

Ár 2006, föstudaginn 14. júlí, er á dómþingi Héraðsdóms Suðurlands, sem háð er að Austurvegi 4, Selfossi, kveðinn upp dómur í máli nr. E-499/2005:

Andrína Guðrún Erlingsdóttir

Benedikt Bragason

Einar Guðni Þorsteinsson

Tómas Ísleifsson

Þröstur Óskarsson

Einar Þorsteinsson

Eyrún Sæmundsdóttir

Óskar Sig. Þorsteinsson

Sigríður Þorsteinsdóttir

Sigrún R. Þorsteinsdóttir

Hildigunnur Þorsteinsdóttir

Kristín Þorsteinsdóttir

Ólafur Þorsteinsson

Elín Einarsdóttir og

Magnús Þór Snorrason

(Páll Arnór Pálsson hrl.)

gegn

íslenska ríkinu.

(Skarphéðinn Þórisson hrl.)

Mál þetta, sem dómtekið var 19. maí s.l., er höfðað með stefnu birtri 14. september s.l.

Stefnendur eru Andrína Guðrún Erlingsdóttir kt. 000000-0000 og Benedikt Bragason kt. 000000-0000, Ytri- Sólheimum I, Mýrdalshreppi, eigendur *Ytri-Sólheima I (Sólheimakots)*, Einar Guðni Þorsteinsson kt. 000000-0000, Ytri-Sólheimum II, Mýrdalshreppi, eigandi *Ytri-Sólheima II*, Tómas Ísleifsson kt. 000000-0000, Ytri-Sólheimum III, eigandi *Ytri-Sólheima III*, Þröstur Óskarsson kt. 000000-0000, Framnesi, Mýrdalshreppi, eigandi *Ytri-Sólheima IV (Framnes)*, Einar Þorsteinsson kt. 000000-0000 og Eyrún Sæmundsdóttir kt. 000000-0000, Sólheimatungu, Mýrdalshreppi, eigendur *Ytri-Sólheima V (Sólheimatungu)*, Óskar Sig. Þorsteinsson kt. 000000-0000, Ytri-Sólheimum VI, Mýrdalshreppi, eigandi *Ytri-Sólheima VI*, Sigríður Þorsteinsdóttir kt. 000000-0000, Álfkonuhvarfi 29, Kópavogi, Sigrún R. Þorsteinsdóttir kt. 000000-0000, Þýskalandi, Hildigunnur Þorsteinsdóttir kt. 000000-0000, Vesturási 32, Reykjavík, Kristín Þorsteinsdóttir kt. 000000-0000, Eyjabakka 6, 109 Reykjavík, og Ólafur Þorsteinsson, kt. 000000-0000, Eystri-Sólheimum, Mýrdalshreppi, eigendur *Ytri-Sólheima IIIA*, og Elín Einarsdóttir kt. 000000-0000 og Magnús Þór Snorrason kt. 000000-0000, Sólheimahjáleigu, eigendur *Sólheimahjáleigu*.

Stefndi er íslenska ríkið og fyrir hönd þess er fjármálaráðherra stefnt.

Dómkröfur stefnanda eru eftirfarandi: Að felldur verði úr gildi úrskurður óbyggðanefndar í málinu nr. 6/2003: Mýrdalshreppur, frá 10. desember 2004, að því er varðar þjóðlendu á landsvæði sem nefnt er Hvítmaga og er innan neðangreindra marka:

Frá upptökum Fúlalækjar (Jökulsár á Sólheimasandi), við suðvestanverðan Mýrdalsjökul, fylgir línan ánni þangað sem hún rennur undir Sólheimajökul. Frá þeim punkti fylgir línan vesturjaðri Sólheimajökuls norður að Mýrdalsjökli og svo jaðri Mýrdalsjökuls að upptökum Fúlalækjar.

Þá er krafist viðurkenningar á því að á Hvítmögu innan framangreindra merkja sé engin þjóðlenda.

Við meðferð málsins var fallið frá þeirri kröfu stefnanda að felldur yrði úr gildi úrskurður óbyggðanefndar í ofangreindu máli að því er varðar mörk lands Ytri-Sólheima og Eystri-Sólheima gagnvart þjóðlendu á jökli og jafnframt var fallið frá þeirri kröfu að mörk lands stefnanda frá upptökum Fúlalækjar til upptaka Klifanda gagnvart þjóðlendu á Mýrdalsjökli, Sólheimajökli og Klifurárjökli yrði við jökuljaðar eins og hann er á hverjum tíma.

Stefnendur krefjast þess að þeim verði tildæmdur málskostnaður úr hendi stefnda samkvæmt mati dómsins eins og málið væri ekki gjafsóknarmál, en stefnendur fengu gjafsókn í máli þessu með leyfi dóms- og kirkjumálaráðuneytis dagsettu 17. febrúar s.l.

Dómkröfur stefnda eru þær að staðfestur verði úrskurður óbyggðanefndar frá 10. desember 2004 í máli nr. 6/2003 hvað varðar eignarréttarlega stöðu svonefndrar Hvítmögu vestan Sólheimajökuls, sem þjóðlendu og stefndi þannig sýknaður af kröfum stefnenda. Þá er krafist málskostnaðar að skaðlausu.

Málavextir.

Málavöxtum er þannig lýst í stefnu að land Sólheimajarða nái allt frá sjó í suðri til jökuls í norðri og afmarkist að vestan af sýslumörkum Rangárvallasýslu og Vestur-Skaftafellssýslu sem séu í gömlum farvegi vestan við Jökulsá á Sólheimasandi, vestur fyrir Litla-fjall, sem sé neðan Skógafjalls, eftir Votugjá að Jökulsá þar sem hún renni undir Sólheimajökul og um Jökulsárgil til Mýrdalsjökuls og að austan af landamörkum Péturseyjarjarða, skammt vestan Péturseyjar, og af landamörkum Eystri-Sólheima. Mörk Ytri-Sólheima og Eystri-Sólheima séu um læk í Merkgigili og frá upptökum lækjarins á Sólheimabeiði sé markið til hánorðurs í jökul, en úr því að lækurinn kemur niður á aurinn á jafnsléttu sé markið bein sjónhending úr fossinum í Merkgigili suður í Eyjarhólm og sé varða hlaðin í Merkiaur í þeirri stefnu þar sem komi saman mark í milli Péturseyjar og Ytri-Sólheima og fossarnir í Merkgigili beri saman.

Landið sé allt samfellt og allt í óskiptri sameign en aðeins lítill hluti þess sé skiptur, þar sem Ytri-Sólheimabæirnir standi á Sólheimanesi. Sólheimajökull skriði langt suður í landið og loki af beitarland á og við Hvítmögu en það hafi þó ekki komið í veg fyrir að fé hafi gengið yfir jökulsporðinn enda auðveldur yfirferðar og ekki breiður.

Sólheimaland hafi numið Loðmundur gamli en í Landnámu standi:
„Loðmundr enn gamli nam land milli Hafrsár ok Fúlalækjar, sem fyrr er ritat; þat er þá hét Fúlalæk, er nú kölluð Jökulsá á Sólheimasandi, er skilr landsfjórðunga“. Sé þessi texti skilinn eins og hann er skrifaður sé ljóst að ritari Landnámu hafi talið að allt land sunnan Mýrdalsjökuls milli Hafursár og Jökulsár hafi verið numið af Loðmundi.

