

D Ó M U R

Héraðsdóms Reykjavíkur 18. júní 2013 í máli nr. E-2057/2012:

Einar Jónsson

Félagsbúið Tungufelli og

Sigurjón Helgason

(Eiríkur Gunnsteinsson hrl.)

gegn

Íslenska ríkinu

og

íslenska ríkið gegn

(Björn Jóhannesson hrl.)

Einari Jónssyni

Félagsbúinu Tungufelli og

Sigurjóni Helgasyni

(Eiríkur Gunnsteinsson hrl.)

og

Kirkjumálasjóði

(Ólafur Björnsson hrl.)

I.

Mál þetta var höfðað 12. júní 2012 og dómtekið 22. maí 2013 að loknum munnlegum málflutningi.

Aðalstefnendur eru Einar Jónsson, til heimilis að Suðurengi 26, Selfossi, Sigurjón Helgason, til heimilis að Ofanleiti 11, Reykjavík og Félagsbúið Tungufelli í Hrunamannahreppi, en aðalstefndi er íslenska ríkið.

Gagnstefnandi er íslenska ríkið, en gagnstefndu eru Einar Jónsson, Sigurjón Helgason og Jón Óli Einarsson til heimilis að Tungufelli Hrunamannahreppi fyrir hönd Félagsbúsins Tungufelli og Guðmundar Þórs Guðmundssonar, til heimilis að Dreka­vogi 18, Reykjavík fyrir hönd Kirkjumálasjóðs, Laugavegi 31, Reykjavík.

Aðalstefnendur krefjast þess í aðalsök að aðalstefndi verði dæmdur til að greiða þeim 2.426.563 krónur ásamt dráttarvöxtum samkvæmt 1. mgr. 6. gr. laga nr. 38/2001, um vexti og verðtryggingu frá 1. janúar 2009 til greiðsludags. Þá er krafist málskostnaðar.

Aðalstefndi íslenska ríkið krefst sýknunar af öllum kröfum aðalstefnenda. Þá er krafist málskostnaðar.

Gagnstefnandi höfðaði mál á hendur aðalstefnendum og Kirkjumálasjóði með stefnu birtri 10. júlí 2012. Er þess krafist að felldur verði úr gildi úrskurður nefndar sem skipuð var samkvæmt 7. gr. girðingarlaga nr. 135/2001 til að skera úr um greiðslu kostnaðar vegna landamerkjagirðingar á mörkum Tungufells og Hrunaheiða, sem kveðinn var upp þann 29. september 2009. Þá er krafist málskostnaðar.

Gagnstefndu Einar og Sigurjón og félagsbúið Tungufelli krefjast sýknu af kröfu gagnstefnanda í gagnsök. Þá er krafist málskostnaðar.

Stefndi í gagnsök, Kirkjumálasjóður, krefst sýknu af kröfum gagnstefnanda. Þá er krafist málskostnaðar.

II

Málsatvik:

Aðalstefnendur óskuðu eftir því við forsætisráðuneytið með bréfi dags. 20. október 2006 sem ítrekað var með bréfi dags. 24. nóvember s.á., að ríkið tæki þátt í girðingarkostnaði vegna fyrirhugaðrar girðingar á merkjum Tungufells og Hrunaheiða í samræmi við 6. gr. girðingarlaga nr. 135/2001, í því skyni að verjast ágangi búfjár úr Hrunaheiðum. Var farið fram á að íslenska ríkið sem eigandi þjóðlendunnar greiddi 4/5 hluta kostnaðar við girðinguna en eigendur eða ábúendur Tungufells greiddu 1/5 hluta.

Með bréfum forsætisráðuneytisins til aðalstefnenda, dags. 4. desember 2006 og til Hrunamannahrepps, dags. 27. maí 2008, hafnaði ráðuneytið kröfu um kostnaðarþátttöku í girðingunni og vísaði í því sambandi til 6. gr. girðingarlaga nr. 135/2001, og forsögu þess, sbr. 7. gr. girðingarlaga nr. 10/1965 og laga nr. 24/1952. Tók ráðuneytið fram að ákvæði 6. gr. laganna hafi einkum verið hugsað þannig að þeir sem noti afréttinn fyrir búfénað bæru þyngri kostnað og m.a. skyldi taka tillit til ... *þess ágangs, er ábúendur fjalljarða verða oft við að búa af afréttarfénaði.* Það væri mat ráðuneytisins þegar litið væri til orðalags 6. gr. girðingarlaga og tilurðar þess, að kröfu um skiptingu kostnaðar samkvæmt ákvæðinu yrði ekki beint að forsætisráðuneytinu.

