstu heimild um nám lands hér á landi, sé getið um þrjá frillusonu sem Rögnvaldur jarl á Mæri átti. Einn þeirra var Hrollaugur. Hann fór til Íslands og nam land austan frá Horni til Kvíár og bjó fyrst undir Skarðsbrekku í Hornafirði, en síðan á Breiðabólstað í Fellshverfi. Samkvæmt Landnámu á Hrollaugur að hafa gefið Þórði illuga land milli Jökulsár og Kvíár. Þórður hafi búið undir Felli við Breiðá. Aðeins hluti af landsvæði Þórðar illuga sé undir í þessu máli, eða svæðið frá tilteknum stað í Nýgræðunum til Jökulsár. Þórður hafi samkvæmt þessu ekki verið sjálfstæður landnámsmaður heldur leitt rétt sinn af landnámi Hrollaugs Rögnvaldssonar. Staðarmörkin séu glögg gagnvart aðliggjandi landnámu, en til landsins verði að geta í eyðurnar. Í fyrsta laga megi benda á að það segi í það minnsta ekki að land hafi verið numið til fjalla eða jafnvel allt að jökulrótum. Á ritunaríma Landnámu og í Íslendingasögunum hafi land merkt bújörð. Talað hafi verið um lönd og lausa aura. Óbyggðir og sumarbeitilönd hafi ekki verið lönd í þessum skilningi. Sé því á því byggt í máli þessu að námið hafi einungis náð til þess lands sem byggð reis á, en ekki til fjalla, öræfa eða jökla.

Aðalstefnandi telur að glögg komi fram í heimildum um landnám í Suðursveit að hálendi, fjöll, öræfi og jöklar hafi ekki verið numin til eignar. Þetta sé þýðingarmikið þar sem fyrir liggi að vegna annarra sambærilegra svæða hafi af hálfu Hæstaréttar verið gerðar ríkari sönnunarkröfur um beinan eignarrétt að slíku landi en öðru landi á mörkum byggðar. Í þessu tilliti hafi Hæstiréttur litið til atriða eins og staðháttu, víðáttu og gróðurfars. Í þessu sambandi skipti hæðarlínur auðvitað miklu máli, enda í rökréttu samhengi við ofangreint. Telur aðalstefnandi að af löggjöf og dómum Hæstaréttar megi ráða að þessi atriði skipti mestu þegar ákveða skal mörk jarða gagnvart óbyggðum. Litið sé til þeirra ásamt landnámi og nýtingu við kröfugerð í málinu. Það sé þó talið skipta meginmáli að samkvæmt gildandi rétti verði landeigandi að færa sönnur fyrir eignarheimildum sínum. Það sé því hans að sanna að nám, raunveruleg og eðlileg nýting tiltekinnar jarðar eða önnur atriði hafi tekið til stærra svæðis en aðalstefnandi miðar við í kröfugerð sinni. Þá reglu megi ennfremur leiða af dómum Hæstaréttar að tengsl verði að vera milli eldri og yngri réttar til lands. Því séu eldri heimildir eins og vísitásiur bornar saman við nýrri landamerkjabréf. Verði nýrri heimildir um merki að víkja fyrir eldri eða upprunalegum heimildum.

2. Málsástæður er varða Breiðármörk.

Vísað er til þess af hálfu aðalstefnanda að árið 1698 hafi jörðin verið yfirgefin, enda hafi hún þá verið orðin óbrúkandi vegna ágangs jökuls og vatna. Í máli óbyggðanefndar nr. 1/2001, sem tók til Öræfa, hafi verið á því byggt að beinn eignaréttur að heimalandi jarðarinnar hafi fallið niður með tímanum. Sé í þessu sambandi bent á ákvæði í Nýbýlatilskipuninni frá 15. apríl 1776, en þar segi svo: „[Það] álist eigi að vera nein sérleg eign, þó að þeir í kring búandi hafi verið vanir að reka sitt kvikfé á svoddan land, svo lengi sem, og vegna þess að það hefur legið í eyði, því það skal einasta álitast sem almenningur.“ Í Vilborgarkotsdómi Landsyfírréttar hafi niðurstaða um þrætuland orðið á þennan veg og einnig í svokölluðum Geitlandsdómi Hæstaréttar, sbr. dómur réttarins í dómasafni 1994, bls. 2227. Í sambandi við fasteignir, sem enginn getur sannað beinan eignarrétt að, hvort sem þær hafa áður verið háðar eignarrétti eða ekki, sé einnig bent á reglur um erfðafjárjóst, sbr. 1. mgr. 55. gr. erfðalaga nr. 8/1962, sem leiða til þess að eignir manns, sem enga erfingja á, renna í erfðafjárjóst til ráðstöfunar ríkisins. Í athugasemdum með frumvarpi því er varð að þjóðlendulögum sé einmitt að því vikið að það sé íhugunarefni hvort sams konar reglur eigi ekki að gilda um slíkar fasteignir. Þessu næst er í stefnu gerð grein fyrir því að rétt fyrir eyðingu jarðarinnar, eða 1670, hafi fjórðungi hennar verið afsalað til Brynjólfs biskups Sveinssonar. Síðan komi þær heimildir í jarðabók Ísleifs Einarssonar frá 1709, að jörðin sé hálf bændaeign og hálf konungseign. Heimildir skorti fyrir því hverning þessi skipting hafi orðið til. Í samræmi við kenninguna um brottfall beins eignaréttar sé ekki ólíklegt að með orðum jarðabókarinnar sé við það átt að konungseignin sé stórrekinn, sem tilheyrir hafi Skálholti þar til honum hafi verið afsalað til Gísla Þorsteinssonar á Uppsölum árið 1857, en bændaeignin sé annar reki og eftir atvikum beit. Konungur hafi svo sem kunnugt sé tekið undir sig eignir Skálholts eftir siðskipti.

Lögfesta Hofa frá 1851 sé athyglisverð því þar komi Hofsbændur fyrst við sögu Breiðármerkur. Svo virðist sem aðrir en þeir geti leitt rétt sinn til jarðarinnar með löggerningum eins og afsölum, en þeir beiti lögfestu. Þetta gefi tilefni til að telja réttinn á bak við lögfestuna vafasaman. Tvennt sé þó ljóst af lögfestunni. Annars vegar það að Hofsbændur telji Breiðármörk ná allt að Jökulsá og svo hitt að ekki sé lögfestur beinn eignaréttur að Breiðármörk, heldur ítaks- eða afnotaréttur. Texti lögfestunnar beri það með sér að þegar búið sé að lögfesta jörðina Hof séu lögfest ítök

sem Hofsjörðu eigi að fylgja. Eitt þessara ítaka sé „hálf eyðijörðin Breiðumörk með tilheyrandi fjöru, veiðistöðum og öllum landsnytjum“.

Næstu heimildir um þetta þrætuland og reyndar land utan kröfusvæðis þessa máls allt að Jökulsá segir aðalstefnandi vera frá árunum 1853 og 1854. Þá séu eigendur Fells og Hofsbændur að deila og gera með sér samkomulag um land og fjörumörk. Aðild Hofsbænda að þessari þrætu hafi vafalaust byggst á lögfestunni og ekki sé ólíklegt að lögfestan hafi verið gerð í tilefni af deilunni. Samkvæmt lögfestunni hafi Hofsbændur einungis átt hálfa eyðijörðina og geti þá ekki gert bindandi samninga fyrir alla jörðina. Ennfremur komi þeir einungis fram sem fulltrúar rétthafa óbeinna eignarréttinda og geti því ekki gert samning um framsal beins eignarréttar. Í þessu sambandi sé rétt að benda á að hvergi sé á Hof minnst í eignarskjöllum að því er þetta svæði varðar, þó að undanskildu bréfi frá 31. mars 1876 þar sem bréfritari, Einar Gíslason, segi að Gísli sálugi í Njarðvík hafi átt ½ Breiðumörk, en að hinn helmingurinn hafi verið opinber eign og sé það að líkindum sá hluti sem átt hafi undir Hof. Þessi skrif bendi til þess að vafi geti verið á að hér fyrr hafi verið dregnar réttar ályktanir af eignarheimildunum úr Jarðabókinni frá 1709 og með opinberri eign sé ekki átt við stórrekann, sem afsalað hafi verið árið 1876. Hvað sem rétt kunni að vera í þessu efni verði á það að benda að heimild Hofsbænda til að fara með opinbera eign verði að byggjast á löggerningi og sá löggerningur liggi ekki frammi. Lögfesta hafi ekkert gildi nema á bak við hana sé raunverulegur réttur.

Í bréfum frá erfingjum Gísla Halldórssonar í Njarðvík á árunum 1861–1876, sem fyrr er rakin, komi fram að hin eydda jörð sé farin að gróa að einhverju leyti þannig að hagbeitargagn sé orðin af landinu. Í bréfi Einars Gíslasonar frá 1876 sé hvergi talað um annað í sambandi við Breiðármörk en leiguliðagagn, ítak og landsnytjar að leiguliðagagninu. Hið eina sem þarna komi fram um afmörkun lands sé að fjaran eigi að vera 900 faðmar tólfræð á lengd og liggi fyrir miðjum Breiðamerkursandi milli Fells og Fjalls fjöru.

Á árinu 1922 sé farið að huga að hreppamörkum milli Borgarhafnarhrepps og Hofshrepps. Frá því ári séu til skriflegar heimildir sem hafi að geyma vangveltur Stefáns Jónssonar á Kálfafelli um svæðið. Hann velti upp þeirri hugmynd sinni að Jökulsá á Breiðármerkursandi hafi á landnámstíma runnið fyrir vestan Nýgræður og hafi það þá verið hreppamörk og svo skuli standa. Verði þá landamörk milli Fells og Breiðármerkur á sama stað. Landamerkjaskráin 13. maí 1922 sé gerð í samræmi við þetta og hún samþykkt af hreppstjórum Hofshrepps og Borgarhafnarhrepps. Meintir

eigendur Fells eða Breiðármerkur séu ekki kallaðir til þó svo að landamerkjabréf hafi samkvæmt landamerkjalögum því aðeins eitthvert samningsgildi að eigendur jarða sem það tekur til undirriti hana, en landamerkjabréf sé ekkert annað en samningur um landamerki. Um þetta svokallaða landamerkjabréf megi einnig segja að með því sé einungis ákveðin bein lína með því að miða við ákveðin kennileyti á fjöru, við jökul og svo viðmiðunarpunkt í Mávabyggðum. Alls ekki sé verið að taka af skarið um það hversu langt til landsins land Breiðármerkur nái. Auk þess vanti mörk til norðurs og vesturs.

Þá vísar aðalstefnandi í þessum kafla stefnu til afsals Björgvins Vigfússonar frá 26. febrúar 1937 fyrir hálfri Breiðármörk og hálfri Breiðármerkurfjöru, sbr. niðurlag kafla IV hér að framan. Orðalag þessa afsals bendi eindregið til þess að Björgvin hafi ekki verið viss um sinn eignarrétt, en þar sem hann hefði síðan 1910 og átölulaust af öllum hirt afgjald af landi hálftrar Breiðármerkur og hálftrar Breiðármerkurfjöru, það er í 27 ár, hafi hann talið sig geta afsalað viðkomandi eignum. Hverju hann hafi hins vegar verið að afsala komi ekki fram. Ekkert sé sagt um landamerki, heldur sé talað um land hálftrar Breiðármerkur eins og það hafi verið til forna. Þó sé getið um lengd fjörunnar. Ekki sé þess getið hvort um eignarland sé að ræða, hvort þetta land sé úrskipt, eða í óskiptri sameign, né heldur hver sé eigandi hins helmingsins.

Samkvæmt kröfulýsingu vegna Breiðármerkur sé heimildarskjalið á bak við hana skrá um eigendur að Breiðármerkurfjöru. Hvergi sé þar getið um Hofsbændur og sé þannig spurning hvað hafi orðið um hinn meinta rétt Hofsbænda samkvæmt lögfestunni 1851, sem aftur hafi af hálfu Hofsbænda staðið að baki samningnum frá 1854 gagnvart eigendum Fells.

