

## POSTANOWIENIE

Dnia 5 marca 2015 r.

Sąd Okręgowy w Krakowie Wydział II Cywilny Odwoławczy

w składzie:

Przewodniczący:	SSO Anna Nowak (sprawozdawca)
Sędziowie:	SO Magdalena Meroń-Pomarańska SR (del.) Joanna Czernecka
Protokolant:	Małgorzata Łojewska

po rozpoznaniu w dniu 5 marca 2015 r. w Krakowie

na rozprawie sprawy z wniosku G. W., P. W.

przy uczestnictwie D. R., A. R., B. M., Gminy Ś.

o ustanowienie służebności drogi koniecznej

na skutek apelacji wnioskodawców i uczestniczki B. M.

od postanowienia Sądu Rejonowego w Wieliczce

z dnia 13 listopada 2013 r., sygnatura akt I Ns 687/12

postanawia:

1. oddalić obie apelacje;
2. stwierdzić, że każdy z uczestników ponosi koszty postępowania odwoławczego związane ze swoim udziałem w sprawie.

## UZASADNIENIE

postanowienia z 5 marca 2015 roku.

Wnioskodawcy P. W. i G. W. wnieśli o ustanowienie służebności drogi koniecznej dla nieruchomości położonej w Ś. oznaczonej, jako działka nr (...), objęta księgą wieczystą nr (...), szlakiem szerokości 3 m biegnącym przez część o pow. 45 m<sup>2</sup> działki nr (...) objętej księgą wieczystą (...), biegnącym od drogi gminnej ul. (...) do nieruchomości wnioskodawców, na rzecz każdego z właścicieli nieruchomości władnącej. W uzasadnieniu wniosku wskazano, m.in. że opisany szlak drogowy istnieje od blisko 100 lat i stanowi jedyny dojazd do działki (...) z którego korzystali także poprzednicy prawni wnioskodawców.

Uczestniczka B. M. nie sprzeciwiała się co do zasady wniosku o ustanowienie służebności drogi koniecznej, kwestionując jednakże wytyczenie tej służebności po nieruchomościach stanowiących jej własność. Uczestniczka wskazywała m.in. że szlak drogi koniecznej proponowany przez wnioskodawców i opisany we wniosku, przebiega zbyt blisko jej domu który wybudowała na działce nr (...), a dotychczasowe korzystanie z tego przejazdu jest przyczyną licznych konfliktów pomiędzy stronami. W piśmie z dnia 1 sierpnia 2013r. uczestniczka wskazała, że w ostateczności jest skłonna zaakceptować przebieg drogi koniecznej po działce (...), według wariantu IV i V wskazanego w opinii biegłego J. H. z 13 czerwca 2013r.

Uczestnicy Gmina Ś. oraz D. R. i A. R. nie sprzeciwiali się wnioskowi.

Zaskarżonym postanowieniem z dnia 13 listopada 2013 roku Sąd Rejonowy, sygn. akt I Ns 678/12, ustanowił służebność drogi koniecznej przysługującej na rzecz każdorazowego właściciela nieruchomości położonej w Ś., oznaczonej jako działka ewidencyjna nr (...) ( (...)), polegającej na prawie przejazdu i przechodu przez nieruchomości położone w tej samej miejscowości, oznaczone jako działki ewidencyjne nr (...) ( (...)) i nr (...) ( (...)) i nr (...) i nr (...) ( (...)) do drogi publicznej oznaczonej nr (...), zgodnie z wariantem IV projektu służebności drogi koniecznej wskazanym w opinii biegłego sądowego J. H. z dnia 13 czerwca 2013 roku znajdującym się na karcie 163 akt sądowych (punkt 1); zasądził solidarnie od małżonków P. W. i G. W. na rzecz solidarnie A. R. i D. R. kwotę 2.819 zł (dwa tysiące osiemset dziewiętnaście złotych), na rzecz B. M. kwotę 11.815 zł (jedenaście tysięcy osiemset piętnaście złotych) oraz na rzecz Miasta i Gminy Ś. kwotę 107 zł (sto siedem złotych) tytułem wynagrodzenia za obciążenie nieruchomości służebnością gruntową (punkt 2); wydatkami związanymi z wynagrodzeniem biegłych w całości obciążyć solidarnie wnioskodawców przy czym szczegółowe ich rozliczenie pozostawić referendarzowi sądowemu (punkt 3); orzekł, że pozostałe koszty procesowe związane ze swoim udziałem w sprawie strony ponoszą samodzielnie (punkt 4).

#### ***Postanowienie to zapadło w następującym stanie faktycznym.***

Nieruchomość położona w Ś. oznaczona jako działka ewidencyjna nr (...) nie ma dostępu prawnego ani faktycznego do drogi publicznej. Dojazd do tej nieruchomości odbywa się zwyczajowo drogą przebiegającą wzdłuż wschodniej granicy działek nr (...). Właścicielem działek nr (...) jest B. M., właścicielem działki (...) jest Gmina Ś., zaś współwłaścicielami działki nr (...) są małżonkowie D. R. i A. R.. Nieruchomość oznaczona jako działka nr (...) ma zaś nieuregulowany stan prawny.