Í elstu landamerkjalyýsingu Ytri-Sólheima, frá 1573, sé gerð grein fyrir mörkum á milli Ytri- og Eystri-Sólheima. Í vísitasíum biskupa frá 17. og 18. öld sé mörkum ekki lýst og vísað til máldaga um eignir kirkjunnar. En árið 1789 hafi verið gerð svofelld lögfesta fyrir Ytri-Sólheima:

„Vid undirskrifadir lögfestum hér í Dag okkar Eignar og Ábylisjörð Ytri Sólheima í Mýrdal, sovel sjálft Heimalandid, sem Slæjuplátsítakid í Hvol's Landi Kallad Solheimamýri, ásamt allar Landsnýtjar er því Landi fylgja ber til ytstu Ummerkja, sem adrir eiga á móti: Landamerkin eru ad vestannverdu Jökulsáar gamli Farvegur

frá Sjó og norður í Jökul; enn að austannverdu Sjónhending úr Merkiaur í opna báða Fossana í Merkigili, rædur so það gil, so leingi sem það tilvinst, síðan eistra Gilid í Ófærubotninn, og þaðann Sjónhending norður í Jökul.“

Lögfesta þessi hafi verið lesin upp fyrir manntalsþingsrétti á Dyrhólum 23. júní 1790 „og protesterad sovídt áhrærir Hvolsland“. Hún hafi síðan verið endurnýjuð á fundi eigenda Ytri- og Eystri-Sólheima 10. júní 1865.

Í afsalsbréfi Jóns Guðmundssonar fyrir Ytri-Sólheimum 18. desember 1792 segi um ítök Ytri-Sólheima:

„...þau Jök sem Ýtre Solheimumm fylgia, verd eg á það að minnast svo Kaupendur vite hvað þeir meiga með friálsu bruka og er það fyrst Gield Fiár og Lamba Afriettur kallad Hvýtmaga, annad Slæiu Plats fyrer austann Hafurs Aa,...“

Árið 1796 hafi séra Jón Jónsson lögfest „allt Land að Jökulsá under Skóga undan Solheimumm“ en þremur árum síðar hafi hann lýst þá lögfestu ógilda með eftirfarandi yfirlýsingu:

„Ad so miklu Leite, sem myn Lögfesta a Ejstre Skóga vid Eyafiöll Landareign af 24a Aprilis 1796, upplest á Holtsstadar Manntals Þinge sama Ár var fyrir ranga Underrietting og minn Okunngleika órigtug í því, að lögfesta allt Land að Jökulsá under Skóga undan Solheimumm; So declarerast sama Lögfesta ógild, daud og maktarlaus, í allra þeirra Höndum, sem hana frammveijis hafa kunna, að so miklu Leite, sem hún kann að ásælast Solheimaland, til Fjalls edur Fjöru mót órækumm Solheima Kirkiu Máldögum, en að öðru Leiti sie hun í synu Gilde.

Til Stadfestu mitt Nafn Lingvum í Medallandi D. 26ta Martii 1799 Jon Jonsson Prestur til Hofis í Álfta Fyrde.

Það sem í ofannskrifadri umgietnu Lögfestu var lögfest af okkar undirskrifadra Landeign var sierdeilislega 2 hndr. Fadmar jafnadarlega af Fjörunne, fra Jökulsá að þeim stóra Fjörumarkssteine út vid Öldu sudur vid Fiöru, sem bera á ur Flækdar Mále í Hamars Nefid jnnannvertt vid Lödmundarsæte. Frá nefndum Fjöru Marksteini að sunnann rædur Jökuls Ár gamle Farvegur, upp med Öldu mille Skógaheide og Hestaþings Háls norður að Jokle. Þetta bjóðum vid med gömlum Skrifum og Vitnum að bevísa ef Hlutadeigendur vilia áfria, og lögfestum vid hier í Dag alt Landed nefndum Farveg frá Jökulsá.“

Ekki sé til þinglýst landamerkjaskrá fyrir Ytri-Sólheima en aftur á móti sé til þinglesin landamerkjaskrá Ytri-Skóga frá 9. nóvember 1885 en í henni komi eftirfarandi fram:

„Skrásetning um landamerki jarðarinnar Eystri-Skóga í Austur-Eyjafjallahreppi í Rangárvallasýslu að fornu mati 12 H enn eftir jarðabókinni 1861 23,2 H.- Einungis er hér lýst mörkum á milli nefndrar jarðar Eystri-Skóga og Ytri-Sólheima í Dyrhólahreppi í Vestur-Skafta-fellssýslu, bæði eftir sögn núlifandi manna, og svo

eftir þeim skjölum og skilríkjum sem ég undirritaður í höndum hefi.

Fjörü á jörðin fyrir sínu landi. Fjörumark er nú brúkað samkvæmt forlíkun sem gjörð er af undirrituðum ábúanda, að stórsteinn rétt ofan við fjöruna með hlaðinni vörðu á, á að bera við vestasta heiðarhornið á Ytri-Sólheimaheiði.

2. Landamarkið. Hinn nefndi stórsteinn, sem brúkaður er fyrir fjörumark. Úr honum er bein lína í Jökulsárgil, svo ræður gilið upp undir svonefnt Skógafjall þá liggur merkjalínan austur úr votugjá, fyrir sunnan Skógafjall og austur í gilgljúfrið sem er á milli Hvítmögu og Skógafjalls, svo ræður áin sem er í síðastnefndu gljúfri marki norður í jökul. Allt það land sem er fyrir vestan nefnda markalínu tilheyrir Eystri-Skógum, allt út að mörkunum sem eru á milli Eystri- og Ytri-Skóga, sem skjal merkt nr. 2 skýrir frá“.

Allir eigendur og ábúendur Ytri-Sólheima muni hafa undirritað skrána til samþykkis.

Þann 14. júní 1885 munu eigendur Ytri-Sólheima og Ytri-Skóga hafa undirritað svohljóðandi merkjalýsingu og var hún þinglesin á manntalsþingi 22. júní 1885:

„Mark milli afrjettanna, ytri Skóga hverra afrjettur kallaður er Skógafjall, og ytri Sólheima, sem kallaður er Hvítmaga, er Jökulsárgil, sem Jökulsá rennur nú framúr, og hefur runnið svo lengi sem elstu menn muna til.“

Í fasteignamati 1849 sé hlunnindum jarðarinnar lýst m.a.:

„Afrétt í svonefndri Hvítmögu á jörðin nægan fyrir sig og er jörð þessi heldur örðug en fremur góð undir bú og álitst að géta framfleytt 10 kúm og 600 fjár“.

Elsta heimild um að Hvítmaga hafi verið nytjuð til upprekstrar sé að líkindum máldagi Mariukirkju á Miðbæli undir Eyjafjöllum sem talinn er frá um 1332. Þar standi orðrétt þegar lýst er eignum og ítökum kirkjunnar: „gelldfiar rekstur j huitmagafell“. Þetta sé síðan endurtekið í yngri máldögum kirkjunnar.

Hinn 4. október 1865 hafi verið sáttafundur að Hvoli í Dyrhólahreppi að ósk Jóns Jónssonar á Höfðabrekku, umboðsmanns Þykkvabæjarklausturs. Ágreiningsefnið hafi verið upprekstur í Hvítmögu „afrétti Sólheimínga og slægiustykki, Sólheimamýri kölluðu, í Hvals landi“. Niðurstöður fundarins munu hafa orðið þessar:

„Urðu þær sættir að Sólheimíngar afsala Hvola mönnum allri hálfri Hvítmögu, hvert sem þeir heldur vilja til uppreksturs, eður útláns til annara manna, eptir rettri ítölu, en þar á móti afsala Hvola menn Sólheimíngum hálfri Sólheima mýri til slæгна, [...] er gáangi að áraskiptum, eins og verið hefur að undanfögnu, þá áskilja Hvolamenn sér hornið fyrir ofan markasteininn, er þeir hafa slegið að undanfögnu, og að Sólheimíngar varist að skemma eingjar sínar með yfirferð þeirra.