3. Málsástæður vegna Fells.

Samkvæmt kröfugerð Fellseigenda fyrir óbyggðanefnd var þess krafist að viðurkenndur yrði beinn eignarréttur þinglýstra eigenda jarðarinnar að öllu landi jarðarinnar innan merkja sem koma fram á kröfukorti með hornpunkta í Mávabyggðum, Esjufjöllum og Snæfelli. Varakrafa var hins vegar sú að yrðu einhver svæði innan jarðarinnar úrskurðuð þjóðlenda var krafist viðurkenningar á fullkomnum afnotarétti landeigenda að þeim svæðum. Báðum þessum kröfum er mótmælt, en ítrekuð krafa um þjóðlendumörk í samræmi við kröfulínu á korti. Viðurkenndur er beinn eignarréttur að því landi, sem þannig verður innan merkja Fells. Einnig er

viðurkenndur afréttarréttur í Veðurárdal fremri í samræmi við heimildir úr jarðabók Ísleifs Einarssonar 1709 og rekaréttur frá fjörumörkum Breiðármerkurfjöru og svo langt austur sem vinnst í samræmi við heimildir úr vísitasú Jóns Vídalín 1706.

Eignartilkall gagnstefnenda byggi á því að jörðin Fell hafi verið numin þegar á landnámsöld, en um landrými kröfugerðar er vísað til kröfulínu sem Sigurgeir Skúlason landfræðingur hefur fært inn á kort sem fylgdi kröfulýsingunni. Á það sé hægt að fallast að jörðin Fell hafi verið innan landnáms Hrollaugs Rögnvaldssonar, sem land nam milli Horns og Kvíár. Spurningin sé bara hversu mikill hluti af landnáminu hafi fallið undir jörðina þar sem engar heimildir séu til frá fyrri öldum um landamerki hennar. Vestasti hluti landnámsins hafi verið framseldur Þórði illuga, það er land milli Jökulsár og Kvíár, en hann hafi búið á Fjalli. Engar heimildir séu til um að Jökulsá hafi á landnámsöld runnið annars staðar en nú og því verði þar landnámsmörk. Sættargerðin frá 1854 milli Hofsbænda og Fellseigenda, þar sem landi vestan Jökulsár hafi verið ráðstafað til Fells, sé að engu hafandi þar sem ekki sé þar byggt á eldra rétti og umboð Hofsbænda sé í meira lagi vafasamt. Þá standi eftir þræta um undirlendið frá Jökulsá og austur að kröfulínu um þjóðlendumörk. Þá sé því hafnað, svo sem fram er komið, að jökull og hálendi upp af kröfulínunni hafi verið numið.

Jörðin Fell hafi ekki verið landnámsjörð og því hafi landi ekki verið afsalað til annarra jarða úr henni. Þannig sé ekki hægt að álykta sem svo að það af numdu landi, sem aðrir eiga ekki, tilheyri Felli. Landnámsjörð Hrollaugs hafi verið Breiðabólstaður og eftir að Þórður illugi hafði fengið úr landnáminu land frá Jökulsá að Kvíá hafi landnámsbýlið Breiðabólstaður átt land austan megin við Jökulsá. Ekki sé vitað hvenær landi var afsalað til jarðarinnar Fells og ekki hvort það hafi verið úr Breiðabólstaðalandi eða skipt úr annarri jörð sem leiddi landrétt sinn frá Breiðabólstað.

Af ýmsum fornum heimildum megi ráða að mikil byggð hafi verið á Breiðamerkursandi þar sem nú sé að stórum hluta land þakið jökli. Í skjölum komi glöggt fram það álit að á þessu svæði hafi fyrrum verið mikið og gott land og mörg býli. Talið sé að þar hafi á landnámsöld verið fagurt hérað, grösugt og víða skógi vaxið með fjölmörgum bæjum. Árið 1772 sé þar sandauðn. Í þessu sambandi sé vert að hafa í huga að fyrir 1362 hafi verið tugir bæja í Ingólfshöfðahverfi sem hafi lagst af og ekki byggst síðan. Þess sé getið í þessum heimildum að á tíma landnáms hafi 20 km verið íslausir frá strönd að Vatnajökli. Árið 1894 hafi bilið verið aðeins 256

metrar. Fyrstu heimildirnar um Fell séu frá þessum tíma. Frá um 1300 til 1900 hafi orðið mikil kólnum og sérstaklega eftir 1600. Þannig hafi óhemju mikið land horfið undir jökul og margar jarðir eyðst á svæðinu. Jörðin Brennihólar hafi staðið á þessu þrætulandi. Hún hafi farið undir ís árið 1753. Þannig megi segja að Breiðármerkurjökull hafi verið mikill áhrifavaldur á lönd, jarðir og jafnvel heil byggðahverfi. Landamerki hafi eyðst og fólk orðið að yfirgefa eignir sínar til að halda lífi og oft á tíðum án þess að geta nýtt það sem eftir stóð tímabundið af jörðum. Fráleitt sé að halda því fram að það eigi að geta staðist að sú jörð sem síðust fór í eyði vegna eyðileggingar eigi kröfu á því landi sem aðrir áttu, hvort sem það sé komið undan jökli eða ekki. Ef þetta ætti að gilda ætti eignaréttur að öllum jörðunum í Þjórsárdal, sem eyðilögðust á fyrri hluta byggðar, að hafa fallið til síðustu jarðarinnar. Niðurstaðan verði hér sú að það skipti engu máli fyrir landrétt jarðarinnar Fells hversu vítt til vesturs Hrollaugur Rögnvaldsson nam land. Það skipti einungis máli hversu mikið af numdu landi var skipt út til jarðarinnar í upphafi eða síðar. Þá sé auðvitað komið að helsta vandamálinu varðandi sönnunarfærslu landeigenda í þessu ágreiningsmáli. Það lúti að þeirri staðreynd að jörðin fer í eyði fyrir lögtöku landamerkjalaga 1882 og engra heimilda nýtur við um hvert land taldist til býlisins á blómatíma þess. Raunar sé ekkert gilt landamerkjabréf til fyrir jörðina. Til að mynda verði að líta svo á að lýsing á vesturmörkum jarðarinnar samkvæmt svokölluðum landamerkjaskráum sé í raun bara samningur tveggja hreppstjóra um merki milli hreppa, sem jafnframt eigi að vera landamerki milli eyðibýlisins Fells og eyðibýlisins Breiðármörkar. Hvorugt þessara merkja geti skoðast landamerkjalína. Einungis sé um að ræða sjónhendingarlínu, sem ráði fjörumörkum.

Vísitasía Jóns Vídalíns á Felli í Suðursveit frá 1706 ásamt uppskrift hjálpi ekki til í þessu efni. Þar segi að kirkjan að Felli sé vísiteruð og sagt er að hún eigi að gjöf sýslumannsins Ísleifs Einarssonar reka á Fellsfjöru frá Breiðármerkur eystra fjörumarki 5 hundruð faðma tólfræð svo langt austur eftir sandi sem tilvinnst. Með ítaki sé átt við eru óbein eignarréttindi, nánar tiltekið takmörkuð afnotaréttindi eða arðsemisréttindi, sem tiltekinn aðili á í landi sem er í annars eigu. Í 1. gr. laga 113/1952 um lausn ítaka af jörðum segi að ítak merki í þeim lögum hvers konar afnot fasteignar, sem eigi séu samfara vörslum hennar eða þess hluta hennar, sem afnotin taka til, enda sé réttur til afnotanna byggður á heimild einkaréttar eðlis. Grágás hafi að geyma ákvæði um tilteknar tegundir ítaka, eins og til dæmis rekaítök. Þar sé berum orðum gert ráð fyrir því að rekaréttur geti verið skilinn frá jörð, sbr. eftirfarandi:

„Hverr maðr a reka fyrir landi síno vidar ok sela oc huala oc fiska nema þar se sölum selt frá lande eða gefit eða goldit [...]“ Svipuð ákvæði séu svo í Jónsbók. Þannig bendi flest til þess að Ísleifur Einarsson sýslumaður hafi ekki átt meira en rekaítakið er hann gaf það kirkjunni. Af rekaítakinu verði þannig ekkert ráðið um landamörk Fellsjarðar, nema að eftir gjöfina hafi jörðin eða kirkjan átt fjöromörk í samræmi við gjöfina. Af þessum gjafagerningi verði hins vegar ráðið að heimaland Fellsjarðarinnar hafi ekki náð til þess hluta af sandinum þar sem þessi rekafjara er og það sé þó rekafjara austan við Breiðamerkurfjöru. Þessi fjara og Breiðármerkurfjara séu einmitt taldar til þjóðlendu utan við eignarland Fells. Sama megi ráða af afsalinu frá 31. maí 1891, þegar selt var ½ Fell og tilheyrandi fjara og ½ Breiðármerkurfjara. Í þessu afsali séu þessar tvær fjörur ekki taldar til eignarlands Fellsjarðar.

Á Felli hafi verið bændakirkja í eigu bóndans þar Ísleifs. Hefði fjaran verið hluti af jörðinni Felli og undirorpin beinum eignarrétti jarðareiganda vegna náms hefði hún að mati aðalstefnanda verið hluti af heimalandi jarðarinnar. Heimalönd jarða hafi verið gefin kirkjum að öllu leyti eða að hluta. Frá hvaða jörð þetta rekaítak sé komið og hvernig Ísleifur eignaðist það sé ekki vitað, en til sé að menn hafi talið sig eiga rekaítak í almenningfjörum eða einskis manns landi.

Hér fyrr var fjallað um samninginn frá 1854 milli Hofsbænda og eiganda Fells um fjöromörk milli Fells annars vegar og Fjallsfjöru og Breiðamerkurfjöru hins vegar. Umboð Hofsbænda til að semja um fjöromörk fyrir eyðijarðirnar Fjall og Breiðá hafi ekki verið fyrir hendi og á þessum tíma hafi ekki verið samið um meira land en þá var jökullaust, sem varla hafi náð nema á að giska 300 metra til landsins.

Jafnframt þessu megi enn ítreka það að hvorki Hofsbændur né afkomendur Gísla Halldórssonar virðast telja sig eiga annað en afnotarétt að landi Breiðármarkar.

Sérstaklega erfitt sé að gera sér grein fyrir því hvort og þá hvernig land jarðarinnar Fells hafi verið framselt til hinna ýmsu aðila. Þar sé um að ræða nokkra löggerninga sem tiltaki einungis hluta eða hundruði lands, en ekki hvort þessir hlutar séu úr úrskiptu landi og þá við hvaða heildarland sé miðað. Núverandi vesturmörk styðjist við ákvörðun hreppstjóranna 1922 og austurmörkin séu ákvörðun eiganda og ábúanda næstu jarðar við Fell, Reynivalla, eftir að Fellsjörðin er ónýt orðin, komin í aur og yfirgefin. Þá njóti alls ekki við nokkurra heimilda um norðurmörk jarðarinnar, nema lögfestunnar frá 1851, sem þó nefni bara Breiðamerkurjökul. Getgátur séu auðvitað um að jörðin hafi í fyrndinni átt land allt upp í Esjufjöll. Þessar getgátur komi fram í bókinni „Byggðasaga Austur-Skaftafellssýslu”, en þar sé því haldið fram

að mestur hluti Mávabyggða og öll Esjufjöll hafi talist til Fellslands áður fyrr. Þessa ályktun dragi greinarhöfundur af því að hann telur að Ísleifur Einarsson sýslumaður hafi dæmt bændur, sem þangað sóttu villifé, til sektar vegna eignarréttar síns að fjöllumum. Sigurður Stefánsson sýslumaður á Smyrlabjörgum hafi aðra skýringu á þessu eins og fram komi í sýslulýsingu hans frá 1746. Segi hann sektirnar grundvallast á því að sektir hafi legið við því að hagnýta sér ómarkað fé í stað þess að bjóða það upp eins og lög munu hafa gert ráð fyrir. Þá telji Sigurður að Mávabyggðir tilheyra Örafum, en aðrir telji að hann eigi við Esjufjöll. Þannig séu misvísandi heimildir um til hvaða hreppi fjöllin tilheyrðu og þá sé einnig mjög ólíklegt að fjöllin hafi verið innan landamerkja einhverrar jarðar. Heimildirnar um villiféð vitni gegn því að beinn eignaréttur hafi verið til fjallanna.