Biegły sądowy geodeta sporządził pięć wariantów przebiegu drogi koniecznej, uwzględniając wskazania sądu zawarte w postanowieniu o dopuszczeniu dowodu z opinii oraz uwzględniając wnioski stron. W wariantcie I droga służebna przebiegałaby po istniejącym szlaku służebnym, zwyczajowo wykorzystywanym do tej pory przez wnioskodawców jako dojazd do swojej nieruchomości. Szlak ten widoczny jest na gruncie, gdyż jest utwardzony wysypanym kamieniem. Przebiega on w bezpośredniej bliskości domu mieszkalnego wzniesionego na działce nr (...) i rozdziela działki nr (...) będące własnością jednej osoby, B. M.. W podobny sposób przebiegałaby droga służebna w wariantcie II wskazanym w opinii biegłego, z tym że szlak służebny odsunięto został nieco na wschód od budynku mieszkalnego stojącego na działce nr (...). W obydwu tych wariantach, bezpośrednio przy wjeździe na drogę służebną usytuowany jest słup linii energetycznej. Droga służebna wskazana w wariantcie III przebiegałaby w całości po działce (...), której stan prawny jest nieuregulowany. W wariantcie tym, podobnie jak w wariantcie I droga służebna przebiegałaby w sąsiedztwie zabudowań na działce nr (...). Ponadto w granicy pomiędzy działkami nr (...), a działkami nr (...), wzdłuż których przebiegałaby droga służebna istnieje znaczna różnica poziomów w terenie, a przed obsypywaniem się ziemi działkę nr (...) zabezpieczono murem oporowym betonowym, który zanika dopiero przy granicy z działką nr (...). Droga służebna w wariantcie IV przebiegałaby wzdłuż wschodniej i północnej granicy działki (...), która jest zarośnięta trawą i nie jest w żaden sposób wykorzystywana przez B. M., następnie przez północno-wschodni narożnik działki (...) oraz przez działkę (...), po istniejącym szlaku drogowym opisanym przy okazji wariantu I przebiegu drogi służebnej. W wariantcie IV droga konieczna w niewielkim zakresie obejmowałaby także działkę (...). W wariantcie V zaś droga służebna przebiegałaby po pięciu nieruchomościach tj. działkach nr (...). Istotne jest przy tym, że służebność przebiegałaby w bezpośrednim sąsiedztwie domu istniejącego na działce nr (...).

Wartość wynagrodzenia za obciążenie nieruchomości służebnością przedstawia się następująco: w wariantcie I łączną wartość wynagrodzenia wyniosłaby 8 170,00 zł, w wariantcie II 8 897,00 zł, w wariantcie III 11 145,00 zł, w wariantcie IV 14 741,00 zł, a w wariantcie V 12929,00 zł. Wynagrodzenie dla poszczególnych właścicieli nieruchomości obciążonych w wariantcie IV przedstawia się następująco: dla właściciela działki nr (...) - 11 360,00 zł, dla właściciela działki nr (...) - 455,00 zł, dla właściciela działki (...) - 107,00 zł oraz dla właściciela działki (...) - 2819,00 zł.

Pomiędzy wnioskodawcami, a uczestniczką B. M. od kilku lat istnieje konflikt, co do sposobu korzystania przez wnioskodawców z tradycyjnego przejazdu po działce nr (...). B. M., zaproponowała wnioskodawcom, aby urządzili drogę i korzystali z przejazdu po działce nr (...) (tak jak wskazano w wariantcie IV), nie wyraził jednak zgody, aby uregulować ten przejazd w formie służebności gruntowej.

Właściciele działki nr (...) tj. D. R. i A. R. doszli do porozumienia z wnioskodawcami, co do sposobu korzystania z tej działki i nie sprzeciwiają się jej obciążeniu służebnością, gdyż w przyszłości strony te mają zamiar zawrzeć umowę zamiany części działki zajętej pod służebność i części działki (...).

Powyższy stan faktyczny Sąd ustalił na podstawie opinii biegłych z zakresu geodezji i wyceny, które były dla Sądu w pełni wiarygodne, zostały sporządzone przez profesjonalistów w swojej dziedzinie, odpowiadają na postawione biegłym przez Sąd pytania, a wnioski wysnute przez tych biegłych zostały przez nich uzasadnione.