Í svarbréfi Prestsetrasjóðs, dags. 25. janúar 2007, sem er svar við bréfi ábúenda að Tungufelli hafnaði sjóðurinn greiðsluþátttöku í girðingunni. Tók sjóðurinn fram að það væri *eigandinn*, þ.e. ríkið, sem væri hinn rétti aðili málsins. Kirkjan hefði ekki notað landið til beitar um árabíl, þess vegna væri sjóðnum ekki skylt að girða landið. Kirkjan hefði ekki tekið ákvörðun um hvernig afrétturinn yrði nýttur í framtíðinni, en sl. áratugi hefði landið verið í umsjón Hrunamannahrepps samkvæmt óformlegu samkomulagi. Í svarbréfi landbúnaðarráðuneytisins til ábúenda að Tungufelli, dags. 16. apríl 2007 sem er svar við bréfi ábúenda, dags. 27. febrúar 2007, kom m.a. fram að ráðuneytið teldi sterk rök hníga til þess að 4/5 hlutar kostnaðar við girðingu milli heimalands og afréttar samkvæmt 6. gr. girðingarlaga yrði felldur á það upprekstrarfélag sem nýtti afréttinn. Vísaði ráðuneytið m.a. til laga nr. 6/1986 um afrétta- og fjallskilamálefni og eldri girðingarlaga varðandi tilurð og tilgang 6. gr. gildandi girðingarlaga.

Með bréfi hreppsnefndar Hrunamannahrepps til gagnstefnanda, íslenska ríkisins, þann 30. október 2007 kom fram að hreppsnefndin teldi eðlilegt í ljósi þess að Hrunaheiðar væru þjóðlenda að ríkissjóður Íslands tæki þátt í girðingarkostnaði á móti ábúendum á Tungufelli.

Á árinu 2009, tóku aðalstefnendur ákvörðun um að girða landið á eigin kostnað, þar sem ekki mætti bíða lengur með girðinguna. Var girt með 5.300 metra langri fimm strengja rafmagnsgirðingu og nam kostnaður vegna þess 3.033.204 krónum.

Í kjölfar beiðni Svans Einarssonar á Tungufelli var skipuð þriggja manna nefnd samkvæmt 7. gr. girðingarlaga nr. 135/2001 til þess að skera úr um kostnað vegna landamerkjagirðingar á mörkum Tungufells og Hrunaheiða. Nefndina skipuðu þeir Kristján BJ. Jónsson ráðunautur, tilnefndur af Hrunamannahreppi, Rúnar Steingrímsson, lögreglumaður og búfræðingur, tilnefndur af sýslumanninum á Selfossi, og Sigurður Jónsson hrl., tilnefndur af Búnaðarsambandi Suðurlands. Með úrskurði nefndarinnar, dags. 29. september 2009, var komist að þeirri niðurstöðu að íslenska ríkinu bæri sem eiganda þjóðlendunnar að greiða 4/5 hluta girðingarkostnaðar vegna afréttargirðingarinnar milli Tungufells og Hrunaheiða, samtals 2.426.563 krónur ásamt dráttarvöxtum frá 1. janúar 2009 til greiðsludags. Var það niðurstaða nefndarinnar að íslenska ríkið teldist eigandi Hrunaheiða í skilningi girðingarlaga og færi auk þess með umráð afréttarins. Í forsendum úrskurðarins ségir eftirfarandi:

Samkvæmt 2. gr. l. 58/1998 er íslenska ríkið eigandi lands og hvers konar landsréttinda og hlunninda í þjóðlendum sem ekki eru háð einkaeignarrétti. Megin tilgangurinn með setningu l. 58/1998 var einmitt að tryggja að svo skyldi vera. Að mati nefndarinnar er þannig ekki hægt að halda því fram að íslenska ríkið sé hvorki eigandi né notandi Hrunaheiða í skilningi girðingarlaga. Þvert á móti hljóti ríkisvaldið að vera eigandi landsins hvað sem líður notkun þess. Ekki sé öðrum til að dreifa sem eigendum. Auk þess fari ríkisvaldið með umráð landsins sem eigandi eins og kveðið er á um í 2. kafla l. 58/1998 og sé þar ekki heldur öðrum til að dreifa. Loks hafi með úrskurði óbyggðanefndar þann 21. mars 2002 verið staðfest að Hrunamannafréttur og Hrunaheiðar væru ekki eign annarra en ríkisvaldsins þó að Hrunaheiðar væru taldar afréttareign Prestsetrasjóðs. Spurningin sé einungis sú hvort skyldan til greiðslu kostnaðar við girðinguna skuli hvíla beint á

ríkinu sjálfu eða á Kirkjumálasjóði sem afréttareiganda ef hann getur talist það.