Skýringin á því hvernig landamerki Fells eru færð inn á kröfukort sé sú að allar heimildir um merki Fells lúti að ákvörðunum um fjörumörk og ekki annað. Um austurmörk segi þannig í landamerkjabréfi „að Fellsárfoss ber í mitt Hrollaugshólaskarð, og er sú beina lína í sjó, sem þá verður fjörumark“. Þarna séu tveir punktar þegar þá ber saman af fjörunni látnir ráða fjörumörkum. Berum orðum segi ekki annað og því sé fráleitt að telja landamerkjalinu ná frá fjörumörkunum í Fellsárfoss og þaðan í mitt Hrollaugshólaskarð. Sama eigi við um vesturmörkin samkvæmt ákvörðun hreppstjóranna 1922. Þar sé verið að ákveða fjörumörk og um leið hreppamörk á landi, sem náð hefðu nokkurhundruð metra frá ströndu. Notaðir séu þrír punktar til að bera saman og fá þannig meiri nákvæmni. Þessir þrír punktar séu „varða hlaðin á graskoll í fjörunni og hún á að bera austast í Hálfðánaröldu uppi undir jökli og í Kaplaklif í Mávabyggðum, allt bein lína“.

Þá tiltekur aðalstefnandi að stærð þess lands sem viðurkennt er að sé undirorpið beinum eignarrétti Fells sé talsvert meiri en lönd bæja austur í Suðursveit, þar sem á mörgum stöðum hafi verið fleirbýlt. Á eignarlandinu væri hægt að reka stórbú ef landgæði væru svipuð og voru fyrir eyðingu jarðarinnar.

4. Mótrök við úrskurði óbyggðanefndar.

Í úrskurði óbyggðanefndar var byggt á því að af hálfu íslenska ríkisins hafi ekki verið sýnt fram á að land innan tilgreindra landamerkja jarðarinnar Fells væri þjóðlenda og rannsókn óbyggðanefndar hafi einnig leitt til þeirrar niðurstöðu að um eignarland væri að ræða. Aðalstefnandi telur þessa sönnunarbyrði ekki verða lagða á hann þar sem hann hafi engin eignarskjöl að þjóðlendum fyrr en eftir úrskurði

óbyggðanefndar. Þjóðlendum séu það land sem útaf standi þegar mörk eignarlandanna hafa verið skilgreind og þau verði aldrei skilgreind nema með lögfullri sönnun. Sé þetta sama sönnunarregla og í Jónsbók, landsleigubálki 26. kap i.f., sbr. landsyfirréttardóm kveðinn upp 25. janúar 1892 í máli bæjarstjórnar Reykjavíkur og hreppsnefndar Seltjarnarneshrepps gegn eiganda Elliðakots. Svo virðist sem óbyggðanefnd telji beinan eignarrétt geta komið til greina ef minnsti vafi er um hvort skilgreina beri land sem þjóðlendu eða ekki. Í málinu fyrir óbyggðanefnd hafi engar sannanir verið lagðar fram af hálfu gagnstefnenda um nýtingu lands utan þjóðlendukröfulínu aðalstefnanda, en á því hafi verið þörf þar sem hér sé um gróðurlaus háfjöll og öræfi að ræða. Hafi Hæstiréttur hingað til hafnað að öræfi og háfjöll geti verið undirorpin beinum eignarrétti.

Þá byggi óbyggðanefnd á því að land á kröfusvæðinu hafi verið numið frá sjávarmáli að þáverandi jökulbrún að minnsta kosti og styðst í þeim efnum við það að fremur séu líkur til þess að landsvæðið sé innan upphaflegs landnáms. Þarna sé nám og þar með beinn eignarréttur byggður á líkum þótt vitað sé að nám hafi einungis þurft til að brjóta land undir bújörð en ekki til takmarkaðra nota. Land sem liggur yfir ákveðinni hæð yfir sjó verði aldrei nýtt til búrekstrar hér á landi við óbreytt veðurfar og Hæstiréttur hafi fram að þessu aldrei viðurkennt nám og beinan eignarrétt að háfjöllum og öræfum að jökulrótum. Í úrskurði óbyggðanefndar (bls. 141) sé beinlínis á því byggt að á kröfusvæðinu sé gróður vart að finna fyrir ofan 500-600 metra hæð og víða liggi mörk samfellds gróðurs neðar.

Þá komist óbyggðanefnd að þeirri niðurstöðu að þegar merki jarðar eru miðuð við jaðar jökuls og þeim ekki lýst nema að takmörkuðu leyti í landamerkjabréfi beri að miða við stöðu jökuljaðarsins við gildistöku þjóðlendlaga 1. júlí 1998. Á þetta geti aðalstefnandi ekki fallist. Hafi beinn eignarréttur jarðar náð að jökli þegar landamerkjalyking er gerð geti ekki orðið til landauki og land jarðar þannig stækkað frá merkjagerðinni upphaflegu til þess er þjóðlendlög voru sett 1998. Þjóðlendlögin hafi engu breytt um eignarlönd heldur skilgreint allt land, sem ekki var fyrir undirorpið beinum eignarrétti, sem þjóðlendu. Engu breyti um eignarrétt að landi hvort það sé hulið vatni, snjó, ís eða jökli. Á bls. 141 í úrskurði óbyggðanefndar sé lýst framskriði Breiðamerkurjökuls. Segi þar að framskriði austurjökulsins hafi verið 9 km á tímabilinu 1732-1890 og 45 km² lands hafi á því tímabili horfið undir ís. Lengst hafi jökuljaðarinn náð fram 1894, eða 256 metra frá sjó. Eftir það hafi hann tekið að hopa, hægt í fyrstu en hratt eftir 1930. Árin 1934-1935 hafi Jökulsárlón farið að koma

fram við jökulsporðinn og Jökulsá tekið til við að grafa sér fastan farveg til sjávar. Lónið hafi stækkað og 1991 hafi jökulsporðurinn legið 3 km frá sjó. Lögfesta Fells 1851 miði við jökuljaðar, sem sé rétt við sjó á miklu kuldaskiði og landamerkjabréf Fells sé ritað 1922, tólf árum áður en Jökulsárlón kemur undan jökli. Enginn hafi markað sér þennan nokkurra kílómetra landauka með skriflegum yfirlýsingum. Óbyggðanefnd ákveði hins vegar að bæta honum við það land sem eigendur Fells hefðu lögfest sér í óþökk þeirra sem sóttu manntalsþingið 1852, sem lögfestan var lesin á.

Þá byggi óbyggðanefnd á því að fyrir liggi landamerkjabréf fyrir Fell og vísar þar til einhliða yfirlýsingar Eyjólfis R. Sverrissonar, eiganda og ábúanda Reynivalla frá 1. maí 1922, sem reyndar sé þinglýst og greini aðeins vestur- og austurmörk. Byggir nefndin á því að í landamerkjabréfi sé austurmörkum beinlínis lýst í jökul, þrátt fyrir að orðalag bréfsins segi ekki annað en „að Fellsárfoss ber í mitt Hrollaugshólaskarð og er sú beina lína í sjó sem verða fjörumörk“. Í þessu sambandi sé bent á að Fellsárfoss sé talsvert fyrir sunnan kröfulínu aðalstefnanda. Þá sé jafnframt bent á að landamerkjalög mæli fyrir um form landamerkjabréfa og eigi þau að vera samningar milli eiganda aðliggjandi eignarlanda og það eitt eigi hreppstjóri að tryggja að samþykkis þeirra sé leitað. Ef enginn er til samþykkis, eins og þegar eignarland liggur að þjóðlendu, sé þessi skylda ekki fyrir hendi. Í Landsyfírréttarmálinu nr. 57/1909, sem dæmt var 15. ágúst 1910, segi að framlagning einhliða landamerkjaskrár af hálfu eiganda Brautarholts geti eðlilega ekki haft neitt sönnunargildi fyrir rétti hans sjálfs til þess ítaks sem málið snérist um. Þannig sé einhliða landamerkjalyking lögð að jöfnu við aðilaskýrslu í einkamáli, það er að sönnunargildið sé einungis um þau atriði sem eru aðilanum í óhag. Sama túlkun hafi einnig verið álitin eiga við um lögfestur.

Til þess að rökstyðja norðurmörk vísi óbyggðanefnd til einhliða lögfestu frá 1851, sem reyndar hafi verið mótmælt af öllum hlutaðeigandi á manntalsþingi að Hofi í Örafum 5. maí 1852. Í henni segi: „Að ofanverðu takmarkar Breiðamerkur jökull land jarðarinnar allt að Breiðamerkur á.“ Vegna þessa er bent á að Breiðamerkurjökull sé nafnið á skriðjöklinum sem rennur fram á Breiðamerkursand, en það nafn sé ekki á jöklinum sem liggur að Veðurárdölunum og Miðfellunum. Á þessari lögfestu byggi óbyggðanefnd þrátt fyrir að nefndin komist svo að orði í almennum ályktunum sínum (bls. 41 í úrskurði) að dómstólar hafi lítið lagt upp úr lögfestum sem sönnunargögnum um tilvist eignarréttinda, en ekki sé útilokað að þær geti ásamt öðru haft þýðingu.

Eins og fram komi í úrskurði óbyggðanefndar (bls. 136 og 137) hafi miklar deilur verið um miðja 19. öld milli Hofseigenda og eiganda Fells um eyðiland Breiðármerkur vestan Jökulsár og báðir deiluaðilar viljað eigna sér það land. Hefðu Hofsmenn gert lögfestu 1851 og Fellsmenn sama ár. Hefðu þessar lögfestur skarast að því leyti að báðir vildu eigna sér landið frá Breiðá að Jökulsá. Úr þessum ágreiningi hafi verið leyst með sáttargerð milli eigenda Hofs og Fells 8. júní 1854. Þar sé samið um að Felli skuli tilheyra „öll grasnyt og virkilegur eignarréttur“ austan við mörk Fjallsfjöru og Breiðármerkurfjöru, beina stefnu úr fjörunni og í Svörturák á jöklinum upp undan Breiðá og undan hvorri hún rennur. Um þetta segi í úrskurði óbyggðanefndar: „Með hliðsjón af umfjöllun um Jökulsá í lögfestu Hofsmanna, meintri helmingseign Hofsmanna í Breiðármörk og elstu heimildum um hreppamörk á þessu svæði er hugsanlegt að í þessum samningi hafi falist skipting Breiðármerkur á milli Hofs og Fells og þannig ný vesturmerki Fells í Breiðá. Um það verður þó ekkert fullyrt. Það er allt eins víst að vesturmörk Fells hafi ávallt verið í Breiðá.“ Þarna staldri óbyggðanefnd við eignarréttarlegan vafa eins og víðar í úrskurðinum varðandi Fell. Þetta atriði hefði þurft að kryfja frekar. Fyrir hafi legið að Breiðármörk hafi verið jörð og um það vitað hvenær hún fór í eyði. Jörðin hafi verið innan landnáms Þórðar illuga, sem fengið hafi land milli Jökulsár og Kvíár. Einungis ein sögusögn sé til um að Jökulsá hafi runnið vestar en nú og alla sönnun skorti fyrir því. Þannig verði að byggja á því að jörðin Breiðármörk hafi náð að Jökulsá. Byggir aðalstefnandi á því að beinn eignarréttur að jörðinni hafi fallið niður eftir að jörðin ónýttist. Aðliggjandi jarðir hafi nýtt reka, sem var það eina sem eftir hafi staðið. Deilurnar um miðja 19. öld milli Hofs og Fells séu deilur milli þeirra sem mestir hafa verið valdamenn í hreppunum tveimur sem þarna lágu saman, Hofshreppi og Borgarhafnarhreppi. Hvorir um sig hafi viljað sölsa undir sig og sinn hrepp sem mest af landi, en einmitt um miðja 19. öld hafi ýmsir aðilar verið að keppast við að ná undir sig sem mest af hinum fornu almenningum hér á landi. Hefðu Hofsmenn og Fellsmenn verið eigendur að hálfu að Breiðármörk og verið um jörð að ræða hefðu þeir vafalaust leyst málið með því að þinglýsa jörðinni á báða aðila í hlutföllunum 50/50, en þar sem land Breiðármerkur hafi ekki lengur verið jörð hafi skiptingin orðið með þeim hætti að helmingi af landinu hafi verið bætt við Fell og þar með Borgarhafnarhrepp. Það sé þvert á móti sönnun um að Breiðármörk hafi ekki verið jörð þegar hér var komið sögu og hinn beini eignarréttur, sem stofnað hafi verið til í öndverðu, verið fallinn niður. Þannig hafi átt að blasa við óbyggðanefnd að um þjóðlendu væri að ræða.