W rozważaniach prawnych Sąd Rejonowy wskazał, że podstawę prawną roszczenia wnioskodawców stanowi art. 145 § 1-3 k.c. określający zarówno przesłanki, od których zależy ustanowienie służebności drogi koniecznej jak i warunki wpływające na sposób wytyczenia tej służebności na gruncie. Podstawowym kryterium uzasadniającym wszczęcie procedury związanej z wytyczeniem drogi służebnej jest stwierdzenie, iż nieruchomość nie ma odpowiedniego dostępu do drogi publicznej. W toku postępowania dowodowego, ustalono bez wątpliwości, że działka ewidencyjna nr (...) nie ma zapewnionego dostępu do drogi gminnej. Sąd ponadto wydając rozstrzygnięcie kierował się zapewnieniem pokoju sąsiedzkiego i jak najmniejszego obciążenia nieruchomości, przez które służebność ma przebiegać. Postulat ten zapewnia wybór wariantu IV wskazanego w opinii geodezyjnej. Droga służebna zaprojektowana w tej wersji została warunkowo zaakceptowana przez uczestniczkę B. M., która jak zeznała sama zaproponowała wnioskodawcom, aby w miejsce dotychczasowego zwyczajowego przejazdu po działce nr (...), urządzili nowy dojazd do działki (...) przez działkę (...), tak jak to przedstawił biegły geodeta w wariantcie IV swojej opinii. Odrębną kwestią jest wynagrodzenie za obciążenie nieruchomości służebnością drogi koniecznej. Uprawnienie właściciela nieruchomości obciążonej do żądania takiego wynagrodzenia wynika explicite z art. 145 § 1 k.c., i stanowi ono rekompensatę za ograniczenie prawa własności, w zakresie możliwości korzystania z własności z wyłączeniem innych osób. Sąd w niniejszym postępowaniu, opierając się na ustaleniach dokonanych przez biegłego M. W. przyznał właścicielom nieruchomości obciążonej wynagrodzenie według szacunku biegłego. Orzekając o wydatkach, na które składają się opłaty sądowe i wynagrodzenia biegłych, Sąd zastosował dyspozycje art. 520 § 2 k.p.c. Pozostawiając szczegółowe rozliczenie tych kosztów Referendarzowi Sądowemu, stosowano art. 108 § 1 k.p.c. Orzekając o pozostałych kosztach postępowania, Sąd zastawał dyspozycje art. 520 § 1 k.p.c.

Apelację wnieśli wnioskodawcy oraz uczestniczka B. M.

**Wnioskodawcy** zaskarżyli postanowienie w całości i zarzucili mu naruszenie:

- art. 145 k.c. poprzez błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie i w konsekwencji ograniczenie się przy dokonaniu wyboru wariantu IV ustanowienia służebności wyłącznie do kryterium: zapewnienia spokoju sąsiedzkiego i najmniejszego obciążenia nieruchomości przez które służebność ma przebiegać a pominięcie interesu nieruchomości władnającej, dotychczasowego sposobu realizacji dostępu do drogi publicznej, nakładów niezbędnych do urządzenia drogi koniecznej zgodnie z przyjętym przez Sąd wariantem;
- art. 233 k.p.c. poprzez wybiórczą ocenę zgromadzonego w aktach sprawy materiału dowodowego i zaniechanie uwzględnienia faktu, iż realizacja drogi koniecznej według wariantu IV: będzie wymagała zmiany lokalizacji

betonowego ogrodzenia, będzie wymagała utwardzenia drogi na całej długości, uniemożliwi dojazd do nieruchomości wnioskodawców przez pojazdy wielkogabarytowe i służby techniczne;

- art. 328 k.p.c. polegające na zaniechaniu wskazania w treści uzasadnienia zaskarżonego wyroku na jakiej podstawie Sąd przyjął, iż realizacja drogi koniecznej według wariantu IV nie będzie prowadzić do konfliktów sąsiedzkich, skoro na ten wariant nie wyraziła zgody zarówno uczestniczka B. M. jak i Gmina Ś. oraz zaniechanie wskazania funkcji jaką ma pełnić przyznane uczestnikom wynagrodzenie za ustanowienie służebności;

- art. 520 § 1 k.p.c. poprzez nieuwzględnienie i w konsekwencji obciążenie wnioskodawców obowiązkiem poniesienia kosztów opinii biegłego w całości, pomimo iż droga konieczna w wariantach IV i V została zaproponowana wyłącznie przez uczestniczkę i to w jej interesie dowód z uzupełniającej opinii biegłego J. H. oraz M. W. został przeprowadzony.

Wnioskodawcy ponadto podnieśli zarzut nieważności postępowania wynikający z pozbawienia uczestnika Gminy Ś. możliwości obrony swych praw.

Podnosząc powyższe zarzuty domagali się zmiany zaskarżonego postanowienia w całości i ustanowienie służebności drogi koniecznej zgodnie z wariantem I opinii biegłego sądowego J. H. z dnia 24 września 2012 roku, ewentualnie, o uchylenie zaskarżonego postanowienia w całości i przekazanie sprawy Sądowi Rejonowemu w Wieliczce Wydział I Cywilny do ponownego rozpoznania. Ponadto wnieśli o zwolnienie z obowiązku poniesienia kosztów sądowych.