Um það álítaefni hvor sé eigandi í skilningi 6. gr. girðingarlaga, Prestsetrasjóður eða íslenska ríkið, vísaði nefndin til 62. gr. laga nr. 78/1997 um stöðu, stjórn og starfshætti þjóðkirkjunnar, þar sem fram komi að kirkjujarðir og aðrar kirkjueignir, sem þeim fylgi séu eign íslenska ríkisins, að frátöldum prestsetrum. Lög nr. 137/1993 um prestsetur hafi verið felld úr gildi með 7. gr. laga nr. 82/2007, **um breytingu á lögum um stöðu, stjórn og starfshætti þjóðkirkjunnar, nr. 78/1997** vegna samkomulags íslenska ríkisins og þjóðkirkjunnar, sem undirritað hafi verið 20. október 2006, þar sem íslenska ríkið afhenti þjóðkirkjunni til eignar prestssetur. Í 7. gr. samkomulagsins komi fram að prestsetursjarðir er séu afhentar, miði við landamerki jarða eins og þau séu talin vera þann 20. október 2006. Með samkomulaginu hafi átt að taka af öll tvímæli um eignarrétt að prestssetrum. Þá segir eftirfarandi í úrskurðinum: *Þó að jörðin Hruni ... sé ein þeirra jarða sem falla skyldu til kirkjunnar samkvæmt samkomulaginu, liggur ekki fyrir hvort Hrunaheiðar séu innan landamerkja jarðarinnar Hruna eins og þau eru eftir að henni var ráðstafað til Kirkjumálasjóðs með eignarheimild sem þinglýst var þann 4. desember 2007. Af bréfi Prestsetrasjóðs til eigenda Tungufells dags 25 janúar 2007 má ráða að sjóðurinn telji að svo hafi verið þó að áhersla sé þar lögð á eignarrétt ríkisins og að landið sé undir umsjón Hrunamannahrepps. Hvorki er í ofannefndri eignarheimild Kirkjumálasjóðs né í samkomulaginu frá 20. október 2006 tekið fram að afréttareignin á Hrunaheiðum fylgi prestssetursjörðinni Hruna. Í fasteignaregistri fyrir jörðina Hruna 166769 eru talin upp hús og ræktun en afréttareign á Hrunaheiðum er þar ekki talin meðal matseininga. Land Hrunaheiða og Hruna tengjast ekki landfræðilega.*

Með bréfi forsætisráðuneytisins, dags. 1. desember 2009, sem er svar við innheimtubrési fyrirvarsmanns aðalstefnenda vegna hins umþrætta girðingarkostnaðar, tók ráðuneytið fram að það hefði falið ríkislögmanni að fá úrskurði þeim sem lægi til grundvallar kröfu fyrirvarsmannsins hnekk.

Svanur Helgi Einarsson fyrirvarismaður Félagsbúsins Tungufelli gaf aðilaskýrslu fyrir dómi.

III

1. Málsástæður aðalstefnenda

Aðalstefnendur vísa til 5. og 6. gr. girðingarlaga nr. 135/2001 máli sínu til stuðnings. Þeir byggja á því að úrskurður nefndar skv. 7. gr. girðingarlaga, frá 29. september 2009, sé bindandi fyrir aðalstefnda. Tekið er fram að íslenska ríkið sé talinn eigandi lands og hvers konar landsréttinda og hlunninda í þjóðlendum sem ekki séu háð einkaeignarrétti, sbr. 2. gr. laga nr. 58/1998, um þjóðlendur og ákvörðun marka eignarlanda, þjóðlendna og afrétta. Ekki sé hægt að halda því fram að íslenska ríkið sé hvorki eigandi né notandi Hrunaheiða í skilningi girðingarlaga. Þvert á móti hljóti ríkisvaldið að vera eigandi landsins hvað sem líður notkun þess.