Um landið frá Jökulsá og að kröfulínu ríkisins séu til heimildir og á þeim byggi íslenska ríkið og rökstyðji það álit sitt að um þjóðlendu sé að ræða og framsal á því landi sé einfaldlega framsal á rekarétti en ekki landi. Óbyggðanefnd víki sér hins vegar undan því að fjalla um þetta í forsendum úrskurðar síns. Þessi heimild sé vísitasía Jóns Vídalín á Felli í Suðursveit frá 1706, þar sem segi að kirkjan eigi að gjöf sýslumannsins Ísleifs Einarssonar reka á Fellsfjöru frá Breiðármerkur eystra fjörumarki 5 hundruð faðma tólfræð svo langt austur eftir sandi sem tilvinnst. Er um þess gjöf fyrr fjallað og sömuleiðis afsalið 31. maí 1891 fyrir ½ Felli og tilheyrandi Fjöru og ½ Breiðármerkurfjöru. Standi ótvíræð rök til þess að ekki verði litið á þessar fjörur sem hluta af heimlandi Fells.

Í jarðabók Ísleifs Einarssonar 1709 er greint frá því að Fell eigi afrétt í Veðurárdal. Um þessa heimild álykti óbyggðanefnd á þann veg að þetta verði ekki talið leiða til þess að viðkomandi landsvæði sé undirorpið óbeinum eignarrétti heldur þvert á móti talið að líkur séu til þess að um sé að ræða áréttingu á því að jörðin viðurkenni ekki óbein eignarréttindi annarra á viðkomandi hluta jarðarinnar. Sé vandséð hvernig óbyggðanefnd geti komist að þessari niðurstöðu. Ekki segi í jarðabókinni að afréttarlandið Veðurárdalur sé í landi jarðarinnar, heldur sé þess getið að jörðin eigi afrétt. Jörð geti ekki átt afrétt. Afréttarréttindi geti hins vegar fylgt jörð og séu þessi óbeinu eignarréttindi þá eign eiganda jarðarinnar. Einkarétt sinn til afréttarlands hafi jarðeigendur yfirleitt tryggt sér með því að innlima afrétti inn í land jarða. Þá hafi enginn getað eignað sér beit í landinu nema með því að fá samþykki á lögfestu eða samþykki fyrir ítakinu með áritun á landamerkjabréf þeirrar jarðar sem ítakið fylgir.

Þá telji óbyggðanefnd að fyrirbyggjandi gögn bendi ekki til annars en að landamerkjum sé rétt lýst svo langt sem sú lýsing nær. Landamerkjabréfið sé þinglesið og fært í landamerkjabók og á því byggt um merki jarðarinnar án þess að séð verði að komið hafi fram athugasemdir yfirvalda eða ágreiningur við nágranna. Svo segi að landamerkjaskrá milli Fells í Borgarhafnarhreppi og Breiðamerkur í Hofshreppi og landamerkjabréf Reynivalla hafi einnig verið þinglesin án athugasemda. Þetta bendi til þess að lýsing merkja hafi verið í samræmi við það sem almennt var talið gilda. Jafnframt telji óbyggðanefnd að eigendur Fells hafi um langa hríð haft réttmætar ástæður til að vænta þess að merkjum sé þar rétt lýst. Ekki sé rökstutt hvaða eignarréttarlega þýðingu um skilgreiningu á mörkum eignarlanda og þjóðlendu það hafi að þinglýsing landamerkjaskrár sé athugasemdalaus, né hvar það

hafi stöð í íslenskum réttarreglum að réttmætar ástæður eigenda um landamerki hafi eignarréttarlega þýðingu. Landamerkjälög leggi þá skyldu eina á hreppsstjóra að gæta að því að merkjalýsingar við eignarlönd séu áritaðar af eigendum hlutaðeigandi jarða. Hreppsstjórar Hofshrepps og Borgarhafnarhrepps hefðu haft frumkvæði að því að ákvarða mörkin í vestri á þessu kröfussvæði sem hreppamörk og segja þau jafnframt landamerki. Engin ástæða hafi verið til að ætla að sömu aðilar færu að amast við þinglýsingu sömu merkja. Það liggja þó beint við að hafi hreppstjórinn í Borgarhafnarhreppi talið hreppamörkin og vestri mörk Fells liggja að eignarlandi Breiðármerkur þá hefði hann ekki átt að þinglýsa landamerkjabréfinu fyrr en að fengu samþykki eiganda Breiðármerkur. Réttmætar ástæður um rétt landamerkjabréf séu ekki til í íslenskri lögfræði. Réttmætar væntingar afréttarhafa Gnúpverjaafréttar, Einars Benediktssonar, Títan h/f og síðan íslenska ríkisins um beinan eignarrétt að Búrfelli og Skeljafelli hafi ekki verið þungar á vogarskálunum þegar óbyggðanefnd hafi úrskurðað viðkomandi land þjóðlendu. Hér kveði við annan tón. Fell hafi farið í eyði og úr notum 50 árum áður en landamerkjabréfið var gert. Einu verulegu notin af því landi, sem ágreiningur stendur um og gagnstefnendur telja að tilheyri Felli, hafi verið undir ferðapjónustu við Breiðamerkurlón.

VII.

Í gagnstefnu vísa gagnstefnendur fyrst til þess að því er varðar málsástæður þeirra og lagarök að jörðin Fell hafi verið innan marka landnáms Hrollaugs Rögnvaldssonar, sem Landnáma greinir að hafi numið land austan frá Horni til Kvíár. Örnefni þessi séu þekkt enn þann dag í dag og enginn vafi sé um það við hvað sé átt. Fell nái frá Fellsá að austan og vestur á sveitamörkin milli Suðursveitar og Öraefasveitar vestan Jökulsár. Á fyrstu öldum eftir landnám hafi landslag á þessu svæði verið öðru vísi en nú er. Talið sé að Breiðamörk hafi þá verið gróið sléttlendi sem gæti hafa náð langt í norður frá núverandi jökulsporði. Þar sem áður hafi verið gróin mörk hafi jökullinn í gegnum aldirnar grafið landið hundruði metra niður fyrir sjávarmál. Meðan Fell var í byggð hafi jörðin verið bústaður stórbænda og höfðingja. Hafi hún verið talin eitt af mestu höfuðbólum sýslunnar, landmesta jörðin og fyrir miðja 18. öld mesta slægjujörð í Suðursveit. Aðeins þrjár jarðir í sýslunni hafi verið taldar hundraðafleiri en Fell. Vísa gagnstefnendur að því er framangreint varðar til skrifa fræðimanna sem eru á meðal gagna málsins. Við landnám hafa stofnast beinn og fullkominn eignarréttur að jörðinni. Hafi Hæstiréttur talið að lýsingar Landnámu á umfangi landnáms hafi sönnunargildi við mat á því hvort stofnast hafi til eignarréttar

yfir tilteknu landsvæði. Vísa gagnstefnendur hvað þetta varðar til dóms Hæstaréttar í dómasafni 1960, bls. 726, en þar segi svo: „Af þessari frásögn Landnámu er auðsætt, að hinar umdeildu engjar hafi í öndverðu verið hluti af landi Skeljabrekku“. Þá sé í dómi réttarins í dómasafni 1994, bls. 2227, á því byggt að „[í] kjölfar landnáms virðist Geitland hafa verið fullkomið eignarland.“ Óbyggðanefnd hafi í úrskurðum sínum tekið undir þessi sjónarmið Hæstaréttar og talið að Landnáma lýsi að minnsta kosti þeirri skiptingu lands sem menn töldu rétta eða voru ásáttir um á ritunartíma einstakra gerða hennar. Telji nefndin að skýrar frásagnir Landnámu hafi sönnunargildi um tilvist eignarréttar og að frásagnir hennar bendi almennt séð til þess að landnám hafi í einhverjum tilvikum náð lengra inn til landsins en lýst landamerki jarða á síðari tímum. Vísist um þetta til almennra niðurstaðna óbyggðanefndar, til dæmis í málinu nr. 4/2000 (bls. 114 í úrskurði). Í almennum niðurstöðum sínum, til dæmis í máli nr. 4/2000 (bls. 161 í úrskurði), telji óbyggðanefnd einnig að almennt megi gera ráð fyrir að jörð sé landsvæði sem upprunalega hafi verið ráðstafað úr einstökum landnámu, stofnað til nýbýlis á eða eignarhefð unnin yfir. Gagnstefnendur taki undir þessi sjónarmið óbyggðanefndar. Sé samkvæmt þessu komin fram lögfull sönnun fyrir því að jörðin Fell hafi verið innan marka landnáms Hrollaugs Rögnvaldssonar.

Eftir sé hins vegar að svara því hversu langt til norðurs jörðin náði. Í því sambandi sé að mörgu að huga og ekki hvað síst að því hvernig jökla- og gróðurfar hefur þróast frá fyrstu árum Íslandsbyggðar. Í greinum vísindamannanna, sem gagnstefnendur vísa til hvað þetta varðar og fram hafa verið lagðar í málinu, komi fram að landslag á svæðinu hafi breyst verulega frá landnámsöld. Jöklar hafi þá ekki verið eins nálægt ströndinni og nú er. Framlagðar mælingar Raunvísindastofnunar Háskóla Íslands sýni áætlaða legu Breiðamerkurjökuls á fyrstu öldum eftir landnám. Þar sjáist að jökullinn hafi aðeins náð niður að Skálabjörgum neðst í Esjufjöllum. Mælingarnar sýni að við landnám hafi Breiðamörkin teygt sig inn að jökultungunum með svipuðum halla og Skeiðarársandur nú. Breiðamörkin hafi þá talist til láglandis, enda sé hún í aðeins 100 metra hæð yfir sjávarmáli rétt neðan við Skálabjörg. Talið sé einnig að mikið af því landi sem var íslaut við landnám hafi verið meira og minna gróið allt upp að 600-800 metra hæð. Birkiskógur og kjarr með gróskumiklum undirgróðri hafi vaxið inn eftir dölum og upp í að minnsta kosti 300-400 metra hæð í hlíðum fjalla, sbr. úrskurður óbyggðanefndar í málinu nr. 2/2001 (bls. 25-26). Þá komi fram í úrskurði nefndarinnar í máli nr. 4/2000 (bls. 111) að birkiskógur og kjarr hafi sett langmestan svip á gróðurfar í láglandis- og hlíðarbeltum og að þetta hafi