**Uczestniczka B. M.** zaskarżyła postanowienie w części, w punkcie 1 i 2 i zarzuciła mu:

- błąd w ustaleniach faktycznych, mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, poprzez nieustalenie, iż w granicy pomiędzy działką (...) a działką (...) różnica poziomów jest znacznie mniejsza, niż w granicy pomiędzy działkami numer (...) a działką numer (...) oraz iż w granicy pomiędzy działką (...) a działką (...) istnieje siatka metalowa bez podmurówki, a nie mur oporowy tak jak w granicy pomiędzy działkami (...) a działką numer (...),

- błąd w ustaleniach faktycznych, mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, poprzez nieustalenie, iż budynek istniejący na działce numer (...) jest budynkiem zniszczonym, grożącym zawaleniem, którego użytkowanie związane jest z zagrożeniem dla życia i zdrowia,

- błąd w ustaleniach faktycznych, mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, poprzez ustalenie, iż uczestniczka ad. 1 B. M. zaproponowała wnioskodawcom, aby urządzili drogę i korzystali z przejazdu po działce numer (...) tak jak to wskazano w wariantach IV opinii sporządzonej przez biegłego geodetę, nie wyraziła jednak zgody, aby uregulować ten przejazd w formie służebności gruntowej;

- błąd w ustaleniach faktycznych, mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, poprzez błędne ustalenie kręgu współwłaścicieli nieruchomości gruntowej stanowiącej działkę numer (...);

- błąd w ustaleniach faktycznych, mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, poprzez nieustalenie właścicieli nieruchomości gruntowej stanowiącej działki numer (...);

- naruszenie prawa materialnego, a to art. 145 § 2 zd. 1 k.c. poprzez jego niewłaściwe zastosowanie polegające na tym, iż sąd I instancji ustanowił drogę konieczną w takim wariantach przebiegu drogi koniecznej, który nie zapewnia najmniejszego obciążenia gruntów, przez które mogłaby przechodzić droga konieczna;

- naruszenie przepisów postępowania, a to art. 510 § 1 zd. 1 k.p.c., poprzez jego niezastosowanie polegające na niewzwaniu do udziału w sprawie właścicieli nieruchomości gruntowych stanowiących działki, przez które mogłaby przebiegać droga konieczna, a to działek numer (...)

Mając na względzie powyższe wniosła o zmianę zaskarżonego orzeczenia w jego punkcie 1. i 2. poprzez:

1. ustanowienie służebności drogi koniecznej przysługującej każdoczesnemu właścicielowi nieruchomości położonej w Ś., oznaczonej jako działka ewidencyjna numer (...), polegającej na prawie przejazdu i przechodu przez nieruchomości

położone w tej samej miejscowości, oznaczone jako działki ewidencyjne numer (...) do drogi publicznej oznaczonej numerem (...), zgodnie z wariantem VI przebiegu służebności drogi koniecznej wskazanym w kolejnej opinii biegłego sądowego z zakresu geodezji,

2. zasądzenie solidarnie od małżonków P. W. i G. W. na rzecz B. M., właściciela albo właścicieli nieruchomości stanowiącej działkę (...) (po ich ustaleniu) oraz solidarnie A. R. i D. R. kwot wskazanych w kolejnej opinii biegłego sądowego z zakresu szacowania wartości nieruchomości gruntowych tytułem wynagrodzenia za obciążenie nieruchomości służebnością gruntową,

ewentualnie:

1. ustanowienie służebności drogi koniecznej przysługującej każdoczesnemu właścicielowi nieruchomości położonej w Ś., oznaczonej jako działka ewidencyjna numer (...), polegającej na prawie przejazdu i przechodu przez nieruchomości położone w tej samej miejscowości, oznaczone jako działki ewidencyjne numer (...) do drogi publicznej oznaczonej numerem (...), zgodnie z wariantem V projektu służebności drogi koniecznej wskazanym w opinii biegłego sądowego J. H. znajdującym się na karcie 163 akt sądowych,

2. zasądzenie solidarnie od małżonków P. W. i G. W. na rzecz B. M. kwotę 864 zł (osiemset sześćdziesiąt cztery złote), właściciela albo właścicieli nieruchomości stanowiącej działkę numer (...) (po ich ustaleniu) kwotę 1.702 złote (tysiąc siedemset dwa złote), właściciela albo właścicieli nieruchomości stanowiącej działkę (...) (po ich ustaleniu) kwotę 2.423 zł (dwa tysiące czterysta dwadzieścia trzy złote), właściciela albo właścicieli nieruchomości stanowiącej działkę (...) (po ich ustaleniu) kwotę 5.459 zł (pięć tysięcy czterysta pięćdziesiąt dziewięć złotych) oraz solidarnie A. R. i D. R. kwotę 2.481 zł (dwa tysiące czterysta osiemdziesiąt jeden) tytułem wynagrodzenia za obciążenie nieruchomości służebnością gruntową,