Ekki sé öðrum til að dreifa sem eigendum. Auk þess fari ríkisvaldið með umráð landsins sem eigandi eins og mált sé fyrir um í 2. kafla laga nr. 58/1998 og sé þar ekki heldur öðrum til að dreifa. Loks hafi verið staðfest með úrskurði óbyggðanefndar, þann 21. mars 2002, að Hrunamannaafréttur og Hrunaheiðar væru ekki eign annarra en ríkisvaldsins þó að Hrunaheiðar væru taldar afréttareign Prestssetrasjóðs. Spurningin sé einungis hvort skyldan til greiðslu kostnaðar við girðinguna skuli hvíla beint á ríkinu sjálfu eða á Kirkjumálasjóði sem afréttareiganda.

Af hálfu Kirkjumálasjóðs hafi verið upplýst að sjóðurinn hafi engin afnot haft af landinu þrátt fyrir að hann, hafi verið talinn afréttareigandi samkvæmt áðurgreindum dómi Hæstaréttar Íslands í máli nr. 133/2006. Af því leiði að ákvæði 6. gr. girðingarlaga, þar sem segir að *eigendur eða notendur* afréttar skuli greiða 4/5 hluta stofnkostnaðar girðingarinnar, geti einungis átt við um *eigendur* þar sem notendum sé ekki til að dreifa. Heiðarnar séu ekki í afréttarnotum íbúa Hrunamannahrepps og skipti engu máli hvort hreppurinn aðstoði við hreinsun þeirra að hausti, til að tryggja góð gangnaskil. Nefndin hafi talið nauðsynlegt í ljósi þessa, að athuga hvor aðilja teldist eigandi í skilningi 6. gr. girðingarlaga, þ.e. sá sem færir með fullkominn eignarrétt að landinu eða sá sem teldist afréttareigandi þess. Aðalstefnendur byggja jafnframt á því að aðalstefndi hafi látið undir höfuð leggjast að fá úrskurði nefndarinnar hnekkt og útiloki slíkt tómlæti varnir af hálfu aðalstefnda.

2. Málsástæður aðalstefnda íslenska ríkisins

Aðalstefndi telur úrskurð nefndar samkvæmt 7. gr. girðingarlaga rangan, þar sem íslenska ríkið geti ekki talist eigandi eða notandi afréttarins í skilningi 6. gr. girðingarlaga og af þeim sökum beri að fella hann úr gildi. Telur gagnstefnandi óumdeilt að Hrunaheiðar séu þjóðlenda og í eigu íslenska ríkisins samkvæmt 2. gr. þjóðlendulaga nr. 58/1998. Hrunaheiðar séu hins vegar afréttareign Kirkjumálasjóðs, sem eiganda prestssetursjarðarinnar Hruna í Hrunamannahreppi. Hruni hafi nýtt afréttareignina áður fyrr en Kirkjumálasjóður hafi síðar gert óformlegt samkomulag við Hrunamannahrepp um nýtingu á afréttareigninni.

Aðalstefndi vísar til 6. gr. girðingarlaga máli sínu til stuðnings. Orðalag ákvæðisins gefi til kynna að það sé fyrst og fremst nýting afréttarins og heimalanda sem ráði því hver skuli bera kostnað sem hljótist af girðingarframkvæmdum, þar sem talað sé um eigendur eða notendur afréttar og um eigendur eða ábúendur hlutaðeigandi jarða. Þetta sé eðlilegt þegar litið sé til tilurðar og forsögu lagaákvæðisins og þeirrar staðreyndar að girðingar milli afréttar og heimalanda séu fyrst og fremst til hagsbóta fyrir þá sem nýta viðkomandi landsvæði fyrir búfénað sinn, enda séu girðingarnar tilkomnar vegna þeirra nota. Með orðunum eigendur eða notendur afréttar í 6. gr. sé fyrst og fremst átt við þá sem eru afréttareigendur eða nýta afréttinn, sem langoftast eru afréttar- eða upprekstrarfélög eða sveitarfélög sem nýta hann til sumarbeitar fyrir búfénað. Sennilegt sé að ástæður þess að talað sé um eigendur eða notendur afréttar í lagagreininni sé annars vegar sú áhersla sem lögð er á nýtingu afréttarins og hins vegar sú staðreynd að áður fyrr var ákveðin óvissa um eignarréttarlega stöðu þessara svæða, en með tilkomu þjóðlendulaga hafi orðið breyting þar á.