Að endingu skuldbinda hvorutveggju sig til að lata hvorir aðra sitja fyrir upprekstur í Hvítmögu eður slægjum í Sólheima myri, ef þeir nota það ekki sjálfir“.

Í nóvember 1886 muni Vigfús Þórarinsson á Ytri-Sólheimum hafa hafið mál á hendur ábúanda jarðarinnar Hvals í Dyrhólahreppi til að fá staðfestan rétt sinn til Hvítmögu. Málsástæðum Vigfúsar sé ekki lýst nákvæmlega, en í aukarétti að Dyrhólum 29. september 1888 hafi Jón bóndi Einarsson á Hvoli og sambýlismenn hans lagt fram vottorð um upprekstur í Hvítmögu. Síðan segi:

„Hin stefndu mótmæla því öll, að Hvolsmenn hafi nokkurn tíma greitt Sólheimingum fyrir upprekstur í Hvítmögu annað en slægjuafnot af hálfri Sólheimamýri, en þeim helming mýrarinnar hafi Hvolsmenn alltaf notað sem sína eign átölulaust, og hafi alltaf verið slægjuskripti í mýrinni þannig, að sá helmingur mýrarinnar, sem sleginn var af Sólheimingum eitt árið, var hið næsta ár sleginn af Hvolsmönnum og svo koll af kolli. Ennfremur neita þau því, að þau nokkru sinni hafi verið krafín um afréttartoll fyrir Hvítmögu. Þau standa fast á því, að sáttinni frá 1865 hafi ávallt verið fylgt bæði af Hvolsmönnum og Sólheimingum þar til er sækjandi bannaði Hvolsmönnum upprekstur í Hvítmögu. Þau neita því, að lýsing á landamerkjum Sólheimamýrar hafi nokkurn tíma verið þeim sýnd og því síður, að þeir hafi samþykkt hana, en kveðast þó eigi hafa ástæðu til að mótmæla lýsingu sækjanda á marki milli Sólheimamýrar og Miðeyja.“

Deilur um Hvítmögu hafi haldið áfram næstu árin með málarekstri. Í mars 1897 hafi eigendur Hvals höfðað mál gegn eigendum Ytri-Sólheima og gert þá réttarkröfu „að eigendum Hvals verði dæmdur allur hálfur afrjetturinn Hvítmaga til fullra afnota og uppreksturs fyrir lömb“. Jafnframt hafi þeir krafist þess að hinir stefndu ábúendur á Ytri-Sólheimum yrðu dæmdir til að greiða sækjendunum skaðabætur fyrir að hafa fyrimunað þeim notkun afréttarins og fyrir óþarfa málarekstur og kostnað. Málinu hafi verið vísað frá með þeim rökum að ekki hefðu allir eigendur Ytri-Sólheima verið aðilar að málinu og því eigi fullreynt um sattaumleitánir. Á fundi 21. apríl 1900 mun hafa verið komist að svohljóðandi sætt:

„Hinir mættu varnar-aðilar [eigendur Ytri-Sólheima] lýsa því yfir, að þeir vilji samþykkja kröfu sækjendanna að því er snertir rjett eigenda Hvals til lambauppreksturs í Hvítmögu, þannig að hálf Hvítmaga skuli talin tilheyrja eigendum Hvals. Af málskostnaðinum greiða þeir 10 – tíu – krónur. Sækjandinn fellur að öðru leyti frá kröfu sinni“.

Sátt þessi hafi í reynd felld verið felld úr gildi með samningi sem undirritaður hafi verið að Hvoli 5. júlí og Ytri-Sólheimum 8. júlí 1922. Þar segi m.a.:

„Ítak Hvalsjarða, upprekstur í Hvítmögu í Sólheimalandi, og ítak Sólheimajarða, slægja í Sólheimamýri í Hvolslandi. Að vjer skiftum nú þessum ítökum, svo að eignarjarðir vorar Hvoll og Ytri-Sólheimar hjeðan í frá hafi óskertan sinn rjett, þeirra vegna, og gefum hverir öðrum afsal fyrir þessum forna ítakarjetti þannig.

Að vjer eigendur Hvalsjarða í Dyrhólahreppi í V.-Skaftafellssýslu afsölum frá oss rjetti til lambauppreksturs í Hvítmögu í Ytri-Sólheimalandi til eigenda Ytri-Sólheimajarða, gegn samskonar afsali frá þeim á slægjuítaki þeirra í Sólheimamýri og hjer á eftir er ritað.

Og vjer eigendur Ytri-Sólheimajarða í Dyrhólahreppi í V.-Skaftafellssýslu, afsölum hjer með frá oss rjetti þeim til slægjuítaks í Sólheimamýri í Hvolslandi, er jarðir vorar hafa átt mót ofanrituðu afsali eigenda Hvolsljarða á ítaki þeirra í Hvítmögu, og til þeirra.

Skulu þessi skifti gerð fyrir oss og vora eftirkomendur, án neinnar milligjafar, eða skilorða. Samningi þessum skal þinglýsa á kostnað hlutaðeigenda og greiða sinn helming hvorir málsaðilar, og gildir frá þeim degi, að þinglýst er.“

Með bréfi dagettu 12. október 2000 var fjármálaráðherra tilkynnt með vísan til 1. mgr. 10. gr. laga nr. 58/1998 að óbyggðanefnd hefði á fundi ákveðið að taka til meðferðar sem svæði 3 landsvæðið vestan sveitarfélagsins Hornafjarðar. Þetta svæði afmarkaðist til austurs af austurmörkum jarðarinnar Núpsstaðar í Fljótshverfi og að sunnan afmarkaðist svæðið af hafinu, til norðurs í samræmi við tillögu starfshóps um stjórnsýslumörk á miðhálandinu frá 1996, en á Vatnajökli við línu þá sem samvinnunefnd um svæðisskipulag miðhálandis Íslands hefur notað við vinnu sína. Til vesturs náði kröfusvæðið að kröfusvæði 1, Árnassýslu. Fjármálaráðherra var veittur frestur til að lýsa kröfum sínum um þjóðlendur á svæðinu og eftir að kröfulýsingum hafi verið skilað var landeigendum og öðrum réttihöfum veittur frestur til að skila inn kröfugerðum. Stefnendur í máli þessu sendu inn kröfur til óbyggðanefndar um höfnun þjóðlendukrafna ríkisins og kröfðust viðurkenningar á því að allt land Ytri-Sólheima innan þinglýstra merkja væri eignarland þeirra, þar á meðal Hvítmagan. Stefnendur tóku þátt í málarekstri fyrir óbyggðanefnd, en sérstakt mál var rekið um þjóðlendur í Mýrdalshreppi sem mál nr. 6/2003.

Í úrskurði óbyggðanefndar frá 10. desember 2004 í ofangreindu máli segir að óbyggðanefnd telji að allt land Ytri-Sólheima að jökli sé eignarland en ekki þjóðlenda en nefndin taldi Hvítmöguna ekki innan eignarlandsins og vera þjóðlendu. Í úrskurði óbyggðanefndar segir m.a.: „Í lögfestu Ytri-Sólheima frá 1689 er vesturmerkjum lýst um Jökulsár gamla farveg frá sjó og norður í jökul. Sem að framan greinir telur óbyggðanefnd eðlilegt að líta svo á að hér sé átt við Sólheimajökul. Með vísan til þessa telur óbyggðanefnd að skilja verði lögfestuna svo að Hvítmaga falli samkvæmt henni utan við eiginleg landamerki jarðarinnar“.