**ewentualnie:**

1. ustanowienie służebności drogi koniecznej przysługującej każdoczesnemu właścicielowi nieruchomości położonej w Ś., oznaczonej jako działka ewidencyjna numer (...), polegającej na prawie przejazdu i przechodu przez nieruchomość położoną w tej samej miejscowości, oznaczoną jako działka ewidencyjna numer (...) do drogi publicznej oznaczonej numerem (...), zgodnie z wariantem III projektu służebności drogi koniecznej wskazanym w opinii biegłego sądowego J. H. znajdującym się na karcie 36 akt sądowych

2. zasądzenie solidarnie od małżonków P. W. i G. W. na rzecz właściciela albo właścicieli nieruchomości stanowiącej działkę numer (...) (po ich ustaleniu) kwoty 11.145 zł (jedenaście tysięcy sto czterdzieści pięć złotych) tytułem wynagrodzenia za obciążenie nieruchomości służebnością gruntową

ewentualnie:

uchylenie zaskarżonego postanowienia i przekazanie sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania oraz orzeczenie o kosztach postępowania wywołanego wniesieniem apelacji według norm przepisanych,

Uczestniczka ponadto wniosła o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z: opinii biegłego sądowego z zakresu geodezji na okoliczność wytyczenia wariantu VI przebiegu drogi koniecznej - według szkicu znajdującego się w załączeniu; opinii biegłego sądowego z zakresu szacowania wartości nieruchomości na okoliczność ustalenia wynagrodzenia za obciążenie służebnością gruntową nieruchomości przez które miałyby przebiegać droga konieczna w wariantcie VI przebiegu drogi koniecznej - według opinii biegłego sądowego z zakresu geodezji wskazanej w pkt 1.

Uczestniczka B. M., w dniu 3 marca 2014 r., wniosła do Sądu Odwoławczego ponadto odpowiedź na apelację wnioskodawców wnosząc o oddalenie apelacji w całości i orzeczenia o kosztach postępowania wywołanego wniesieniem apelacji według norm przepisanych.

Uczestnik Gmina Ś. wniosła, w dniu 6 marca 2014 r. do Sądu Odwoławczego, odpowiedź na apelację wnioskodawców oraz uczestniczki B. M., podnosząc, iż apelacja jest zasadna w zakresie zarzutu nieważności postępowania i naruszenia art. 510 par. 1 zd. 1 k.p.c. Zdaniem uczestnika działanie Sądu uniemożliwiło Gminie prawo do obrony swoich praw w postępowaniu przez pierwszą instancją. Przyznaje również racje apelującym wnioskodawcom P. i G. W. odnośnie zarzutu naruszenia przez Sąd I Instancji art. 145 k.c. oraz art. 233 k.p.c. W tym stanie rzeczy Gmina wniosła o doręczenie odpisów pism procesowych uczestników złożonych w toku postępowania przed Sądem I Instancji, opinii wydanych w sprawie i określenie terminu do zgłoszenia zarzutów. Gmina przychyliła się do żądania ewentualnego każdego z apelujących tj. żądania uchylenia zaskarżonego postanowienia i przekazania sprawy Sądowi I Instancji do ponownego rozpoznania.

W nawiązaniu do odpowiedzi uczestniczki na apelację, w dniu 25 czerwca 2014 r. do Sądu Odwoławczego, wpłynęło pismo wnioskodawców przedstawiający kosztorys sporządzony przez firmę wykonującą roboty budowlane, dotyczący wariantu IV.

W kolejnym piśmie wnioskodawcy uzupełnili swoje stanowisko w sprawie i wskazali, że nowo proponowany przez uczestniczkę wariant VI jest niedopuszczalny. Ponadto przedstawili projekt służebności w wariantcie nr VII.

### **Sąd Okręgowy zważył, co następuje.**

Apelacje nie były zasadne.

Sąd Rejonowy przyjmuje za własny stan faktyczny ustalony przez Sąd I instancji, a ponadto ustalił, że:

Współwłaścicielami parceli budowlanej l. kat (...), która weszła w skład działki ewidencyjnej numer (...) objętej księgą wieczystą (...) są Współwłaścicielami nieruchomości są B. M. uczestniczka postępowania, następcy Z. M. ( R. M. i I. R.) oraz A. P. i F. K.. Własność na rzecz A. P. została wpisana na podstawie (...), Prawo własności F. K. zostało wpisane na podstawie umowy sprzedaży z 29 października 1938 roku. Wg informacji z zamkniętej księgi wieczystej parcela liczby kat. (...) - chata numer dawny(...)nowy (...), była objęta zamkniętym wykazem hipotecznym Lwh (...)gminy katastralnej Ś.. Urząd stanu cywilnego w Ś. zaświadczył, że w księgach urodzeń i zgonów za lata 1890 - 2014 nie figurują akty na nazwisko A. P., natomiast wydanie - na podstawie danych zawartych we wniosku o wydanie odpisu aktu urodzenia i zgonu na nazwisko F. K. nie jest możliwe, gdyż w księgach stanu cywilnego za powyższe lata takie osoby występują wielokrotnie. Wedle aktu notarialnego z 29 października 1938 roku parcela katastralna (...) była zabudowana starym drewnianym domkiem. S. P. oświadczył, iż jest spadkobiercą po T. B. wraz z A. P. po połowie. S. P. swoją część sprzedał F. K. w 1938 roku. Zatem F. K. zakładając, że w 1938 roku był pełnoletni urodził, się przed 1920 rokiem. W aktach sprawy cywilnej spadkowej po T. B. znajduje się akt zejścia, w którym oświadczone, że S. P. ma lat 45, natomiast córka A. P. przebywa w Niemczech, adres jest nieznany i nie jest znane nie jest znane jej obecne nazwisko. Wedle inwentarza spadku spisane wskutek polecenia Sądu Grodzkiego w K. na parceli budowlanej (...), która w całości mierzy około 10 m<sup>(2)</sup> postawiony jest domek drewniany, kryty słomą składający się z czterech izb. Przy sporządzaniu inwentarzu S. P. oświadcza, że jego siostra A. w czasie gdy on miał około 12 lat wyjechała z domu do Niemiec i od tej chwili nie daje znaku życia, nie wiadomo, czy żyje i gdzie przebywa. S. P. w roku 1938 miał 45 lat. Zatem A. P. wyjechała do Niemiec około 1905 roku. S. P. urodził się około 1893 roku, a jego siostra przed tą datą.

Dowód: akta Sądu Grodzkiego A 360/38, a to akt zejścia i spis inwentarza

odpis z lwh (...), k. 474

akt notarialny, k. 500

zaświadczenie z USC, k.484

Na powyższe fakty stronom zwrócono uwagę jako na znane z urzędu, a nadto żadna ze stron ich nie kwestionowała.

Odnośnie apelacji B. M. w zakresie zarzutu błędów w ustaleniach faktycznych to po analizie protokołu oględzin oraz przesłuchania stron i opinii biegłego, Sąd Okręgowy nie podziela zarzutu, że doszło do dokonania błędnych ustaleń faktycznych. Zarówno protokół oględzin jak i protokół przesłuchania stron jest dokumentem urzędowym. Żadna ze stron nie wносиła o jego sprostowanie, a zatem ustalenia zawarte w uzasadnieniu orzeczenia sądu pierwszej instancji są prawidłowe w świetle tych dokumentów. Zaś brak ustaleń faktycznych jest czymś innym niż nieprawidłowe ustalenia. Faktem jest, iż budynek istniejący na działce nr (...) jest budynkiem zniszczonym, grożący zawaleniem. Wniosek taki można wyprowadzić zarówno ze zdjęć znajdujących się w aktach sprawy jak i protokołu oględzin. I takie ustalenie może być poczynione ale jego poczynienie nie wpływa na rozstrzygnięcie. Odnośnie błędu dotyczącego ustaleń faktycznych związanych ze stanowiskiem B. M., co do przeprowadzenia służebności po działce numer (...) to o jego niezasadności świadczą zeznania uczestniczki B. M. na karcie 316, gdzie podała: "Ja kupiłam działkę (...) w 2004 r. Ja zaproponowałam wówczas, że ogrodzę swojej działki (...), natomiast dam wnioskodawcom pas gruntu po wschodniej stronie działki (...) i zgodzą się, by wnioskodawca na swój koszt urządził przejazd tamtędy." Kwestia błędu w ustaleniach faktycznych mający istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy poprzez błędne ustalenie kręgu współwłaścicieli nieruchomości gruntowej stanowiącej działkę nr (...) zostanie wyjaśniona przez Sąd Okręgowy przy omówieniu zarzutu nieważności postępowania. Odnośnie błędów w ustaleniach faktycznych poprzez nieustalenie właścicieli nieruchomości sąsiednich, po których nie ustanowiono szlaku drogi koniecznej nie jest błędem albowiem osoby te nie były zainteresowane w sprawie i dopiero zamiar Sądu odnośnie poprowadzenia tam szlaku służebnego mogłyby uzasadniać wezwanie tychże osób do udziału w sprawie. Nie jest zasadny zarzut naruszenie przepisów postępowania, a to art. 510 § 1 zdanie pierwsze k.p.c. albowiem odnośnie działki (...) zostanie to wyjaśnione w części omówienia zarzutu nieważności postępowania. Natomiast co do pozostałych nieruchomości to służebność nie została przeprowadzona przez te nieruchomości, a zatem w żaden sposób nie zostały naruszone interesy tychże osób.