verið langverðmætasta landið. Byggja gagnstefnendur á því að þetta land hafi verið numið í öndverðu. Hafa verði í huga að einmitt á þessu landsvæði sé láglandi almennt mjög lítið. Orðið sjálft, Breiðamörk, segir líka mikið eitt út af fyrir sig, það er breið mörk. Fornar sagnir um að Esjufjöll og Mávabyggðir hafi tilheyrt Felli styðji líka að Breiðamörkin hafi verið numin. Þá benda gagnstefnendur á þá staðreynd sem meðal annars komi fram í úrskurði óbyggðanefndar í málinu nr. 2/2001 (bls. 141), að ekki hafi fundist heimildir um aðra byggð í Breiðumörk en ýmsar hjáleigur frá Felli sem hafi því verið innan marka landnámsins. Byggja gagnstefnendur á því með vísan til vísindarannsóknna og sögulegra heimilda að svo miklar líkur séu á því að Breiðmörkin hafi verið numin við landnám og þá tilheyrt Felli að sá sem haldi öðru fram hljóti að hafa sönnunarbyrði fyrir þeirri staðhæfingu sinni. Í þessu sambandi sé rétt að minnast þeirrar almennu niðurstöðu óbyggðanefndar, til dæmis í málinu nr. 4/2000 (bls. 161 í úrskurði), að líkur séu á því að land, sem samkvæmt fyrirbyggjandi heimildum sé eða hafi verið jörð, sé beinum eignarrétti háð. Sönnunarbyrðin fyrir öðru hvíli á þeim sem haldi slíku fram. Hér skipti lega þrætulandsins einnig máli. Í dómum, þar sem reynt hafi á sönnunargildi Landnámu við úrlausn um eignarréttarlega stöðu lands, hafi Hæstiréttur þannig horft til þess hvort þrætuland liggi nálægt byggð, hversu hátt yfir sjó það standi og hvernig gróðurfari þar sé háttáð. Í því máli sem hér er til meðferðar sé þessum spurningum svarað. Landamerkin við landnám séu skýr og örnefnin, sem miðað er við, þekkt. Landið teljist lágland í beinu framhaldi af ströndinni og talið sé að það hafi verið sveipað gróðri. Telja gagnstefnendur samkvæmt þessu að líta verði til legu Breiðamerkur, þar á meðal hæðar yfir sjávarmáli, fjarlægðar frá byggð, gróðurfars við landnám og breytinga á jökklafari, þegar lagt er mat á líkindi þess að hún hafi verið numin þegar á landnámsöld.

Þá hafna gagnstefnendur því alfarið að breytingar á legu jökuls geti orðið til þess að landamerki breytist eða færist úr stað. Þó að það snjóí á jörð eða vatn myndist á henni geti það ekki valdið því að landamerki hennar færist úr stað. Það sé ekki ásættanleg niðurstaða að náttúruhamfarir geti valdið því að landamerki breytist. Miklu eðlilegra sé að sömu sjónarmið gildi og fram koma í vatnalögum um að „eigi [breytist] merki þótt farvegur breytist“ og „vötn skulu renna sem að fornu hafa runnið“, sbr. 2. mgr. 3. gr. og 7. gr. laganna. Málið snúist fyrst og fremst um sönnunarleg atriði, það er hvaða land það var sem var numið í öndverðu við landnám. Dómkröfur gagnstefnenda, eigenda jarðarinnar Fells, miðist við það.

Heimildir frá 16. öld séu til um Fell. Bendi heimildir ekki til annars en að nokkuð samfelld búseta hafi verið á Felli frá því að jarðarinnar er fyrst getið og þar til hún fór í eyði. Byggja gagnstefnendur á því að fyrirbyggjandi heimildir gefi sterka vísbendingu um að um sjálfstæða jörð hafi verið að ræða og að líkur séu á að hún hafi verið innan upphafslegs landnáms í Austur-Skaftafellssýslu.

Varðandi merki jarðarinnar Fells gagnvart aðliggjandi eignarlöndum og þjóðlendu byggja gagnstefnendur á fyrirbyggjandi landamerkjaskrá, það er „landamerkjaskrá jarðarinnar Reynivalla í Borgarhafnarhreppi“ frá 8. apríl 1888, „landamerkjaskrá fyrir Fellslandi“ frá 1. maí 1922 og „landamerkjaskrá milli Fells í Borgarhafnarhreppi og Breiðumerkur í Hofshreppi“ frá 13. maí 1922. Tvær hinar síðastnefndu hafi verið gerðar með stoð í landamerkjalogum nr. 41/1919 sem þá höfðu nýlega tekið gildi. Með lögunum hafi beinlínis verið að því stefnt að koma lagi á landamerki milli jarða. Í almennum niðurstöðum óbyggðanefndar í máli 4/2000 (bls. 154 í úrskurði) komi fram að samkvæmt ákvæðum landamerkjaloganna frá 1882 og 1919 hafi sú skylda hvílt á sýslumanni að hafa eftirlit með því að menn uppfylltu skyldur sínar um skrásetningu merkja. Þannig hafi hann í raun verið vörslumaður almannahagsmuna og ríkisvaldsins og gert athugasemdir ef ekki var um lögmæta gerninga að ræða. Ofangreindar landamerkjaskrár hafi verið gerðar við þessar kringumstæður. Þær hefðu verið gerðar í góðri trú og eftir því sem menn töldu réttast á þeim tíma. Þá hefðu þær verið þinglesnar á manntalsþingum og innfærðar í landamerkjabók Skaftafellssýslu. Á þeim hafi síðan verið byggt varðandi landamerki hinna tilgreindu jarða og án ágreinings við nágretta eða sveitarfélög. Bendi þetta eindregið til þess að lýsing merkja samkvæmt þeim hafi verið í samræmi við það sem almennt var talið gilda, sbr. almennar niðurstöður óbyggðanefndar í málinu nr. 4/2000 (bls. 154 í úrskurði), en hið sama eigi við í þessu máli.

Gagnstefnendur telja með vísan til þeirrar almennu niðurstöðu óbyggðanefndar, sem meðal annars sé að finna í málinu nr. 4/2000 (bls. 163 í úrskurði), að leggja verði til grundvallar að jörð, svo sem hún er afmörkuð í landamerkjabréfi, sé beinum eignarrétti háð. Útilokað sé að fullyrða um rétta afmörkun og órofa yfirfærslu eignarréttinda allt frá landnámi til dagsins í dag. Sama gildi um land sem samkvæmt fyrirbyggjandi heimildum er eða hefur verið jörð. Sá sem haldi öðru fram hljóti að hafa sönnunarbyrði fyrir þeirri staðhæfingu sinni, sbr. sami úrskurður á bls. 161.

Landamerkjaskrá Reynivalla frá 1888 „er undirrituð og samin af ábúendum jarðanna Reynivalla og Breiðabólstaðar 1885 en dagsett og send til birtingar 1888, undirrituð af viðkomandi presti 1890 og afrituð sama ár“ eins og það er orðað í skránni. Fell fór í eyði 1873 svo sem áður er getið, en var að mestu eftir það í eigu ábúandans á Reynivöllum, Eyjólfssonar og afkomenda hans. Það sé því ekkert óeðlilegt þótt landamerkjaskráin sé eingöngu undirrituð af ábúendum Reynivalla og Breiðabólstaðar. Landamerkin eins og þeim er lýst þarna fari algerlega saman við lýsingu merkja í landamerkjaskránni frá 1. maí 1922 og miða eigendur beggja jarðanna Fells og Reynivalla við sömu landamerki enn þann dag í dag. Landamerkjaskráin frá 13. maí 1922 fari síðan saman eftir því sem við á við landamerkjaskrána frá 1. maí 1922, sem undirrituð hafi verið af eigendum og ábúendum Reynivalla sem einnig áttu Fell, að minnsta kosti að stórum hluta. Að því er varðar landamerkjaskrána frá 13. maí 1922 byggja gagnstefnendur á því að hreppstjórar Hofshrepps og Borgarhafnarhrepps hafi haft fullt umboð jarðeigenda til þess að undirrita síðastnefndu landamerkjaskrána, enda sé ekki vitað til þess að sérstakur ágreiningur hafi komið upp um hana. Landamerkin og hreppamörkin séu virt að eigendum aðliggjandi jarða enn þann dag í dag.

Lítilsháttar ágreiningur hafi verið um vestari landamerkin á 19. öld. Þann ágreiningur hafi jarðeigendur leyst með „sattargjörð“ frá 8. júní 1854 milli eigenda jarðanna Fells og Hofa í Örafum sem undirrituð hafi verið af eigendum beggja jarðanna til þess að „jafna þá miskljúð sin á millum er risinn var ut af hinna sjarnemdu meintu eignartilfalli til nokkur parts grasnitja austann meiginn Breidáar á Breidumerkur Sandi svoleidis: að öll grasnit initjar og virkilegur eignaréttur Skal hereptir einasta til heira Felli í Sudursveit [...]“. Sáttargerðin veiti landamerkjaskránni stoð, enda aðeins 68 ár á milli þess sem löggerningar þessir voru undirritaðir. Krafa gagnstefnenda um landamerki Fells vestan jökulsár styðjist enn fremur við lögfestu Hofsbænda frá 1851.

Að því er varðar framhald eystri landamerkja jarðarinnar til norðurs frá Fellsfossi og upp með Fellsgljúfri eftir Þverártindsegg í Snæfell þá styðjast þau að sögn gagnstefnenda við frásagnir bænda á svæðinu. Þessi landamerki hafi verið og séu kunn á meðal þeirra. Þá styðjast þau við eðli máls. Þverártindsegginn sé eins og hnífsblað og þannig vel til þess fallin frá náttúrunnar hendi að skipta löndum. Það hafi því þótt sjálfsagt og eðlilegt að miða við hana í framhaldi af Fellsárgljúfri og því engin ástæða til að nefna hana sérstaklega í landamerkjalyýsingu. Ástæða sé til að

vekja athygli á því að á korti sé hún sýnd sem jökull, en það sé hún ekki. Lega landamerkjanna til norðurs að öðru leyti sé í fullu samræmi við legu Breiðmerkurinnar á fyrstu öldum eftir landnám og svo sem áður er rakið. Einnig sé hún í fullu samræmi við landamerki jarðarinnar til vesturs. Breiðamörkin sé eins og römmuð inn á milli landamerkjanna, það er frá vörðu í fjörunni til norðurs í Kaplaklif í Mávabyggðum og í austur til Esjufjalla og þaðan í Snæfell, síðan suður aftur eftir Þverártindsegg og niður í Fellsárgljúfur að Fellsfossi og þaðan beina línu í gegnum Hrollaugshóla að vörðu í fjörunni.

Varðandi umfang og stærð jarðarinnar telja gagnstefnendur að líta verði til þess að meðan að jörðin var í byggð hafi hún verið bústaður stórbænda og höfðingja og talin eitt af mestu höfuðbólum sýslunnar og landmesta jörðin.

Þá byggja gagnstefnendur á sjónarmiðum um hefð til stuðnings kröfum sínum. Byggja þeir á því að hafi þeir ekki átt beinan eignarrétt að jörðinni hafi þeir að minnsta kosti öðlast hann fyrir hefð, sbr. 2. gr. laga nr. 46/1905 um hefð. Byggja þeir á því að þeir og forfeður þeirra hafi um árabil haft svo víðtæk umráð yfir jörðinni að það eitt hljóti að vera vísbending um eignarhald. Nægi í þessu sambandi að vísa til sögulegra heimilda samkvæmt framlögðum gögnum. Gagnstefnendur og aðrir landeigendur hafi í aldanna rás nytjað jörðina á margvíslegan hátt til dæmis beitt þar sauðfé. Fornar sagnir séu um fé í Esjubyggðum sem renni stoðum undir víðáttumikið eignarhald á jörðinni. Það að jökullinn hefur farið yfir landið á síðustu öldum og þannig komið í veg fyrir nýtingu á því landi breyti engu um eignarhaldið.