Þá segir einnig: „Þegar fjallað er um Hvítmögu í heimildum er það í tengslum við upprekstur og afréttarnot. Það bendir ekki til þess að litið hafi verið á Hvítmögu sem hluta af landi Ytri-Sólheima. Þá liggja engin gögn fyrir um að Hvítmaga hafi nokkurn tíma verið nýtt til annars en sumarbeitar fyrir búfé. Enn fremur liggur ekkert fyrir um hvenær eða hvernig til réttinda Ytri-Sólheima yfir þessu landsvæði var stofnað, en sem að framan greinir er Hvítmögu getið sem afréttar Maríukirkjunnar á Miðbæli í elstu heimildum.

Réttur Hvolsmanna til upprekstrar í Hvítmögu þarfnast sérstakrar skoðunar. Þessi réttur er í heimildum almennt talinn ítaksréttur og veittur var gegn slægjuítaki í Sólheimamýri í Hvolslandi. Óbyggðanefnd hefur áður komist að þeirri niðurstöðu að tilvist ítaks bendi fremur til þess að svæði það sem ítakið er á sé eða hafi einhvern tíma verið eignarland. Í því tilviki sem hér um ræðir telur óbyggðanefnd hins vegar að um svonefnt afréttarítak sé að ræða, þ.e. rétt jarðar til upprekstrar á

afrétt, sem tilheyrir annarri jörð. Slík ítök geta heldur sem er verið í afréttum sem undirorpnir eru beinum eignarrétti eða afréttum sem eru í afréttareign. Þá verður það ekki talið veita sérstaka vísbendingu um eignarréttarlega stöðu landsvæðisins að greiðsla hafi komið fyrir af hálfu Hvolsmanna.

Óbyggðanefnd telur ekki hægt að útiloka að Hvítmaga sé innan upphaflegs landnáms á þessu svæði eða hafi á annan hátt orðið undirorpin beinum eignarrétti. Í því efni brestur hins vegar sönnun, samhengi eignarréttar og sögu liggur ekki fyrir.

Af hálfu eigenda Ytri-Sólheima hefur ekki verið sýnt fram á að Hvítmaga sé eignarland, hvorki fyrir nám, löggerninga né með öðrum hætti. Eins og notkun landsins hefur verið háttáð, hefur heldur ekki verið sýnt fram á að eignarhefð hafi verið unnin á því. Rannsókn óbyggðanefndar leiðir einnig til þeirrar niðurstöðu að þar sé þjóðlenda. Af fyrirliggjandi gögnum verður hins vegar ráðið að Hvítmaga sé afréttur Ytri-Sólheima“.

Stefnendur undu ekki þessari niðurstöðu óbyggðanefndar og krefjast því ógildingar úrskurðarins að því er hið umdeilda landsvæði varðar.

Útdráttur úr úrskurði óbyggðanefndar í málinu nr. 6/2003 sem kveðinn var upp 10. desember 2004, var birtur í Lögbirtingablaðinu 15. mars 2005, svo sem mælt er fyrir um í 1. mgr. 18. gr. laga nr. 58/1998. Stefnendur segjast höfða mál þetta með stoð í 19. gr. sömu laga.

Landsvæði því sem um ræðir er þannig lýst í gögnum málsins að það liggi vestanvert við Sólheimajökul og liggi að Mýrdalsjökli að norðan. Vestan við landið liggi Jökulsá á Sólheimasandi

Þá er að finna í gögnum málsins samantekt Ingva Þorsteinssonar, ráðgjafa óbyggðanefndar á sviði náttúrufræði, um gróðurfar í Mýrdal. Segir þar m.a. að í neðanverðum Sólheimaheiðum, sem að miklu leyti séu aflíðandi upp undir jökulrönd, séu víðáttumiklar valllendisbrekkur. Þær séu víða rofnar eftir uppblástur, en milli rofabarðanna sé land sem orðið hafi örfoka en sé víða orðið mosagróið að nýju. Þegar ofar dragi taki við mosapembugróður, gjarna með grösum og störum sem sé allgott beutiland, en þegar ofar dragi verði gróðurinn einsleitari. Séu heiðarnar að jafnaði nálægt því að vera hálfgrónar upp undir 400 metra hæð. Hvítmaga, sem sé fjallendi norðan og vestan við Sólheimajökul, sé hálfgróið fjallendi í 300-900 metra hæð með svipuðum mosagróðri og lýst er hér að framan.

Málsástæður og lagarök stefnenda.

Stefnendur halda því fram að land þeirra, sem kallað er Hvítmaga, sé eignarland í skilningi 1. gr. þjóðlendulaga nr. 58/1998 þar sem eignarland er skilgreint þannig að það sé landsvæði þar sem eigandi landsins fari með öll venjuleg eignarráð þess

innan þeirra marka sem lög segja til um á hverjum tíma. Þjóðlenda sé hins vegar landsvæði utan eignarlanda þó að einstaklingar kunni að eiga þar takmörkuð eignarréttindi. Það hafi því ekki verið rétt af óbyggðanefnd að telja ofangreint landsvæði þjóðlendu.

Stefnendur telja að Hvítmaga hafi verið hluti Landnáms Loðmundar gamla en það náði milli sjávar og jökuls allt frá Jökulsá í Jökulsárgili til Hafursár. Eignarréttur hafi þannig stofnast við landnám og er ekki hægt að ætla annað en það hafi verið fullkominn eignarréttur. Engin rök séu fyrir því að ætla að hluti lands, sem var á einni hendi um aldir, hafi verið skilinn frá og talinn einungis undirorpinn afnotarétti. Slíkt væri hugsanlegt ef um almenning eða samnotaafrétt margra jarða eða heillar sveitar væri að ræða, sem sé ekki í þessu tilviki.

Stefnendur telja að þinglýstar heimildir beri með sér að Hvítmaga hafi verið hluti Sólheimalands skv. fyrrgreindum þinglýstum landamerkjaskrá og lögfestum og óbyggðanefnd hafi ranglega ályktað að Jökulsárfarvegur hinn gamli sé þar sem Sólheimajökull er nú. Jökulsárfarvegur gamli sé einmitt þar sem er Jökulsárgil en þar hafi Jökulsá runnið úr Mýrdalsjökli og þar séu mörk Skógafjalls og Hvítmögu. Ef menn hafi ætlað að mörk eignarlands Sólheima hafi verið við eða á Sólheimajökli, hefði þess örugglega verið getið í landamerkjalyðingum. Sýslumörk hafi ætíð verið sett um Jökulsárgil og þau hafi verið miðuð við landamerkjalyðingar. Þá hafi það verið um ómunatíð skilningur landeigenda beggja vegna Jökulsárgils að þar væru mörk Skógajarða og Ytri-Sólheima.

Í úrskurði óbyggðanefndar sé lítið gert úr landamerkjaskrá Ytri-Skóga frá 1885 sem geti þó haft afgerandi þýðingu við túlkun á því hvar vesturmörk Ytri-Sólheimalands eru. Beri að gæta sérstaklega að lýsingunni: „...þá liggur merkjalínan austur úr Votugjá, fyrir sunnan Skógafjall og austur í gilgljúfrið sem er á milli Hvítmögu og Skógafjalls, svo ræður áin sem er í síðastnefndu gljúfri marki norður í jökul“. Þarna sé Jökulsárgil ofar sporði Sólheimajökuls talið vera á landamerkjum og eigendur Ytri-Sólheima undirrita landamerkjaskrána til staðfestingar. Engu breytti þótt skömmu síðar hafi eigendur Ytri-Skóga og Ytri-Sólheima lýst þessum merkjum sem merkjum á milli afrétta sinna. Það segi aðeins til um notkun en ekki eignarrétt og augljóst að engir aðrir en eigendur Ytri-Sólheima hafi verið eigendur afréttarins.