Nie jest zasadny zarzut nieważności postępowania spowodowany brakiem uczestnictwa w sprawie A. P. i F. K.. Z ustalonego stanu faktycznego wynika, że osoby te z całą pewnością nie żyją. Przemawia za tym domniemanie faktyczne i ogólna wiedza o długości życia człowieka. Przy czym zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego - zasadą prawną z dnia 20 kwietnia 2009 roku, sygn. akt III CZP 112/09 niewzięcie przez zainteresowanego udziału w sprawie rozpoznawanej w postępowaniu nieprocesowym nie powoduje nieważności postępowania. Zgodnie z uzasadnieniem tejże uchwały posługiwanie się art. 379 pkt 5 w związku z art. 13 § 2 k.p.c. w odniesieniu do osób które nie stały się (nie były) uczestnikami postępowania w choćby były zainteresowane jest w ogóle wyłączona. W świetle tejże uchwały Sądu Najwyższego brak było podstaw do poszukiwania osób, które miały by być następcami prawnymi A. P. i F. K. albowiem zgodnie z uzasadnieniem tego orzeczenia tymże osobom przysługuje skarga o wznowienie postępowania na wypadek naruszenia ich praw.

Nie zachodzi także nieważność postępowania z tej to przyczyny Gmina Ś. była pozbawiona możliwości działania w sprawie. Należy wskazać, że na ostatniej rozprawie przed zamknięciem stawil się pełnomocnik Gminy Ś.. Nie składał wówczas żadnych wniosków o doręczenie pism procesowych, czy opinii. Gmina Ś. nie złożyła apelacji od przedmiotowego orzeczenia. W ocenie Sądu Okręgowego ustała przed wydaniem orzeczenia niemożność działania. Naruszenie przepisów dotyczących doręczania pism procesowych powinno być kwestionowane trybie art. 162 k.p.c. czego pełnomocnik obecny na rozprawie nie uczynił.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 233 k.p.c. poprzez wybiórczą ocenę zgromadzonego materiału dowodowego to należy wskazać, iż Sąd w niniejszej sprawie przeprowadził dowód z opinii biegłego, który wyznaczył przebieg szlaku. Odpis opinii został doręczony stronom i wówczas nie kwestionowały one szerokość szlaku drożnego. Trzeba wskazać także na konfigurację w terenie i na szerokość samej drogi publicznej. Używając skali przyjętej przez biegłego trzeba powiedzieć, że szlak służebności wedle wariantu wyznaczonego przez Sąd Rejonowy biegnie pasem porównywalnym do szlaku drogi publicznej. Kwestia konieczności przesunięcia ogrodzenia ażurowego nie jest taką okolicznością, która uniemożliwiłaby w świetle art. 145 k.c. ustanowienie służebności. Sąd rozważając interesy zarówno właścicieli nieruchomości władnącej jak i nieruchomości służebnej musi wziąć pod uwagę interesy obu stron. Oceniając wariant proponowany przez wnioskodawców trzeba jednoznacznie powiedzieć iż poprowadzenie szlaku drożnego przez środek nieruchomości w odległości około czterdziestu centymetrów od budynku mieszkalnego jest niedopuszczalne. Stanowi

bowiem nadmierne obciążenie nieruchomości służebnej i utrudnia korzystanie z tejże nieruchomości. Wnioskodawcy na etapie postępowania przed sądem pierwszej instancji pierwszej instancji nie wykazali, iż przejazd szlakiem wyznaczonym przez Sąd będzie niemożliwy przez pojazdy wielkogabarytowe oraz służby techniczne. To na stronach ciąży obowiązek dowodzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne (art.6k.c.). Złożenie prywatnych opinii z toku postępowania odwoławczego nie jest wykazaniem tego faktu. Prywatne opinie nie mają bowiem mocy dowodowej charakterystycznej dla opinii biegłego. W niniejszej sprawie biegłych geodeta, którego rolą jest wyznaczanie szlaków drogowych wyznaczył szlak przyjęte przez sąd pierwszej instancji. Nie było innych dowodów na fakt, iż jest to szlak wadliwy.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 328 k.p.c. to wskazać należy że uzasadnienie zawiera wszystkie konieczne elementy wskazane w tymże przepisie. Natomiast sformułowania dotyczące tego, że wariant czwarty nie będzie prowadził do konfliktów sąsiedzkich jest oceną prawną podzieloną przez Sąd Okręgowy. W przeciwieństwie bowiem do wariantów, które miałyby przechodzić przez środek nieruchomości uczestniczki lub tuż przy jej budynku mieszkalnym to poprowadzenie szlaku skrajem nieruchomości - jak to wynika z zasady doświadczenia życiowego - należy ocenić jakie jako mające mniejszy nośnik konfliktowości.

Sąd Okręgowy w całości podziela argumentację przedstawioną przez Sąd Rejonowy odnośnie trafności wybranego szlaku służebnego oraz wadliwości innych szlaków służebnych.