Ekki sé um það deilt að Hrunaheiðar séu afréttareign eiganda jarðarinnar Hruna. Breyti engu í því sambandi þó að eigandi Hruna hafi ekki nýtt sjálfur afréttareignina á síðustu árum, heldur gert óformlegt samkomulag við sveitarfélagið, Hrunamannahrepp, um nýtingu á afréttareigninni. Afréttareigninni fylgi m.a. þau réttindi að geta nýtt hana til sumarbeitar fyrir búfénað en jafnframt fylgi afréttareigninni ákveðnar skyldur sem taki mið af þeim réttindum sem fylgi henni, svo sem smölun búfjár, verndun beitarlands, varnir gegn ágangi búfjár og annað sem kunni að falla til vegna sumarbeitar búfjár á afréttinum.

Þá bendi aðalstefndi á að væru Hrunaheiðar þjóðlenda en ekki jafnframt afréttareign, færi kostnaður væntanlega eftir 5. gr. girðingarlaga. Sú staðreynd að landið sé afréttareign leiði til þess að kostnaði við girðingarframkvæmdir skuli skipt samkvæmt 6. gr. laganna. Þörfin fyrir girðingar væri fyrst og fremst vegna réttinda afréttareigandans til að beita búfénaði sínum á afréttinn.

Með vísan til framangreinds telur aðalstefndi að kröfu um greiðslu kostnaðar samkvæmt 6. gr. girðingarlaga skuli beint að Kirkjumálasjóði, sem eiganda afréttareignarinnar.

3. Málsástæður gagnstefnanda íslenska ríkisins

Gagnstefnandi telur að fella beri úr gildi úrskurð nefndar sem skipuð var samkvæmt 7. gr. girðingarlaga nr. 135/2001. Hrunaheiðar séu afréttareign gagnstefnda Kirkjumálasjóðs og breyti engu í því sambandi þó að sjóðurinn eða þjóðkirkjan hafi ekki sjálf nýtt afréttareignina um árabil. Telur gagnstefndi að hafa verði í huga þegar litið sé til tilurðar 6. gr. gildandi girðingarlaga, að ákvæðið eigi sér rætur í réttarskipun sem hafi veri önnur en sé fyrir hendi í dag. Ljóst sé af forsögu ákvæðisins og lögskýringargögnum að megináhersla sé lögð á not afréttarins, þar sem vísað sé til þess að afréttar- og upprekstrarfélög eigi að bera aukinn kostnað umfram eigendur eða notendur heimalanda, enda girðingarnar m.a. tilkomnar vegna þess búfénaðar sem fært var til sumarbeitar á afréttinn. Ástæður þess að í 6. gr. girðingarlaga og forsögu þess hafi verið talað um eigendur eða notendur afréttar megi án efa rekja til þeirrar óvissu sem hafi ríkt fyrir gildistöku þjóðlendulaga nr. 58/1998, um eignarréttarlega stöðu þessara svæða. Þar sem girðingarlög séu yngri en lög nr. 58/1998, verði að beita ákvæðum girðingarlaga um afrétti innan þjóðlendna í ljósi þeirra laga. Sá greinarmunur sem gerður sé á eiganda og notanda í girðingarlögum hafi mikla þýðingu. Þegar óbyggðanefnd kveði á um mörk eignarlanda, þjóðlendna og afréttar liggja jafnframt fyrir af hálfu nefndarinnar hvort afréttur innan þjóðlendu sé afréttareign annars en eiganda þjóðlendunnar. Afréttareigninni fylgi ákveðin réttindi en þar sé fyrst og fremst um að ræða rétt til að nýta viðkomandi afréttareign til sumarbeitar fyrir búfé. Afréttareign fylgi ákveðin réttindi en einnig ákveðnar skyldur. Þær skyldur taki taki vissulega mið af þeim notum sem afréttareigandinn hafi af eigninni, svo sem verndun beitolands, smölun búfjár og aðgerðir til varnar ágangi búfjár á heimalönd, sbr. lög nr. 6/1986 um afréttarmálefni, fjallskil o.fl. Af framansögðu leiði að á afréttareigandanum hvíli einnig skylda til að standa straum af þeim kostnaði sem lagður er á notendur afréttarins samkvæmt ákvæðum girðingarlaga. Gagnstefnandi tekur fram að það sé óumdeilt að Hrunaheiðar séu afréttareign jarðarinnar Hruna,