Stefnendur telja lögfestuna fyrir Ytri-Sólheima frá 1789 hafa heilmikla þýðingu um eignarrétt Sólheima. Merkjum sé lýst þannig að merkin séu eftir Jökulsá „norður í jökul“ sem bendi til þess að átt sé við að þau séu allt til upptaka Jökulsár í Mýrdalsjökli. Þá sé hvergi minnst á Hvítmögu sérstaklega, sem bendi til þess að hún sé innan marka eignarlandsins.

Þá telja stefnendur makaskipti Hvolajarða og Sólheimajarða á beitarlandi í Hvítmögu og slægjulandi í Sólheimamýri í Hvolalandi staðfesta ótvíræðan eignarrétt Sólheimajarða á Hvítmögu. Þessi makaskipti hafi þjónað gagnkvæmum hagsmunum Hvolajarða og Sólheima, Hvolajarðir hafi vantað upprekstur í heiðaland og Sólheimajarðir skort slægjur á mýrlendi. Tilvist ítaks á sínum tíma bendi fremur fremur til þess að svæði það sem ítakið er á sé eða hafi einhvern tíma verið eignarland. Komi þetta fram í úrskurðum óbyggðanefndar og svo í þeim dómum sem gengið hafi um þjóðlendu. Ekki sé um afréttarítak að ræða, þ.e. rétt jarðar til upprekstrar á afrétt, ella hefðu Hvolamenn ekki þurft að leita samninga

eða hafa makaskipti á réttindum. Sólheimajarðir hafi fengið slægjur í eignarlandi Hvolajarða og ætla megi að makaskiptin næðu til sambærilegra réttinda.

Stefnendur benda á að í dómsmálum vegna þjóðlendna hafi verið á það litið við úrlausn málanna að réttmætar væntingar eiganda um eignarrétt sinn, eins og þær sem að framan greinir, nytu verndar 72. gr. stjórnarskrárinnar, sbr. einnig 1. gr. 1. viðauka mannréttinda-sáttmála Evrópu sem lögfestur hafi með samnefndum lögum nr. 62/1994. Verði eigandi ekki sviptur þeim fjárhagslegu hagsmunum sem felist í slíkum réttmætum væntingum nema að uppfylltum þeim skilyrðum sem nánar greini í umræddum eignarréttarákvæðum. Athugasemdir við það frumvarp sem varð að lögum nr. 58/1998 beri skýrlega með sér að það hafi ekki verið ætlun löggjafans að svipta landeigendur eignarheimildum sem þeir hafi aflað og notið athugasemdalaust um aldalangt skeið, með því að gera þeim að sýna fram á órofna sögu eignarréttar þeirra frá landnámi og láta þá bera hallann af vafa um þetta efni.

Það er skoðun stefnenda að lög nr. 58/1998 verði því ekki skýrð á þá leið að landeigendur þurfi að sýna frekar fram á, en þegar hafi verið gert, að umrætt landssvæði sé eignarland þeirra og þar með utan þjóðlendu.

Ekki ráði úrslitum í máli þessu þótt víða í heimildum sé notað orðið afréttur um landið í Hvítmögu. Afréttur geti verið heimafréttur og ekki eingöngu notaður til sumarþeirra sauðfjár. Þá ráði ekki úrslitum um eignarhald þótt land sé aðeins notað til sumarþeirra eins og fram sé komið í dómi Hæstaréttar í máli nr. 48/2004: „Að undanteknu landinu næst þessum hreppamörkum er svæðið norðan kröfulínu aðaláfrýjanda, þegar litið er til þess í heild, ekki svo hálent eða gróðursnautt að það geti talist hafa sett landnámi einhver augljós mörk. Í ljósi þessa verður ekki lagt á stefndu að sýna frekar fram á það en gert hefur verið að land norðan við kröfulínur aðaláfrýjanda hafi almennt verið numið þannig að það hafi verið nýtt með öðrum hætti en til takmarkaðra afnota yfir sumarmánuðina eins og aðaláfrýjandi heldur fram að hafi verið. Geta úrslit málsins ekki ráðist af skorti á sönnun um þetta atriði“.

Engar þinglýstar heimildir séu til um mörk Hvítmögu sérstaklega. Ekki sé vitað til þess að hún hefði sérstöðu innan Sólheimalands á annan veg en þann að fara þurfti yfir skriðjökulrana til að komast að henni. Í hugum manna hafi hún orðið afréttur og auðveldara hafi verið að afmarka svæðið og leyfa ítak þar. Jafnframt hafi landið verið tilvalið fyrir fráfarur og Sólheimingar nýtt það sem slíkt uns fráfarur voru aflagðar.

Stefnendur vísa til þess að stefndi hafi ekki sýnt fram á að hann eigi nokkurn rétt til umrædds landsvæðis. Til að stefndi geti öðlast þann rétt, sem skilgreindur sé í þjóðlendulögum verði að sýna fram á að heimildir um landamerki séu rangar og sömuleiðis þinglesnar landamerkjaskrár en það hafi hann á engan hátt gert. Þá þurfi stefndi að sýna fram á að afrétturinn sé samnotafréttur en ekki einkafréttur eða hluti jarðar, sem hann hafi ekki gert og hafi það mikið að segja við ákvörðun eignarréttarins sbr. fyrrgreindan Hæstaréttardóm í máli nr. 48/2004.

Stefnendur byggja á því að verði eignarréttur þeirra ekki viðurkenndur á grundvelli þinglýstra eignarheimilda, hafi þeir öðlast eignarrétt að Hvítmögu fyrir hefð og vísa þeir til 1. mgr. 2. gr. og 1. mgr. 6. gr. laga um hefð nr. 46/1905.

Eignarhefð verði unnin á fasteign með 20 ára óslitnu eignarhaldi og stefnendur og fyrri eigendur hafi í góðri trú haft öll umráð landsins í árhundraðaraðir. Fullnægt sé öllum skilyrðum hefðar um eignarhaldstíma, virk umráð og huglæga afstöðu og samkvæmt því verði að telja, án tillits til uppruna og sögu eignarheimilda fyrir jörðina, að hefð hafi unnist, sbr. 2. gr. laga nr. 46/1905 um hefð, að því er varðar umrætt landssvæði. Með hliðsjón af afstöðu eigenda á hverjum tíma og nýtingar þeirra verði að telja að sú hefð hafi verið til eignar á landinu, en ekki aðeins náð til takmarkaðra afnota eða ítaksréttinda.

Stefnendur vísa um lagarök til 25. og 26. gr. þinglýsingalaga nr. 39/1978 um rétt þinglýsts eiganda og til 72. gr. stjórnarskránnar um vernd eignarréttinda, sbr. einnig 1. gr. 1. viðauka mannréttindasáttmála Evrópu sem lögfestur var með samnefndum lögum nr. 62/1994. Einnig er vísað til óskráðra reglna eignarréttarins um beinan eignarrétt, til 1. gr. laga laga um þjóðlendur o.fl. nr. 58/1998, að því er varðar skilgreiningu á eignarlöndum, og 1. gr. laga um landamerki nr. 41/1919 sbr. eldri lög um sama efni. Þá er vísað til 1. mgr. 2. gr. og 1. mgr. 6. gr. laga um hefð nr. 46/1905 enda hafi stefnendur haft umráð landsins fullan hefðartíma fasteigna margfalt og meinað öðrum afnot þess. Einnig vísa stefnendur til venju, þ.e. að það land sem að fornu hafi verið notað eingöngu af landeigendum sé með vísan til venjuréttar talið eignarland þeirra án takmarkana enda hafi nýting þeirra gefið slíkt til kynna. Þá vísa stefnendur til meginreglna einkamálaréttarfars um sönnunargildi dóma sbr. og núgildandi ákvæði 116. gr. laga nr. 91/1991.