Odnośnie naruszenia prawa materialnego a mianowicie art. 145k.c. to wskazać należy, że obowiązkiem Sądu pierwszej instancji było rozważenie możliwości ustalenia przebiegu powyższego szlaku drogi i wybór z istniejących możliwości tego, w który w sposób najpełniejszy odpowiada wymogom określonym w art. 145 §2 i 3 k.c. Dokonany przez Sąd Rejonowy wybór wariantu przebiegu szlaku służebnego nie narusza treści art. 145 §2 k.c., co błędnie podnoszą apelujący. Sąd pierwszej instancji w sposób szczegółowy i przekonujący wyjaśnił dlaczego uważa, że wybrany przez niego wariant jest mniej uciążliwy dla właściciela nieruchomości, po której ma on przebiegać i odpowiedni dla właściciela nieruchomości władnącej. Z powyższą oceną Sąd Okręgowy w pełni się zgadza. Podkreślić trzeba, iż przed Sądem pierwszej instancji przeprowadzony został dowód z oględzin możliwych szlaków przebiegu służebności. Zatem Sąd Rejonowy miał możliwość osobistego zapoznania się ze stanem faktycznym znajdującym się na nieruchomościach, który to stan opisał w protokołach oględzin. Ponadto uczestniczka nie wykazała, żeby szlak ten był dla niej szczególnie uciążliwy. Mając na uwadze, iż zgodnie z art. 378 § 1 k.p.c. Sąd odwoławczy rozpoznaje sprawy w granicach apelacji, a w odniesieniu do naruszeń prawa procesowego sąd odwoławczy związany jest podniesionymi w apelacji zarzutami, a w granicach zaskarżenia, z urzędu bierze pod uwagę nieważność postępowania. (por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 21 sierpnia 2003 r. III CKN 392/01, OSNC 2004/ 10/151, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13 stycznia 2006 r. III CSK 5/05, niepubl., wyrok z dnia 23 lutego 2006 r., II CSK 132/05 niepubl.) Sąd Odwoławczy nie czynił z urzędu w tym zakresie dodatkowych ustaleń. Powyższe względy powodują, że nie można uznać, iż wybór przez Sąd Rejonowy jednego z wariantów, co do którego nie wykazano, że jest nadmiernie uciążliwy dla nieruchomości obciążonej narusza art. 145 §2 i 3 k.c. poprzez jego niewłaściwe zastosowanie polegające na tym sąd pierwszej instancji ustanowił drogę konieczną w takim wariantcie przebiegu, który nie zapewnia najmniejszego obciążenia gruntów przez które mogła przewidzieć to należy wskazać, że w ocenie Sądu Okręgowego sąd pierwszej instancji prawidłowo wskazał z jakich przyczyn wariant IV uważa za najmniej obciążający. Szlak został poprowadzony skrajem działki, a uczestniczka nie wskazała żadnych argumentów dla których przeprowadzenie szlaku miało być nadmiernie dla niej uciążliwe. W tym wariantcie jest to z dala od budynku mieszkalnego, natomiast kwestia przestawienia ogrodzenia będzie obciążała uczestników. W tej konfiguracji gruntów i przy tych warunkach topograficznych, które zostały ustalone przez Sąd poprowadzenie szlaku jest optymalne i uwzględnia wszelkie przesłanki z art. 145 k.c.

Zasadą jest, że w postępowaniu nieprocesowym każdy uczestnik ponosi koszty związane ze swoim udziałem w sprawie (art. 520 § 1 k.p.c.). Wyjątki od niej przewidziane są w art. 520 § 2 k.p.c. - zgodnie z którym, jeżeli uczestnicy są w różnym stopniu zainteresowani w wyniku postępowania lub interesy ich są sprzeczne, sąd może stosunkowo rozdzielić obowiązek zwrotu kosztów lub włożyć go na jednego z uczestników w całości oraz w art. 520 § 3 k.p.c. - w myśl którego jeżeli interesy uczestników są sprzeczne, sąd może włożyć na uczestnika którego wnioski zostały oddalone lub odrzucone, obowiązek zwrotu kosztów postępowania poniesionych przez innego uczestnika, przy czym przepis



powyższy stosuje się odpowiednio, jeżeli uczestnik postępował niesumiennie lub oczywiście niewłaściwie. Niezasadne są także zarzuty dotyczące ściągnięcia wydatków albowiem to w interesie wnioskodawców Sąd ustanowił służebność. Jednocześnie każde ustanowienie służebności po części działki generuje konieczność sporządzenia opinii biegłego geodety, a przy sprzeczności interesów brak jest podstaw do odmiennego rozstrzygnięcia.

Sąd oddalił wnioski dowodowe zgłoszone w postępowaniu odwoławczym jako spóźnione albowiem wszystkie okoliczności mogły być przedmiotem dowodzenia przez Sądem Rejonowym, a strony nie wykazały, że nie mogły ich powołać wcześniej.

Mając na uwadze powyższe na podstawie art.385 k.p.c. w zw. z art.13§2 k.p.c. oddalił apelację.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 520§1 k.p.c. w zw. art.391§1 k.p.c. albowiem obie apelacje oddalono.