Gagnstefnendur byggja á því að þó að duttlungar náttúrunnar hafi um tíma dregið úr möguleikum jarðeigenda til að nýta jörðina eða alfarið komið í veg fyrir það þá geti það ekki ráðið úrslitum um það hvert eignarréttur þeirra náí. Gagnstefnendur nýti hins vegar jökulinn og lónið í dag. Þar sé rekin ferðaþjónusta, en gagnstefnendur leigi aðstöðu fyrir siglingar um lónið. Þá hafi svæðið verið vettvangur kvikmyndagerðar og gagnstefnendur verið viðsemjendur þeirra aðila sem nýttu það með þessum hætti. Þannig hafi nýting jarðarinnar þróast og breyst í aldanna rás.

Þá byggja gagnstefnendur á traustfangsreglum til stuðnings kröfum sínum. Landamerkjaskrár jarðarinnar hafi verið þinglýst á manntalsþingum og færðar í sérstakar skrár. Þá séu gagnstefnendur þinglýstir eigendur jarðarinnar svo sem þinglýsingarvottorð beri með sér.

Þá byggja gagnstefnendur á því að aðalstefnandi hafi ekki aðeins sýnt málinu algert tómlæti fram til þess að hann lagði fram kröfulýsingu fyrir óbyggðanefnd,

heldur hafi vörslumenn hagsmuna aðalstefnanda beinlínis lagt blessun sína yfir landamerkin, svo sem að framan sé rakið.

Þá vísa gagnstefnendur til ákvæða þinglýsingalaga. Þeir hafi þinglýsta eignarheimild í skilningi 25. gr. laganna fyrir jörðinni. Hvorki ríkið né aðrir hafi nýtt sér heimild í 2. mgr. 27. gr. þeirra um að fá leiðréttingu á færslu í fasteignabók þinglýst á eignina. Af þessu leiði að jarðeigendur hafi þinglýsta eignarheimild fyrir jörðinni eins og hún sé afmörkuð í dag samkvæmt landamerkjaskrá.

Loks vísa gagnstefnendur til 72. gr. stjórnarskrárinnar um friðhelgi eignarréttarins til stuðnings kröfum sínum.

VIII.

1.

Í málinu er tekist á um mörk eignarlands jarðarinnar Fells í Suðursveit í Sveitarfélaginu Hornafirði og Þjóðlendu. Leita málsaðilar endurskoðunar á úrskurði óbyggðanefndar frá 14. nóvember 2003 um þessi mörk, sbr. 19. gr. laga nr. 58/1998 um Þjóðlendur og ákvörðun marka eignarlanda, Þjóðlendna og afrétta.

Í kröfu aðalstefnanda felst svo sem fram er komið að mörk Þjóðlendu og eignarlands liggja langt innan marka þess landsvæðis sem gagnstefnendur telja vera undirorpið beinum eignarrétti sínum. Hefur aðalstefnandi dregið kröfulínu sína frá punkti við sjó í beina stefnu á Prestfell og í Þröng í jaðri Breiðamerkurjökuls. Þaðan liggur línan beint í Fellsárgljúfur, um það bil miðja vegu milli Fellsárfoss og Fellsjökuls. Samkvæmt þessari kröfugerð er landsvæði á austanverðum Breiðamerkursandi Þjóðlenda. Þannig eru Jökulsárlón og hluti Stemmulóns innan Þjóðlendu samkvæmt þessu. Hið sama á við um landsvæði sem liggur á milli Breiðamerkurjökuls og jökulsvæðis austan hans. Í því felst að meðal annars er gerð krafa um að Hvítingsdalur, Veðurárdalur og Veðurárdalsfjöll séu innan Þjóðlendu. Á móti hafa gagnstefnendur lýst kröfu um beinan eignarrétt að stórum hluta Breiðamerkurjökuls og jökulsvæðinu vestan við Þverártindsegg og Snæfell.

Í athugasemdum sem fylgdu frumvarpi því er varð að lögum nr. 58/1998 er tekið fram að ekki verði í lögum settar sérstakar sönnunarreglur eða lagaskilyrði fyrir því að land teljist eignarland í merkingu laganna, heldur ráðist það af almennum sönnunarreglum og réttarheimildum sem færðar eru fram í einstöku tilviki. Gildir sú regla sem endranær að sá sem telur til eignarréttinda yfir landi verður að færa fram heimildir fyrir eignartilkalli sínu sé það dregið í efa. Skipan mála var hins vegar breytt með lögum nr. 58/1998 að því leyti að eigandalaust land var með þeim fellt undir

eignarráð aðalstefnanda. Í kafla V hér að framan er gerð grein fyrir þeim heimildum sem til skoðunar koma við úrlausn málsins og í köflum VI og VII eru málsástæður aðilanna raktar.

2.

Af heimildum um landnám í Suðursveit verða ekki dregnar ályktanir sem á er byggjandi varðandi það álítaefni hvort land norðan við kröfulínu aðalstefnanda, sem dregin er úr punkti á Staðarfjallstindi í Staðarfjalli og í punkt í Breiðumerkurjökli við Pröng, hafi verið numið. Á bls. 134 í úrskurði óbyggðanefndar er þessu landsvæði lýst. Í þeirri lýsingu segir svo meðal annars: „Bærinn [á Felli] stóð vestur undir Fellsfjalli. Vestur með fjallinu eru háir hamrar og ber þar hæst Daðahnútu (u.þ.b. 800 m). Norðvestur af Daðahnútu er Hellrafjall. Þá tekur við Veðurárdalur. [...] Dalkvosin skiptist um Miðfell en Miðfellsár renna hvor sínu megin við það og skila þær sér í Veðurá undir jökli. Norðvestan við dalinn er Útgönguháls. Sunnan við Miðfell gengur Hvítingsdalur inn í fjalllendið í 300-400 m hæð yfir sjávarmáli. Vestan við Miðfell er Veðurárdalsegg (u.þ.b. 1000 m) og norðaustan við það er Þverártindsegg (1554 m) umkringd jökultotum sem ganga fram úr Vatnajökli og smájöklum sem skilist hafa frá jökulbreiðunni. Norðan við Veðurárdalsegg er Innri-Veðurárdalur. Í botni hans er stórt jökullón. Fyrir dalbotninum er Veðurárdalskambur (1203 m) en vestan við dalinn rís Prestfell (1006 m) beint á móti fjallinu Fauska (944 m) sem er sunnan við dalsmynnið. Í framhaldi af Prestfelli til norðurs eru Innri-Veðurárdalsfjöll og ná þau að Svöludal. Sunnan í Veðurárdalsfjöllum er Mávatorfa og við hana austanverða gengur Draugagil til norðurs. Á þeim tíma sem jöklar voru stærstir náðu Breiðamerkurjökull og jökullinn á og umhverfis Þverártindsegg saman í Innri-Veðurárdal. Prestfell, Veðurárdalsfjöll, Mávatorfa og Draugagil voru því um skeið umkringd jökli.“ Þessu til viðbótar verður af gögnum málsins ráðið að hæð Miðfells, sem getið er um hér að framan, sé um það bil 1000 m, og að hið sama eigi við um Veðurárdalsfjöll (Innri-Veðurárdalsfjöll), sem eru skammt norðan við fjallið Fauska og Innri-Veðurárdal.

Fram kemur í úrskurði óbyggðanefndar að í fjalllendi í Suðursveit sé lítinn gróður að finna ofan við við 500-600 m hæð og víða liggi mörk samfellds gróðurs neðar. Fellsfjallið sé þó að hluta allvel gróið, en fjalllendið norður af því lítið gróið vegna hæðar og halla. Við landnám hafi mikið af því landi sem þá var íslaust verið meira og minna gróið upp að 600-800 m hæð nema klettabelti og brattar, lausar skriður.

Krafa aðalstefnanda um að mörk þjóðlendu og eignarlands til norðurs eigi að vera þau sem framangreind kröfulína felur í sér er aðallega á því reist að engin efni séu til að líta svo á að stofnast hafi til beins eignarréttar að landi norðan kröfulínunnar fyrir nám. Hafi þetta svæði aldrei verið undirorpið beinum eignarrétti, en hljóti nú að falla til ríkisins sem þjóðlenda, sbr. 1. mgr. 2. gr. laga nr. 58/1998. Telur aðalstefnandi að í heimildum um landnám í Suðursveit komi glögg fram að hálendi, fjöll og öræfi hafi ekki verið numin til eignar og að námið hafi einungis náð til þess lands sem byggð reis á. Hæstiréttur hafi gert ríkar sönnunarkröfur fyrir tilvist beins eignarréttar að landi á mörkum byggðar. Í því sambandi skipti hæðarlínur miklu máli, enda í rökréttu samhengi við staðhætti, víðáttu og gróðurfar, sem Hæstiréttur hafi einkum litið til þegar mörk jarða gagnvart óbyggðum eru ákveðin. Hins vegar verði að ganga út frá því að land sunnan þessarar kröfulínu hafi verið numið í öndverðu og nýtt til búskapar allt árið.

Samkvæmt framansögðu og öðrum gögnum sem lögð hafa verið fram í málinu er það svæði norðan kröfulínu aðalstefnanda, sem gagnstefnendur telja til beins eignarréttar yfir, mjög hálent og gróðursnautt þegar litið er til þess í heild. Þá er það að stórum hluta hulið jökli. Enda þótt gróður hafi við landnám náð talsvert ofar en nú má að þessu virtu fallast á það með aðalstefnanda að staðhættir og gróðurfar á þessu svæði mæli gegn því að stofnað hafi verið til beins eignarréttar yfir því með námi. Má til hliðsjónar að því er þetta varðar vísa til dóms Hæstaréttar frá 21. október 2004 í málinu nr. 48/2004. Eru þá engin efni til að gera greinarmun hvað þetta varðar á þeim hluta svæðisins sem nú er hulinn jökli og þeim hluta þess sem er jökullaus.

Krafa gagnstefnenda um að viðurkennt verði að þeir eigi beinan eignarétt að því landsvæði sem hér er til umfjöllunar styðst einkum við lögfestu frá 24. júlí 1851, landamerkjabréf Fells og landamerkjabréf jarðarinnar Reynivalla, en hún liggur svo sem fram er komið að landi Fells í austri.

Samkvæmt landamerkjabréfi fyrir Fell 1. maí 1922 er austurmörkum jarðarinnar lýst í sömu línu og fjörumörkum, þannig að þau séu þar sem Fellsárfoss ber í mitt Hrollaugshólaskarð. Svo sem rakið er í úrskurði óbyggðanefndar gengur lýsing á austurmörkum jarðarinnar skemur í þessu landamerkjabréfi en í lögfestunni frá 24. júlí 1851, þar sem er að finna fyrstu heildstæðu lýsinguna á landamerkjum Fells, og landamerkjabréfi fyrir Reynivelli 8. apríl 1888, en í þessum síðasttöldu heimildum er mælt fyrir um það að frá fossinum ráði Fellsárgljúfur mörkum að jökli. Þá segir í lögfestunni að Breiðamerkurjökull takmarki land jarðarinnar að ofanverðu

allt að Breiðamerkurá. Skal í þessu sambandi tekið fram að Breiðamerkurjökull afmarkast að austanverðu af Veðurárdalsfjöllum og Fellsfjalli.

Lögfesta hefur verið skilgreind sem skriflegt bann eiganda eða ábúanda fasteignar gegn því að aðrir noti landið innan ákveðinna ummerkja. Er tekið undir það með aðalstefnanda að dómstólar hafi haft tilhneigingu til þess að taka lítið mark á lögfestum þar sem þær hafi að geyma einhliða lýsingu á merkjum. Eru engin efni til að gefa lögfestum aukið vægi í málum af því tagi sem hér um ræðir, það er þegar tekist er á um mörk eignarlands og þjóðlendu. Landamerkjabréf felur hins vegar í sér ríkari sönnun fyrir inntaki eignarréttar á svæði, sem þar er lýst, enda þótt meta verði gildi hvers bréfs sérstaklega.