Stefnendur byggja málskostnaðarkröfu á XXI. kafla laga nr. 91/1991 og vísa til gjafsóknarleyfis dóms- og kirkjumálaráðuneytis frá 17. febrúar s.l.

Málsástæður og lagarök stefnda.

Stefndi vísar til heimilda um landnám og heldur því fram að afmörkun kröfulínu gagnvart Hvítmögu fylgi landnámsmörkum, en ekki þurfi nám til þess að geta nýtt land til beitar og því hverfandi líkur á að land utan byggðar hafi verið numið. Er á því byggt að afréttarlönd séu að meginstefnu til utan eignarlanda og sé hið umdeilda svæði hálandissvæði, sem sé landfræðilega aðskilið frá þeim jörðum sem það hafi nýtt. Séu engar heimildir til um að svæðið sé eða hafi verið hluti af eignarjörð. Þannig hafi Ólafskirkja að Ásólfsskála, Mariukirkjan á Miðbæli og Hvoll talið til réttinda þar á undan Ytri-Sólheimingum. Sé landið þannig dæmigert afréttarland í þjóðlendu og bendir stefndi á landamerkjabréf frá 14. júní 1885 þar sem lýst sé mörkum milli *afréttanna ytri Skóga hverra afréttur er kallaður Skógarfjall, og ytri Sólheima, sem kallaður er Hvítmaga*. Á tíma Grágásar og Jónsbókar hafi enginn vafi leikið um á um hvað geldfjár- og lambaafréttur merkti. Það hafi verið sumarbeitslönd tilheyrandi ákveðnum jörðum eða kirkjum og hafi verið undirorpin óbeinum eignarrétti.

Í tilefni af Hæstaréttardómi um þjóðlendur í Biskupsstungum skerpir stefndi á atriðum sem byggt hafi verið á í þjóðlendumálum og Hæstiréttur virðist taka undir

að því er varði hálandið milli Laugardalsafréttar og Úthlíðar. Þar sé t.d. lögð áhersla á að land í mikilli hæð yfir sjó og illa gróið sé ólíklegt til að vera eignarland. Það liggi fyrir að Hvítmaga sé gróðurlítið hálandi með jökul á aðra hlið og landfræðilega ekki tengt landi stefnenda, þótt styst sé þangað en til annars undirlendis.

Stefndi byggir á þeirri niðurstöðu óbyggðanefndar að af hálfu eigenda Ytri-Sólheima hafi ekki verið sýnt fram á að Hvítmaga væri eignarland, hvorki fyrir nám, löggerninga né með öðrum hætti. Þá hafi ekki verið sýnt fram á að eignarhefð hafi verið unnin á landinu eins og notkun þess hafi verið háttáð. Þá leiði rannsókn óbyggðanefndar enn fremur til þeirrar niðurstöðu að þar sé þjóðlenda.

Stefndi vísar til þjóðlendlaga nr. 58/1998, laga um afréttarmálefni og fjallskil nr. 6/1986 og landamerkjalaga nr. 41/1919 og eldri laga frá 1882. Þá er vísað til ákvæða lögbókanna Grágásar og Jónsbókar sem fjalla um afréttarmál.

Niðurstaða.

Með lögum nr. 58/1998 um þjóðlendar og ákvörðun marka eignarlanda, þjóðlendna og afrétta, sem tóku gildi 1. júlí 1998, var sérstakri stjórnarsýslunefnd, óbyggðanefnd, falið að kanna og skera úr um hvaða landsvæði innan íslenska ríkisins teljist 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, sbr. 7. gr. laganna. Með bréfi dagsettu 12. október 2000 tilkynnti nefndin fjármálaráðherra að tekin yrðu til meðferðar nánar tilgreind landsvæði í Vestur-Skaftafellssýslu og Rangárvallasýslu, þ.e.a.s. vestan sveitarfélagsins Hornafjarðar og austan Þjórsár, sbr. 8. gr. og 1. mgr. 10. gr. laganna, en þetta svæði var hið þriðja sem til meðferðar kom hjá nefndinni. Að fengnum kröfulýsingum fjármálaráðherra fyrir hönd íslenska ríkisins gerðu stefnendur í máli þessu, eigendur Ytri-Sólheimajarða, þá kröfu fyrir nefndinni að allt land Ytri-Sólheima, þar á meðal Hvítmagan væri eignarland þeirra. Mál, sem varðaði svæði í Mýrdalshreppi, var rekið sem mál nr. 6/2003 hjá nefndinni og var úrskurður kveðinn upp 10. desember 2004. Komst nefndin að þeirri niðurstöðu að sá hluti Mýrdalsjökuls, sem til meðferðar var í málinu, þ.e.a.s. Hvítmaga og Stórhöfði, teldist þjóðlenda í skilningi 1. gr., sbr. einnig a-lið 7. gr. laganna. Er nánari grein gerð fyrir afmörkun þessa landsvæðis í úrskurðarorði. Þá var komist að þeirri niðurstöðu að hlutar framanlýsts landssvæðis, þ.e. Hvítmaga og Stórhöfði, væru í afréttareign og var Hvítmaga talin í afréttareign eigenda Ytri-Sólheima, sbr. 2. mgr. 5. gr. og c-lið 7. gr. laganna. Er landsvæðið að því er Hvítmögu varðar þannig afmarkað í úrskurðarorði:

„ Frá upptökum Fúlalækjar (Jökulsár á Sólheimasandi), við suðvestanverðan Mýrdalsjökul, fylgir línar á milli þangað sem hún rennur undir Sólheimajökul. Frá þeim punkti fylgir línar vesturjaðri Sólheimajökuls norður að Mýrdalsjökli og svo jaðri Mýrdalsjökuls að upptökum Fúlalækjar. Að því leyti sem fylgt er jökuljaðri er miðað við stöðu jökuls eins og hann var við gildistöku þjóðlendlaga 1. júlí 1998, sbr. 22. gr. þjóðll“.

Útdráttur úr úrskurði óbyggðanefndar í málinu nr. 6/2003 var birtur í Lögbirtingablaðinu 15. mars 2005, og er mál þetta því höfðað innan lögmæltis málshöfðunarfrests, sbr. 19. gr. þjóðlendlaga.

Samkvæmt framansögðu hefur óbyggðanefnd komist að þeirri niðurstöðu að Hvítmaga sé þjóðlenda í afréttareign stefnenda, eigenda Ytri-Sólheimajarða. Stefnendur krefjast þess að á Hvítmögu innan framangreindra merkja sé engin þjóðlenda en fallist er á þá niðurstöðu óbyggðanefndar að mörk lands stefnenda frá upptökum Hafursár til upptaka Lambár gagnvart þjóðlendu á Mýrdalsjökli verði við jökuljaðar eins og hann er á hverjum tíma. Af hálfu stefnda er krafist staðfestingar á úrskurði óbyggðanefndar. Ekki virðist því ágreiningur um mörk hins umdeilda svæðis.