en jörðin sé í eigu gagnstefnda Kirkjumálasjóðs. Með vísan til framangreindra sjónarmiða telur gagnstefnandi að það sé afréttareigandinn sem beri þær skyldur sem hvíli á eiganda eða notanda afréttar samkvæmt 6. gr. laga nr. 135/2001. Úrskurður nefndar samkvæmt 7. gr. sömu laga þar sem skorið er úr um greiðslu kostnaðar vegna landamerkjagirðingar á mörkum Tungufells og Hrunaheiða sé því rangur og ekki í samræmi við réttan lagaskilning. Því beri að fella hann úr gildi. Engu breyti þó að eigandi jarðarinnar Hruna hafi ekki nýtt afréttareign sína á síðustu árum, eftir sem áður séu Hrunaheiðar afréttareign eiganda Hruna.

4. Málsástæður gagnstefndu Einars Jónssonar, Sigurjóns Helgasonar og Félagsbúsins Tungufelli

Gagnstefndu byggja á því að íslenska ríkið sé í raun afréttareigandi að Hrunaheiðum með vísan til samkomulags, dags. 20. október 2006 á milli íslenska ríkisins og þjóðkirkjunnar um kirkjueignir og prestssetur. Á sama tíma hafi lög nr. 137/1993 verið felld úr gildi með lögum nr. 82/2007, um stöðu, stjórn og starfshætti þjóðkirkjunnar. Með samkomulaginu hafi nánar tilgreindar eignir verið afhentar kirkjunni til eignar og þar með skorið úr um óvissu varðandi eignarhald á prestssetrum og prestssetrajörðum. Með samkomulaginu hafi því aðrar eignir fallið undir íslenska ríkið, þ.m.t. afréttareign Kirkjumálasjóðs á Hrunaheiðum, sbr. 1. mgr. 62. gr. laga nr. 78/1997.

Verði ekki fallist á framangreind sjónarmið er á því byggt að umrædd afréttareign sé ekki í notkun af hálfu Kirkjumálasjóðs og því verði gagnstefndu að beina kröfum sínum að eiganda landsins, íslenska ríkinu. Þá telja gagnstefndu það ekki óumdeilt eins og haldið hafi verið fram að Hrunaheiðar séu afréttareign jarðarinnar Hruna. Hvorki komi fram í samkomulaginu frá 20. október 2006 né í eignarheimild sem send hafi verið til þinglýsingar þann 4. desember 2007 að afréttareign fylgi jörðinni Hruna. Þá sé afréttareignar ekki getið í fasteignaskrá og í dómi Hæstaréttar í máli nr. 133/2006 komi fram að samkvæmt þinglýsingarbókum sé jörðin skráð sem ríkisjörð. Enn fremur telja gagnstefndu að krafa gagnstefnanda sé fallin niður vegna tómlætis. Frá því að úrskurður nefndar samkvæmt 7. gr. girðingarlaga hafi verið kveðinn upp séu liðin rúm þrjú ár. Sú skylda hvíli á íslenska ríkinu að stuðla að því að leyst sé úr ágreiningsmálum hratt og örugglega. Er í því sambandi m.a. vísað í ákvæði landskiptalaga nr. 46/1941, þar sem mælt sé fyrir um sex mánaða frest til að leita yfirmats eða lög nr. 58/1998 um sex mánaða málshöfðunarfrest. Því er einnig haldið fram að þessi málsmeðferð brjóti í bága við 70. gr. stjórnarskrár.

5. Málsástæður gagnstefnda Kirkjumálasjóðs

Gagnstefndi Kirkjumálasjóður telur ljóst með vísan til niðurstöðu óbyggðanefndar sem staðfest hafi verið af Hæstarétti Íslands, að ríkið sé eigandi þjóðlendunnar Hrunaheiða og þar með eigandi hvers konar landsréttinda og hlunninda í þjóðlendunni, sem ekki séu háðar einkaeignarétti. Eigandanum beri að greiða girðingarkostnaðinn samkvæmt 6. gr. laga nr. 135/2001. Telur gagnstefndi að orðalag ákvæðisins *eigendur eða notendur* vísi einkum til þess að miða skuli við

eiganda sé hann þekktur, en notanda ef eigandi finnst ekki. Eðli máls samkvæmt verði eigandinn að bera kostnað af fasteign sinni, og hann verði því ekki felldur á afnotahafa, nema eigandinn finnst ekki. Stefndi telur það heyrja undir samráðsnefnd samkvæmt 4. gr. laga nr. 58/1998, að leysa úr innbyrðis kostnaðaruppgjöri á milli eiganda og afnotaréttshafa vegna þjóðlendunnar, þar með talið hinum umþrætta girðingarkostnaði.