Í tilvitnuðum dómi Hæstaréttar í máli nr. 48/2004, þar sem fjallað er um gildi landamerkjabréfa, segir svo meðal annars: „Hins vegar verður ekki litið framhjá þeirri mótbáru aðaláfrýjanda að landamerki Úthlíðartorfu voru ósamþykkt að öðru leyti en áður greinir, þar sem engum hafi verið til að dreifa sem fyrir gildistöku laga nr. 58/1998 gat sem handhafi beins eignarréttar gert samninga um mörk þess lands, sem nú nefnist þjóðlenda. Er þess þá jafnframt að gæta að með því að gera landamerkjabréf gátu menn ekki einhliða aukið við land sitt eða annan rétt umfram það, sem verið hafði.“ Er það niðurstaða Hæstaréttar að landamerkjabréf nægi ekki eitt og sér til að sanna beinan eignarrétt eiganda að öllu landi, sem bréfið tekur til, heldur verði önnur atriði jafnframt að koma til, sem stutt geti sömu niðurstöðu. Sé þá einkum til þess að líta hvort fyrir hendi séu eldri heimildir sem fallið geta að lýsingu í landamerkjabréfinu, enda stangist sú lýsing heldur ekki á við staðhætti, gróðurfar og upplýsingar um nýtingu landsins.

Fallist er á það með óbyggðanefnd að krafa gagnstefnenda um beinan eignarrétt þeirra að jökulsvæðinu vestan við Þverártindsegg hafi ekki stoð í þeim heimildum um landamerki jarðarinnar Fells sem getið er um hér að framan.

Andstætt því sem á er byggt í úrskurði óbyggðanefndar fær dómurinn ekki séð að sú frásögn í Jarðabók Ísleifs Einarssonar frá 1709, að Fell eigi afrétt í Veðurárdal, feli annað og meira í sér. Verður þannig ekki talið að þessi heimild gefi vísbendingu um að eignarhald á þessu svæði kunní að hafa verið með öðrum hætti en þeim að aðeins hafi verið um að ræða óbein eignarréttindi.

Samkvæmt framansögðu er kröfugerð gagnstefnenda að því er tekur landsvæðisins norðan kröfulínu aðalstefnanda í andstöðu við líkur sem teljast vera á því að stofnað hafi verið til beins eignarréttar yfir því með námi. Andspænis þessu og

með vísan til þess sem að öðru leyti er rakið hér að framan geta ákvæði lögfestunnar frá 24. júlí 1851 og landamerkjabréfa ekki leitt til þeirrar niðurstöðu að taka megi kröfu gagnstefnenda um mörk eignarlands og þjóðlendu á þessum hluta hins umdeilda kröfusvæðis til greina, en eignartilkall þeirra að því styðst ekki við aðrar heimildir. Aðrar málsástæður, sem gagnstefnendur hafa teflt fram til stuðnings þessari kröfu sinni, eru með sama hætti haldlausar. Ber í því sambandi sérstaklega að nefna að engin efni eru til að líta svo á að gagnstefnendur eða þeir sem áttu jörðina Fell á undan þeim hafi öðlast beinan eignarrétt að umræddu svæði í skjóli hefðar, sbr. 1. gr. og 1. mgr. 2. gr. laga nr. 46/1905 um hefð, enda benda heimildir ekki til annars að í besta falli hafi verið um að ræða hefðbundin afréttarnot af litlum hluta svæðisins sem ekki geta stofnað til beinna eignarréttinda yfir því. Þá getur meint tómlæti aðalstefnanda að því er varðar tilkall hans til þessa lands hér engu skipt og tilvísun gagnstefnenda til ákvæða þinglýsingalaga til stuðnings kröfum þeirra er með öllu þýðingarlaus.

Samkvæmt framangreindu og svo sem kröfugerð aðilanna er háttað er fallist á það með aðalstefnanda að þau mörk eignarlands jarðarinnar Fells og þjóðlendu, sem hér hafa verið til umfjöllunar, verði þau sem í kröfugerð hans greinir. Í því felst meðal annars að allt jökullaust land norðan markalínunnar telst vera þjóðlenda.

3.

Það á að miklu leyti við um þann hluta kröfusvæðisins, sem ekki hefur verið tekin afstaða til samkvæmt framansögðu, að málsaðilar eru um það sammála að landsvæðið, sem um ræðir, hafi verið numið í öndverðu og að það hafi þannig verið undirorpið beinum eignarrétti. Er undir þetta tekið, enda ekki annað komið fram en að staðhættir þar og gróðurfar hafi ekki staðið landnámi í vegi.

Eins og áður greinir er jarðarinnar Fells fyrst getið í heimildum frá 16. öld. Er almennt talið að hún hafi verið höfuðból fyrr á öldum. Fyrstu heimildina um landamerki jarðarinnar er að finna í áðurgreindri lögfestu frá 24. júlí 1851. Þá er eins og áður greinir getið um landamerki hennar í austri í landamerkjabréfi fyrir Reynivelli frá árinu 1888 og um landamerki hennar í vestri í landamerkjabréfi milli Fells og Breiðumerkur frá 13. maí 1922. Landamerkjabréf fyrir Fell var hins vegar gert 1. maí 1922. Í öðrum heimildum um jörðina verður ekkert um landamerki hennar ráðið, ef undan eru skilin sáttargjörð frá 8. júní 1854 á milli Fells- og Hofsbænda og gerðabók fasteignamatsnefndar í Austur-Skaftafellssýslu frá árinu 1916, en í gerðabókinni kemur meðal annars fram að „[stórvatnið] Jökulsá á Breiðamerkursandi“ falli um land

jarðarinnar og að sæluhús sé í landi jarðarinnar vestan við Jökulsá. Þannig er enga lýsingu á merkjum jarðarinnar að finna í skjölum sem vísað hefur verið til í málinu og varða sölu eða veðsetningu hennar.

Landamerkjabréf fyrir Fell er einvörðugu undirritað af Eyjólfí (Runólfssyni) Sverrissyni. Þá er landamerkjabréf milli Fells og Breiðumerkur undirritað af hreppstjórum Hofs- og Borgarhafnarhrepps og öðrum ekki. Í báðum þessum landamerkjabréfum er vesturmörkum Fells lýst með nánast sama hætti. Þannig segir svo um þetta í landamerkjabréfi Fells: „Landa og fjöromörk að vestan milli Borgarhafnarhrepps og Hofshrepps er varða hlaðin á fjörunni vestan við hornið á nýgræðunum sem á að bera í Hálfðánaröldu uppi undir jökli og í Kaplaklif í Máfabygðum og er það bein lína á milli Fells og Breiðamerkurlanda og fjöromörk.“ Ekki er ágreiningur um upphafspunkt við sjó samkvæmt þessari merkjalýsingu.

Í 2. gr. laga nr. 41/1919 um landamerki er mælt fyrir um hvernig staðið skuli að gerð landamerkjabréfa og opinberri skráningu þeirra. Hefur efni ákvæðisins að því marki sem hér skiptir máli staðið óhaggað allt frá setningu laganna. Samkvæmt því skal eigandi lands eða fyrirsvarsmáður sýna merkjalýsingu, sem honum ber að gera, hverjum þeim sem land á til móts við hann. Skal sá rita samþykki sitt á merkjaskrá, nema hann telji hana ranga, enda skal þess þá getið ef einhver vill eigi samþykkja hana. Að þessu loknu skal merkjaskrá afhent hreppsstjóra, sem skal athuga hvort allir aðilar hafi ritað á hana samþykki sitt, og geta þess í skránni, og að því búnu afhenda hana sýslumanni til þinglýsingar. Að mati dómsins hníga rök eindregið að því að við gerð landamerkjabréfa sem varða vesturmörk Fells hafi þessum lagafyrirmælum verið fylgt að því marki sem unnt var. Þá verður með engu móti staðhæft að með þeim hafi verið gengið lengra í að fella land undir eignarland Fells en þá tilheyrði jörðinni með réttu. Er í því sambandi á það minnt að þau sjónarmið sem áður eru rakin og lúta að staðháttum, gróðurfari og öðrum þáttum, sem máli skipta um sönnun á beinum eignarrétti, benda ótvírætt til þess að landsvæði austan þeirrar markalínu sem þarna er lýst og inn til landsins hafi verið numið og beinn eignarréttur að því stofnast. Þykir hér verða að líta svo á að merki til vesturs samkvæmt landamerkjabréfunum hafi verið í samræmi við það sem menn vissu réttast á þeim tíma sem þau voru gerð. Engir aðrir en gagnstefnendur hafa síðar og fram að kröfulýsingu aðalstefnanda fyrir óbyggðanefnd í lok árs 2000 talið til beins eignarréttar yfir því landsvæði sem hér er til umfjöllunar og ekki er vitað til þess að á þessum sama tímabili hafi komið upp ágreiningur um efni landamerkjabréfanna að þessu leyti. Enda þótt ráða megi af

heimildum að mörk milli Fells og Breiðármerkur hafi engan veginn verið ljós allt fram undir það að landamerkjabréfin voru gerð verður gagnstefnendum ekki gert, við þær aðstæður sem uppi eru í málinu, að sýna frekar fram á það en gert hefur verið að merkjum Fells til vesturs sé þar réttilega lýst. Verða þau að þessu virtu lögð til grundavallar við ákvörðun landamerkja Fells til vesturs, enda þykja gögn og sjónarmið sem vísað hefur verið til af hálfu aðalstefnanda til stuðnings annarri niðurstöðu ekki vera til þess fallin að hnekkja þessari ályktun dómsins.

Að mati dómsins er nærtækast að skilja landamerkjabréf Fells á þann veg að um norðurmörk jarðarinnar hafi verið miðað við rönd Breiðamerkurjökuls. Er þannig fallist á það með óbyggðanefnd að það orðalag sem notað er við lýsingu á vesturmörkum jarðarinnar bendi fremur til þess að þar sé tekin stefna af Kaplakklifi í Mávabyggðum og merki Fells nái þar að jökulrönd, heldur en að þau liggi yfir jökullinn og að Mávabyggðum. Er þessi niðurstaða í samræmi við lögfestu Fells frá árinu 1851 og þá staðreynd að mörkum til norðurs er ekki sérstaklega lýst í landamerkjabréfum. Hefur jökullinn þannig afmarkað það land sem máli skipti með tilliti til mögulegra nytja og tilgreining merkja á þessu svæði til norðurs því verið óþörf.

Fyrir liggur að verulegur hluti lands sunnan Breiðamerkurjökuls var áður hulinn jökli. Kemur fram í heimildum að á tíma landnáms hafi 20 km verið íslausir frá strönd að Vatnajökli. Á nær samfelldu kuldaskiði frá 14. öld og fram að byrjun 20. aldar varð mikil breyting hér á með framskriði Breiðamerkurjökuls. Var framrás hans nær stöðug á þessu tímabili. Mun framskrið austurjökulsins, þar sem nú er Jökulsá, hafa verið alls 9 km á tímabilinu 1732-1890 og 45 km² lands horfið undir ís. Lengst mun jökuljarðarinn hafa náð fram árið 1894, eða 256 m frá sjó. Eftir það tók hann að hopa, hægt í fyrstu en hratt eftir 1930. Árin 1934-1935 fór Jökulsárlón að koma í ljós við jökulsporðinn. Það hefur síðan stækkað ört og dýpkað. Árið 1991 mun jökulsporðurinn hafa verið um 3 km frá sjó og hann hefur síðan haldið áfram að hopa.

Með því sem að framan er rakið er ljóst að þegar landamerkjabréf fyrir jörðina Fell var gert var stærstur hluti þess landsvæðis sunnan Mávabyggða og Esjufjalla, sem hér er til umfjöllunar, hulinn jökli. Svo sem fram er komið verður við það að miða að stór hluti þessa svæðis hafi verið numinn í öndverðu. Þá eru ekki efni til annars en að líta svo á að það hafi í sama mæli verið undirorpið beinum eignarrétti og með það farið sem hvert annað eignarland á meðan framskrið Breiðamerkurjökuls kom ekki í veg fyrir hefðbundna nýtingu þess.