Í 1. gr. þjóðlendlaga er eignarland þannig skilgreint að um sé að ræða landsvæði sem háð sé eignarrétti þannig að eigandi landsins fari með öll venjuleg eignarráð þess innan þeirra marka sem lög segi til um á hverjum tíma. Þá er þjóðlenda þannig skilgreind að um sé að ræða landsvæði utan eignarlanda þó að einstaklingar eða lögaðilar kunni að eiga þar takmörkuð eignarréttindi. Afréttur er skilgreindur sem landsvæði utan byggðar sem að staðaldri hefur verið notað til sumarbeitar fyrir búfé. Í Landnámu kemur fram að Loðmundur gamli hafi numið land milli Hafursár og Fúlalækjar, en Fúlilækur mun nú vera Jökulsá á Sólheimasandi. Stefnendur halda því fram að Hvítmagan hafi verið hluti þessa landnáms Loðmundar. Hafi fullkominn eignarréttur stofnast við landnám og engin rök fyrir hendi sem bendi til þess að hluti lands, sem verið hafi á einni hendi um aldir, hafi verið skilinn frá og einungis undirorpinn afnotarétti. Stefndi heldur því hins vegar fram að kröfulína íslenska ríkisins fylgi landnámsmörkum og byggir á því að ekki hafi þurft nám til þess að geta nýtt land til beitar og því hverfandi líkur á að land utan byggðar hafi verið numið. Er á því byggt að meginstefnu til að afréttarlönd séu utan eignarlanda.

Fram er komið í málinu að eigendur Ytri-Sólheimajarða hafi um aldir nýtt Hvítmögu til beitar og þá hefur verið lýst hér að framan deilum og síðar samningum eigenda Hvola- og Ytri-Sólheimajarða um gagnkvæma nýtingu beitarlands á Hvítmögu og slægjulands í Sólheimamýri. Dómarinn fór á vettvang ásamt lögmönnum aðila og kynnti sér aðstæður. Frá bæjarstæði Ytri-Sólheimajarða að suðurodda Hvítmögu er bein loftlína um 5-6 km, en Sólheimajökull rýfur tengsl jarðanna við hið umdeilda landsvæði. Er skriðjökullinn u.þ.b. 1 km að breidd og skriður til suðurs og síðan til suðvesturs úr Mýrdalsjökli, u.þ.b. 7-8 km.

Í almennum niðurstöðum óbyggðanefndar í málunum nr. 1-7/2000 og 1-5/2001 er komist að þeirri niðurstöðu að tilvist ítaks bendi fremur til þess að svæði það sem ítakið sé á sé eða hafi einhvern tíma verið eignarland. Nefndin telur hins vegar að hér sé um svonefnt afréttarítak að ræða, þ.e. rétt jarðar til upprekstrar á afrétt, sem tilheyri annarri jörð. Geti slík ítök verið hvort heldur sem er í afréttum sem undirorpni séu beinum eignarrétti eða afréttum sem séu í afréttareign. Óbyggðanefnd taldi ekki unnt að útiloka að Hvítmaga sé innan upphaflegs landnáms á þessu svæði eða hafi á annan hátt orðið undirorpin beinum eignarrétti, en ekkert liggja fyrir um hvernig Ytri-Sólheimajarðir séu að þessu landsvæði komnar. Þá telur nefndin að fyrirbyggjandi gögn bendi heldur til afréttareignar en beins eignarréttar, enda liggja engin gögn fyrir um að Hvítmaga hafi nokkurn tíma

verið nýtt til annars en sumarbeitar fyrir búfé.

Í dómi Hæstaréttar 21. október 2004 í máli nr. 48/2004, tók rétturinn almenna afstöðu til mats á gildi landamerkjabréfa og því hvert væri inntak eignarréttar á svæði, sem í þeim væri lýst. Var þar sagt að almennt skipti máli hvort um væri að ræða jörð eða annað landsvæði, en þekkt væri að landamerkjabréf hafi ekki eingöngu verið gerð fyrir jarðir, heldur einnig til dæmis afrétti, sem ekki tengist sérstaklega tiltekinni jörð. Var þar sagt að landamerkjabréf fyrir jörð fæli almennt í sér rikari sönnun fyrir því að um eignarland væri að ræða þótt jafnframt yrði að meta gildi hvers bréfs sérstaklega. Þá var talið að það yki almennt gildi landamerkjabréfs væri það áritað um samþykki eigenda aðliggjandi jarða. Hins vegar yrði ekki litið fram hjá þeirri staðreynd að fyrir gildistöku laga nr. 58/1998 var engum til að dreifa sem gat sem handhafi beins eignarréttar gert samninga um mörk þess lands sem nú kallast Þjóðlenda. Jafnframt var sagt að þess yrði að gæta að með því að gera landamerkjabréf gátu menn ekki einhliða aukið við land sitt eða annan rétt umfram það. Verði til þess að líta hvort til séu eldri heimildir sem fallið geti að lýsingu í landamerkjabréfi, enda stangist sú lýsing heldur ekki á við staðhætti, gróðurfar og upplýsingar um nýtingu lands.

Í greinargerð með Þjóðlendulögnum er að því vikið að með afrétti sé almennt átt við tiltekið, afmarkað landsvæði, en skiptar skoðanir séu um hvort einungis geti verið um beitarrétt eða annan afnotarétt að ræða, þ.e. hvort slíkt landsvæði geti ýmist verið undirorpið beinum eða óbeinum eignarrétti. Samkvæmt athugasemdum við 1. gr. laganna er hugtakið afréttur skilgreint út frá beitarnotum fyrir búfé og ráðast mörk afréttar þannig af því landsvæði sem sannanlega hafi verið nýtt til sumarbeitar fyrir búpening.

Samkvæmt framangreindum heimildum er ljóst að eigendur Ytri-Sólheimajarða eiga afrétt í Hvítmögu en ekki aðrar jarðir þar í grennd. Áður var lýst deilumálum Hvolsmanna og eigenda Ytri-Sólheimajarða en eftir að þeim lauk var það ekki fyrir en eftir setningu Þjóðlendulaga og með kröfulýsingu fjármálaráðherra í framhaldi af því árið 2001 að efast var um eignarhald stefnenda á Hvítmögu. Fallast ber á það með óbyggðanefnd að líkur bendi til að Hvítmaga sé innan upphaflegs landnáms í Mýrdal og hafi þannig orðið undirorpin beinum eignarrétti. Að mati dómsins mælir sú staðreynd að þetta svæði hafi aldrei verið nýtt til annars en beitar ekki gegn því að það geti verið undirorpið beinum eignarrétti stefnenda. Þá verður ekki talið að gróðurfar eða staðhættir mæli því í gegn, en Hvítmagan er hálfgróið fjalllendi í 300-900 metra hæð yfir sjávarmáli, gróin mosagróðri neðst, mosapembugróðri er ofar dregur, en í 600-700 metra hæð hverfur gróður með öllu.