Gagnstefndi tekur fram að óumdeilt sé að stefndi Kirkjumálasjóður sé ekki notandi að afréttarlandinu Hrunaheiðum í skilningi girðingarlaga og hafi ekki verið um langan tíma. Umsjónarmaður heiðanna samkvæmt óformlegu samkomulagi við kirkjuna sé Hrunamannahreppur. Hreppurinn hafi séð um hreinsun heiðanna af flækingsfé, en í staðinn þegið arð af veiði úr Stóru-Laxá fyrir landi heiðanna. Kirkjumálasjóður sé samkvæmt framangreindu hvorki eigandi né notandi Hrunaheiða í merkingu girðingarlaga, eins og haldið sé fram af gagnstefnanda íslenska ríkinu. Íslenska ríkið sé eini eigandi afréttarlandsins Hrunaheiða samkvæmt úrskurði óbyggðanefndar, en ákveðinn takmarkaður afnotaréttur af Hrunaheiðum tilheyri Kirkjumálasjóði Hann hafi þó ekki nýtt þennan rétt um áratugaskeið. Landið sé ekki samnotaafréttur og enginn reki þangað fé sitt eða hafi sjálfstæðan upprekstrarétt. Upprekstrarfélag um heiðarnar hafi ekki verið stofnað. Stefndi telur þann ágalla á úrskurði nefndar samkvæmt 7. gr. laga nr. 135/2001, að nefndin hafi ekki tekið skýra afstöðu til þess hvort ríkinu sem eiganda þjóðlendu beri að greiða kostnað við girðingu hennar eða handhafa afréttareignarinnar eða eftir atvikum raunverulegum notanda, sé hann annar en afréttareigandi. Hafa beri í huga að byggðamenn kunni að eiga afréttarítak á afrétt er sé afréttareign á grundvelli venju. Stefndi telji hins vegar að staðfesta beri niðurstöðu nefndarinnar.

Stefndi tekur fram að girðingarlög séu yngri en lög um þjóðlendur. Engu að síður hafi ekki verið minnst á þjóðlendur í fyrrgreindu lögnum er sé verulegur ágalli. Þurft hefði að taka skýrt fram í girðingarlögum ef breyta hefði átt þeirri meginreglu að eigandi afréttar greiddi girðingarkostnað vegna afréttargirðingar.

IV.

Niðurstaða

Með dómi Hæstaréttar Íslands í máli nr. 133/2006, Prestssetrasjóður (nú Kirkjumálasjóður) gegn íslenska ríkinu frá 5. október 2006, var komist að þeirri niðurstöðu að Hrunaheiðar væru þjóðlenda, en að Prestssetrasjóður ætti óbeinan eignarrétt, þ.e. afréttareign, að Hrunaheiðum. Jörðin Tungufell liggur að Hrunaheiðum.

Samkvæmt 1. mgr. 6. gr. girðingarlaga nr. 135/2001, skulu eigendur eða notendur afréttar greiða 4/5 hluta stofnkostnaðar girðingar, en eigendur eða ábúendur hlutaðeigandi jarða 1/5. Umrætt ákvæði er að rekja til þágildandi laga nr. 24/1952 sem síðan voru endurskoðuð en þó ekki að því leyti sem þau eru hér til skoðunar.