Kröfugerð gagnstefnenda um að norðurmörk jarðarinnar Fells verði dregin frá Kaplasklifi í Mávabyggðum og til austurs í Esjufjöll og þaðan í Snæfell er í andstöðu við þann skilning sem dómurinn hefur lagt í landamerkjabréf jarðarinnar og áður er gerð grein fyrir. Standa heimildir ekki til þess að eignarland jarðarinnar verði afmarkað með þeim hætti sem þessi kröfugerð gerir ráð fyrir og verður henni því hafnað. Hvað sem þessari niðurstöðu dómsins líður þarf hér að taka afstöðu til þess hvernig fara skuli með það land sem komið hefur undan Breiðamerkurjökli frá árinu 1922, en hér er fyrir hendi sú aðstaða að sá jökuljaðar, sem samkvæmt framansögðu telst hafa verið horft til þá er merkjum var lýst í jökul, hefur gengið til baka. Má í samræmi við það sem áður er rakið ganga út frá því að það landsvæði sé talsvert stærra en það land sem jökullaust var sunnan Breiðamerkurjökuls við upphaf þessa tímabils.

Úr því hefur ekki verið leyst í lögum eða dómum hvort og þá hvernig landamerki breytist þegar jökull hverfur af svæði sem hann hefur áður hulið. Í þessu tiltekna máli hefur dómurinn engar forsendur við að styðjast til að ákvarða legu jökuljaðarins árið 1922, enda hefur málatilbúnaður málsaðila í engu lotið að því að staða hans þá geti ráðið mörkum eignarlands og þjóðlendu. Þá er það svo að fram að gildistöku þjóðlendlaga 1. júlí 1998 fóru eigendur Fells með þetta svæði sem sína eign og að stærstum hluta um áratugaskeið, athugasemdalaust eftir því sem næst verður komist. Þykja ekki vera efni til annars en að líta svo á og hvað sem öðru líður að gagnstefnendur og þeir sem þau leiða rétt sinn frá hafi á greindu tímamarki haft umráð mikils hluta þess lands, sem þá var komið undan jökli, í fullan hefðartíma, sbr. 1. mgr. 2. gr. laga nr. 46/1905 um hefð, og með þeim unnið beinan eignarrétt að því. Hins vegar eru engar forsendur til að ákvarða mörk þess landsvæðis sem þannig yrði farið með.

Í úrskurði sínum í máli nr. 2/2001 hefur óbyggðanefnd komist að þeirri niðurstöðu 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 jökuljaðarins við gildistöku þjóðlendlaga 1. júlí 1998. Í umfjöllun sinni um hugsanleg lagaleg viðmið í þessu sambandi gerir óbyggðanefnd meðal annars grein fyrir reglum um merki sjávarjarða til hafsins og þeirri niðurstöðu dómstóla að eigandi sjávarjarðar eignist landauka til sjávar. Þá segir þar að nýlegri löggjöf um eignarrétt íslenska ríkisins að auðlindum hafsbotnsins hafi ekki verið ætlað að hafa í för með sér að merki sjávarjarða til hafsins væru endanlega fastsett. Það er hins vegar niðurstaða

nefndarinnar að gildistaka þjóðlendulaga hafi undir þeim kringumstæðum, sem gerð er grein fyrir í úrskurðinum, haft það í för með sér að um merki jarða gagnvart jökli fari svo sem að framan greinir. Sé það í eðlilegu samræmi við markmið og tilgang löggjafarinnar að þessi merki verði fastsett (hnitasett) og að þau ráðist þannig í engu af breytingum sem verða á stöðu jökuljaðarins eftir það tímamark sem nefndin kys að miða við.

Andstætt því sem á er byggt af hálfu óbyggðanefndar fær dómurinn ekki séð að því verði fundin stoð í lögum nr. 58/1998 að gildistaka laganna marki þau skil að því er varðar réttindi yfir landi við jökul sem gengið er út frá í úrskurði nefndarinnar. Hefði í öllu falli verið nauðsynlegt að kveðið yrði með skýrum hætti á um það ef þjóðlendulögum hefði verið ætlað að hafa þessi réttaráhrif í för með sér og þá ekki hvað síst með tilliti þeirrar réttarverndar sem eignarréttindum eru veitt í 72. gr. stjórnarskrár. Breytir í þessu sambandi engu þótt þjóðlendulögin séu á því reist að landinu verði skipt í eignarlönd annars vegar og þjóðlendur hins vegar, né heldur það ákvæði 8. mgr. 3. gr. laganna að frá og með gildistöku þeirra sé ekki unnt að öðlast eignarréttindi innan þjóðlendna fyrir nám eða hefð. Er að mati dómsins nærtækast að við úrlausn um framangreint álitæfni verði litið til þeirrar grunnreglu sem hefur verið talin gilda hér á landi varðandi breytingu á fjöru og landauka sem þar verður til, enda sé ekki sýnt fram á að hluti jökuls sé innan eignarlands. Landamerki færast þannig til í samræmi við færslu jökuljaðarins og ráðist með því af skýrum náttúrulegum aðstæðum. Er hér til þess að líta að þegar eignarmörk eru miðuð við sjó svipar þeirri aðstöðu mjög til þess þegar merki jarðar eru miðuð við jökul. Verður reyndar ekki annað ráðið af úrskurði óbyggðanefndar en að hún telji að þessi regla hafi í reynd gilt um það land sem komið hefur undan jökli á síðari árum og fram til 1. júlí 1998, en gildistaka þjóðlendulaga þann dag hafi markað þau skil í þessum efnum sem áður er getið. Er enda vandséð að eigendur Fells hafi á öðrum grunni getað eignast land allt að jaðri Breiðamerkurjökuls miðað við stöðu hans á greindu tímamarki. Skal í þessu sambandi tekið fram að eins og gerð er grein fyrir í dómi Hæstaréttar frá 21. október 2004 í málinu nr. 48/2004 var ekki stefnt að því með þjóðlendulögum að skerða eignarrétt eða raska á annan hátt réttindum með því að eignir yrðu teknar af mönnum, heldur að ganga með tilteknum hætti úr skugga um hvort hvort viðhlítandi eignarheimildir væru fyrir eignarrétti. Enda þótt ljóst megi vera að framangreind niðurstaða um merki við jökul sé vissum annmörkum bundin er það einfaldlega svo

að mati dómsins að önnur niðurstaða fái að óbreyttum lögum ekki staðist við þær aðstæður sem hér eru uppi.

Gagnstefnendur hafa ekki uppi í málinu sérstaka varakröfu að frágenginni þeirri kröfu þeirra að mörk eignarlands Fells og Þjóðlendu verði dregin frá Kaplakklifi í Mávabyggðum og til austurs í Esjufjöll og þaðan í Snæfell. Með gagnstefnu er leitað endurskoðunar á þeirri niðurstöðu óbyggðanefndar að þessi mörk liggi mun sunnar en kröfugerð þeirra felur í sér og svo sem áður er gerð grein fyrir. Verður að telja að svo sem hér hagar til hafi dómurinn heimild til að taka afstöðu til þess hvar mörk eignarlands og Þjóðlendu skuli með réttu dregin innan þess svæðis sem ágreiningur er um samkvæmt kröfugerð aðilanna og að ekki hafi þannig verið þörf á því að hún yrði sérstaklega þrengd í þessu skyni. Með því að ákvarða mörk eignarlands og Þjóðlendu með þeim hætti sem framangreind niðurstaða gerir ráð fyrir telst dómurinn því ekki fara út fyrir dómkröfur aðilanna, sbr. 1. málsl. 1. mgr. 111. gr. laga nr. 91/1991 um meðferð einkamála.

Að öllu framansögðu virtu er það niðurstaða dómsins að jaðar Breiðamerkurjökuls eins og hann er á hverjum tíma skuli ráða mörkum eignarlands jarðarinnar Fells sunnan hans og Þjóðlendu á milli vestur- og austurmarka jarðarinnar svo sem þau hafa verið ákvörðuð með dómi þessum.

4.

Með vísan til þeirrar niðurstöðu dómsins, sem mælt er fyrir um í köflum 2 og 3 hér að framan, er úrskurður óbyggðanefndar 14. nóvember 2003 að því er varðar mörk eignarlands jarðarinnar Fells í Sveitarfélaginu Hornafirði og Þjóðlendu, sbr. a. liður 7. gr. laga nr. 58/1998 um Þjóðlendur og ákvörðun marka eignarlanda, Þjóðlendna og afrétta, felldur úr gildi. Skal um þessi mörk fara svo sem hér greinir og í samræmi við framlagðan uppdrátt: Til austurs frá vesturmörkum jarðarinnar Reynivalla í jökuljaðri Vatnajökuls, sem er punktur A. Þaðan er fylgt landamerkjum Fells vestan Reynivalla í punkt B þar sem lína úr punkti á Staðarfjallstindi (928 m) í Staðarfjalli liggur í punkt í Breiðamerkurjökli við Þröng, vestan Fellsfjalls, punktur C. Telst land norðan þessarar markalínu vera Þjóðlenda, en sunnan hennar eignarland Fells. Frá punkti C og að vesturmörkum jarðarinnar, sbr. hér síðar, skal jaðar Breiðamerkurjökuls eins og hann er á hverjum tíma ráða mörkum eignarlands sunnan hans og Þjóðlendu. Vesturmörk eignarlands Fells ákvarðast af línu sem dregin er úr hlaðinni vörðu við hornið á Nýgræðunum (P1) og þaðan í Kaplakkliif í Mávabyggðum (P2).

Rétt þykir að málskostnaður falli niður.

Allur gjafsóknarkostnaður gagnstefnenda skal greiddur úr ríkissjóði, þar með talin þóknun lögmanns þeirra, Reynis Karlssonar hæstaréttarlögmanns, sem þykir hæfilega ákveðin 1.000.000 krónur.

Þorgeir Ingi Njálsson héraðsdómari dæmir mál þetta.

D ó m s o r ð :

Úrskurður óbyggðanefndar 14. nóvember 2003 að því er varðar mörk eignarlands jarðarinnar Fells í Sveitarfélaginu Hornafirði og þjóðlendu, sbr. a. liður 7. gr. laga nr. 58/1998 um þjóðlendur og ákvörðun marka eignarlanda, þjóðlendna og afrétta, er felldur úr gildi. Skal um þessi mörk fara svo sem hér greinir og í samræmi við framlagðan uppdrátt: Til austurs frá vesturmörkum jarðarinnar Reynivalla í jökuljaðri Vatnajökuls, sem er punktur A. Þaðan er fylgt landamerkjum Fells vestan Reynivalla í punkt B þar sem lína úr punkti á Staðarfjallstindi (928 m) í Staðarfjalli liggur í punkt í Breiðamerkurjökli við Þröng, vestan Fellsfjalls, punktur C. Telst land norðan þessarar markalínu vera þjóðlenda, en sunnan hennar eignarland Fells. Frá punkti C og að vesturmörkum jarðarinnar, sbr. hér síðar, skal jaðar Breiðamerkurjökuls eins og hann er á hverjum tíma ráða mörkum eignarlands sunnan hans og þjóðlendu. Vesturmörk eignarlands Fells ákvarðast af línu sem dregin er úr hlaðinni vörðu við hornið á Nýgræðunum (P1) og þaðan í Kaplaklif í Mávabyggðum (P2).

Málskostnaður fellur niður.

Allur gjafsóknarkostnaður gagnstefnenda greiðist úr ríkissjóði, þar með talin þóknun lögmanns þeirra, Reynis Karlssonar hæstaréttarlögmanns, 1.000.000 krónur.

Þorgeir Ingi Njálsson

Rétt endurrit staðfestir.
Héraðsdómur Reykjaness 1. júlí 2005.