Fyrir óbyggðanefnd gerði stefndi þá kröfu að landsvæði frá mörkum Vestur-Skaftafellssýslu og Rangárvallasýslu neðan við Skógafjall í punkt í 467 metra hæð á Sjónarhóli yrði talin Þjóðlenda, en á þessu svæði er Hvítmagan öll, Hrossatungur, Lambaskarð, Lakaland allt og Lakalandsgil, Ytri-Heiði, Sólheimaheiði og annað fjallendi næst jökli. Að því er norðurmörk Ytri-Sólheima gagnvart Mýrdalsjökli varðaði taldi óbyggðanefnd að skýr lýsing landamerkja í jökul að vestan- og austanverðu í öllum fyrirbyggjandi heimildum um merki jarðarinnar bendi til þess að litið hafi verið svo á að merki hennar næðu að jökli. Hafi jökullinn afmarkað það land sem máli skipti með svo augljósum hætti að ekki hafi verið talið þurfa umfjöllunar við. Byggir nefndin á því að landamerkjum Ytri-Sólheima, Eystri-

Skóga, Eystri Sólheima og Péturseyjar sé rétt lýst í framangreindum landamerkjabréfum, þau hafi verið þinglesin, færð í landamerkjabók og á þeim byggt um merki jarðanna án athugasemda yfirvalda eða nágranna. Það var því álit nefndarinnar að þessi landamerkjabréf ásamt eldri heimildum um afmörkun Ytri-Sólheima yrðu lögð til grundvallar um merki jarðarinnar. Hins vegar skildi nefndin framangreindar heimildir svo að Hvítmaga væri sérstakt landsvæði, utan við eiginleg landamerki Ytri-Sólheima. Varð niðurstaða nefndarinnar því sú að ekki hafi verið sýnt fram á það af hálfu stefnda að land innan tilgreindra landamerkja Ytri-Sólheima, þ.e.a.s. að frátalinni Hvítmögu, sé þjóðlenda og hafi rannsókn nefndarinnar leitt í ljós að þar sé um eignarland að ræða, án þess að tekin sé afstaða til þess hver fari með þau eignarréttindi eða hver séu mörk milli eignarlanda, sbr. 7. gr. þjóðlendulaga.

Óbyggðanefnd kemst að þeirri niðurstöðu að leggja verði þann skilning í lögfestuna frá 1789, þar sem lýst er vesturmerkjun Ytri-Sólheima gagnvart Eystri-Skógum og segir að landamerkin séu að vestanverðu frá sjó og norður í jökul „Jökulsár gamli Farvegur“, að átt sé við Sólheimajökul þegar talað er um hinn gamla farveg Jökulsár. Þá fjallar nefndin um yfirlýsinguna frá 1799 um mörk Eystri-Skóga gagnvart Ytri-Sólheimum, þar sem segir að Jökulsár gamli farvegur ráði upp með Öldu milli Skógaheiðar og og Hestaþingsháls norður að jökli. Telur nefndin hér átt við Sólheimajökul. Þá getur nefndin um landamerkjabréf Eystri-Skóga frá 1885, en þar er merkjum Eystri-Skóga og Skógafjalls gagnvart Ytri-Sólheimum og Hvítmögu lýst úr fjörumörkum beina línu í Jökulsárgil, svo um gilið upp undir svonefnt Skógafjall en þá liggur merkjalínan austur úr Votugjá, fyrir framan Skógafjall og austur í gilgljúfrið sem er á milli Hvítmögu og Skógafjalls, svo ræður áin, sem er í síðastnefndu gljúfri, marki norður undir jökul.

Þegar virt er niðurstaða óbyggðanefndar um eignarréttarlega stöðu Ytri-Sólheima að Hvítmögu frátalinni er það álit dómsins að eignarréttarleg staða Hvítmögu ráðist af túlkun á hugtökunum „Jökulsár gamli Farvegur“ og „norður í jökul“ í ofangreindum heimildum. Í greinargerð Odds Sigurðssonar, jarðfræðings, sem unnin var fyrir óbyggðanefnd, er fjallað um jökla og jökulbreytingar í Mýrdal. Þar kemur fram að gamli farvegurinn vestan við Hestaþingsháls heiti enn þá Jökulsárgil og í honum renni Sýslulækur, enda séu þar sýslu- og landsfjórðungamörk. Heiti áfram Jökulsárgil upp á milli Skógafjalls og Hvítmögu og fylgi þar sýslumörkin. Oddur segir sér engar heimildir kunnar fyrir því að Jökulsá hafi runnið frá jökli annars staðar en í Jökulsárgili þótt hún hafi lengst af þurft að bregða sér undir sporð Sólheimajökuls til að komast leiðar sinnar. Að þessu virtu ber að hafna þeim skilningi óbyggðanefndar að átt sé við Sólheimajökul þegar talað er um hinn gamla farveg Jökulsár. Þá telur dómurinn það hafa komið í ljós við vettvangsgöngu og við skoðun landakorts og annarra gagna málsins að merkjalínan sem liggur úr Votugjá framan (sunnan) við Skógafjall og austur í gilgljúfrið á milli Hvítmögu og Skógafjalls sé augljóslega norðan við sporð Sólheimajökuls og telur dómurinn ekki fara á milli mála að þá ráði gilgljúfrið mörkum á milli Hvítmögu og Skógafjalls norður í Mýrdalsjökul.

Þegar allt framanritað er virt verður að telja að stefnendur hafi fært nægar sönnur á það að Hvítmaga sé eignarland þeirra í skilningi 1. gr. þjóðlendulaga og verða ekki gerðar kröfur til þess að þeir færi frekari sönnur fyrir eignarrétti sínum hér fyrir dómi. Ber stefndi því sönnunarbyrðina fyrir hinu gagnstæða og þar sem stefnda hefur ekki tekist að sanna að Hvítmaga falli utan við eiginleg landamerki

jarðarinnar Ytri-Sólheima verða kröfur stefnenda að þessu leyti því teknar til greina.

Niðurstaða máls þessa verður því sú að úrskurður óbyggðanefndar að því er varðar þjóðlendu á landsvæði því sem nefnt er Hvítmaga í Mýrdalshreppi er felldur úr gildi og viðurkennd er sú krafa stefnenda að á svæði innan neðangreindra marka sé engin þjóðlenda: Frá upptökum Fúlalækjar (Jökulsár á Sólheimasandi), við suðvestanverðan Mýrdalsjökul, fylgir línán ánni þangað sem hún rennur undir Sólheimajökul. Frá þeim punkti fylgir línán vesturjaðri Sólheimajökuls norður að Mýrdalsjökli og svo jaðri Mýrdalsjökuls að upptökum Fúlalækjar.

Málkostnaður fellur niður.

Allur gjafsóknarkostnaður stefnenda greiðist úr ríkissjóði, þar með talin þóknun lögmanns þeirra, Páls Arnórs Pálssonar, hrl., 850.000 krónur. Samkvæmt yfirliti lögmannsins nam útlagður kostnaður hans 44.907 krónum.

Hjörtur O. Aðalsteinsson, dómstjóri, kvað upp dóminn. Dómsuppkvaðning hefur dregist fram yfir lögbundinn frest vegna mikilla embættisanna dómarans, en lögmennt aðila töldu endurflutning óþarfan.

DÓMSORÐ:

Úrskurður óbyggðanefndar í máli nr. 6/2003 frá 10. desember 2004 að því er varðar þjóðlendu á landsvæði því sem nefnt er Hvítmaga í Mýrdalshreppi er felldur úr gildi og viðurkennd er sú krafa stefnenda, eigenda Ytri-Sólheimajarða, að á svæði innan neðangreindra marka sé engin þjóðlenda: Frá upptökum Fúlalækjar (Jökulsár á Sólheimasandi), við suðvestanverðan Mýrdalsjökul, fylgir línán ánni þangað sem hún rennur undir Sólheimajökul. Frá þeim punkti fylgir línán vesturjaðri Sólheimajökuls norður að Mýrdalsjökli og svo jaðri Mýrdalsjökuls að upptökum Fúlalækjar.

Málkostnaður fellur niður.

Allur gjafsóknarkostnaður stefnenda greiðist úr ríkissjóði, þar með talin þóknun lögmanns þeirra, Páls Arnórs Pálssonar, hrl., 850.000 krónur.

Hjörtur O. Aðalsteinsson.