Fyrir gildistöku laga nr. 58/1998, um þjóðlendur og ákvörðun marka eignarlanda, þjóðlendna og afrétta ríkti óvissa um eignarréttarlega stöðu afrétta en

hugtakið afreittur var skilgreint út frá beitarnotum fyrir búfé á landsvæði sem sannanlega hafði verið nýtt til sumarbeitar fyrir búpening. Á þessum tíma var ríkið almennt ekki talið eigandi svæða sem ekki voru háðir einkaeignarrétti. Með lögum nr. 58/1998 varð á hinn bóginn breyting á þessu. Þá var að því stefnt að taka landsvæði til meðferðar og úrlausnar og kveða á um réttarstöðu þeirra eftir því hvort þau væru eignarlönd háð einkaeignarrétti eða landsvæði utan eignarlanda, þ.e. þjóðlendur. Í þjóðlendum er íslenska ríkið eigandi lands og hvers konar landsréttinda og hlunninda sem ekki eru háð einkaeignarrétti. Í lögum nr. 58/1998 er gert ráð fyrir því að einstaklingar eða lögaðilar kunni að eiga þar takmörkuð einkaeignarréttindi, þar á meðal afrétti, og fellur það m.a. undir hlutverk óbyggðanefndar að úrskurða um slík réttindi. Þetta var m.a. gert í fyrrgreindum dómi Hæstaréttar sem tekur til máls þess sem hér er til meðferðar.

Sem fyrr greinir eru orðin „eigendur eða notendur afréttar“ ættuð úr eldri löggjöf og miðuð við annað réttarástand en nú ríkir, þar sem óvissa gat hæglega verið um sjálfan eignarréttinn að afréttinum enda þótt ljóst væri að notandi hans væri viðkomandi sveitarfélag eða upprekstrarfélag. Eftir gildistöku þjóðlendlaga er þessi óvissa ekki lengur fyrir hendi, a.m.k. varðandi þau mál sem þegar er lokið. Ber að skýra fyrrgreind orð með hliðsjón af þessu. Af þeim leiðir fyrst og fremst að eigandi ber hér ábyrgð ef hann er þekktur. Sem fyrr sagði hafa dómstólar komist að þeirri niðurstöðu að Kirkjumálasjóður eigi afréttareign að Hrunaheiðum. Af því leiðir að fyrrgreind ákvæði 1. mgr. 6. gr. girðingarlaga taka ekki til íslenska ríkisins.

Af framansögðu leiðir að aðalstefndi, íslenska ríkið skal vera sýkn af kröfum aðalstefnenda í máli þessu en rétt þykir að málskostnaður falli niður.

Í gagnsök hefur gagnstefnandi íslenska ríkið gert kröfu um að fyrrgreindur úrskurður nefndar samkvæmt 7. gr. girðingarlaga til að skera úr um greiðslu kostnaðar vegna landamerkjagirðingar á mörkum Tungufells og Hrunaheiða, sem kveðinn var upp 29. september 2009, verði felldur úr gildi. Í úrskurðinum var m.a. komist að þeirri niðurstöðu að íslenska ríkið skyldi greiða 4/5 hluta af girðingarkostnaðinum vegna afréttargirðingar milli Tungufells og Hrunaheiða.

Þessi úrskurður felur í sér bindandi niðurstöðu fyrir málsaðila hans að stjórnarsýslurétti, en hann sætir þó endurskoðun dómstóla. Telja verður án tvímæla að gagnstefnandi eigi rétt til að sækja mál þetta í gagnsök samkvæmt 2. mgr. 28. gr. laga nr. 91/1991, um meðferð einkamála. Verður ekki fallist á að úrskurður hafi orðið bindandi fyrir tómlæti.

Eins og áður greinir hefur dómurinn komist að þeirri niðurstöðu í aðalsök að íslenska ríkið skuli vera sýkn af kröfum aðalstefnenda í aðalsök þar sem lög leiði ekki til þeirrar niðurstöðu að íslenska ríkið sé greiðsluskylt. Fyrrgreindur úrskurður er í beinni andstöðu við þessa niðurstöðu. Ber þegar af þeim sökum að fella hann úr gildi. Eftir atvikum þykir þó rétt að málskostnaður í gagnsök og sakaukasök falli niður að öllu leyti.

DÓMSORÐ

Aðalstefndi, íslenska ríkið, er sýknaður af kröfum aðalstefnenda.

Í gagnsök er úrskurður nefndar sem skipuð var samkvæmt 7. gr. girðingarlaga nr. 135/2001 til að skera úr um greiðslu kostnaðar vegna landamerkjagirðingar á mörkum Tungufells og Hrunaheiða, sem kveðinn var upp þann 29. september 2009, felldur úr gildi. Málskostnaður fellur niður í öllum sökum.

Ragnheiður Snorradóttir (sign.)