

Sygn. akt III Ca 1579/15

POSTANOWIENIE

Dnia 25 października 2016 r.

Sąd Okręgowy w Gliwicach III Wydział Cywilny Odwoławczy w następującym składzie:

Przewodniczący - Sędzia SO Barbara Braziewicz

Sędziowie: SO Roman Troll (spr.)

SR (del.) Joanna Łukasińska-Kanty

Protokolant Wioletta Matysiok

po rozpoznaniu w dniu 19 października 2016 r. na rozprawie sprawy

z wniosku D. G.

z udziałem K. D., R. D. (1), R. D. (2), P. S., A. G. (1), K. N., I. K. (1), J. D., I. W., A. G. (2), B. A., T. G., B. G., A. N. i Gminy R.

o ustanowienie drogi koniecznej

na skutek apelacji uczestników postępowania K. D., J. D., R. D. (1) i R. D. (2)

od postanowienia Sądu Rejonowego w Rudzie Śląskiej

z dnia 13 maja 2015 r., sygn. akt I Ns 1126/10

postanawia:

1) **zmienić zaskarżone postanowienie:**

a) **w punkcie 1 o tyle, że oznaczyć długość służebności drogi koniecznej na 67 m (sześćdziesiąt siedem metrów) w linii prostej pomiędzy punktami 2-3-4 oraz na 65 m (sześćdziesiąt pięć metrów) w linii prostej pomiędzy punktami 1-5, przy jej szerokości 4,5 m (cztery metry i pięćdziesiąt centymetrów) w pasie wyznaczonym pomiędzy punktami 1-2-3-4-5-1,**

b) **w punkcie 3 o tyle, że w miejsce zasądzonych kwot po 6611,50 zł zasądzić kwoty po 3570 zł (trzy tysiące pięćset siedemdziesiąt złotych),**

2) **oddalić apelację w pozostałej części,**

3) **zasądzić od uczestników postępowania K. D., J. D., R. D. (1) i R. D. (2) na rzecz wnioskodawczyni po 30 zł (trzydzieści złotych) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa prawnego w postępowaniu odwoławczym,**

4) **nakazać pobrać od uczestników postępowania K. D., J. D., R. D. (1) i R. D. (2) na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Gliwicach po 22,77 zł (dwadzieścia dwa złote i siedemdziesiąt siedem groszy), z zasądzonych na ich rzecz kwot w punkcie 3 zaskarżonego postanowienia, tytułem wydatków poniesionych tymczasowo przez Skarb Państwa.**

SSR (del.) Joanna Łukasińska-Kanty SSO Barbara Braziewicz SSO Roman Troll

UZASADNIENIE

Wnioskodawczyni D. G. wniosła o ustanowienie na nieruchomości, dla której Sąd Rejonowy w Rudzie Śląskiej prowadzi księgę wieczystą Kw (...) o numerze geodezyjnym (...), należącej do uczestników postępowania K. D., J. D., R. D. (1) i R. D. (2), służebności drogi o szerokości 4,5 m, której szlak prowadzi do drogi publicznej – ulicy (...) wzdłuż zachodniej granicy opisanej nieruchomości do nieruchomości o numerze geodezyjnym (...) (nr Kw (...)) położonej przy ul. (...) w R., której właścicielem jest wnioskodawczyni, na rzecz każdorazowego właściciela tej nieruchomości za wynagrodzeniem. Wniosła również o obciążenie uczestników kosztami postępowania. W uzasadnieniu wskazała, że jest właścicielką nieruchomości oznaczonej numerem geodezyjnym (...), częścią składową tejże nieruchomości jest budynek mieszkalny, ewidencyjnie jest ona położona przy ulicy (...), lecz zlokalizowana w odległości kilkuset metrów w kierunku północnym od tejże drogi publicznej; od czasu wzniesienia budynku mieszkalnego przez jej poprzedników prawnych nieruchomość łączy z ulicą (...) szlak drożny o szerokości 4,5 m zlokalizowany w zachodniej części nieruchomości obecnie należącej do uczestników postępowania.

W odpowiedzi na wniosek uczestnicy postępowania K. D., J. D., R. D. (1) i R. D. (2) wnieśli o oddalenie wniosku i obciążenie wnioskodawczyni kosztami postępowania. Podnieśli, że wnioskodawczyni pominęła współwłaścicieli działki o numerze geodezyjnym (...), przez którą prowadzi droga wewnętrzna do drogi publicznej tj. ulicy (...); w ich ocenie istnieje możliwość wytyczenia drogi koniecznej biegnącej przez działki oznaczone nr (...); ustanowienie drogi koniecznej w proponowanym przez wnioskodawczynię kształcie obciąży ich nieruchomość w znacznie większy sposób, niż gdyby drogę konieczną ustanowić na nieruchomości oznaczonej nr (...), na której istnieje już utwardzona i oświetlona droga prowadząca do ul. (...), z której korzystają właściciele okolicznych nieruchomości. Postanowieniem z 2 marca 2012 roku Sąd Rejonowy wezwał do udziału w sprawie w charakterze uczestników postępowania I. W., A. G. (2), B. A., T. G., P. S., B. G., A. G. (1), A. N., K. N. i I. K. (1).

Uczestnicy postępowania B. A., T. G., I. W. i A. G. (2), P. S., K. N., A. N. i I. K. (1) 18 kwietnia 2012 roku, na rozprawie, nie wyrazili zgody na ustanowienie służebności przez nieruchomość stanowiącą ich własność.

Uczestniczki postępowania I. W., B. A., T. G.

i A. G. (2) sprecyzowały, że brak jest w ich ocenie podstaw do ustanowienia drogi koniecznej w wariantcie uwzględniającym jej przebieg przez nieruchomości stanowiące ich współwłasność objęte księgami wieczystymi (...) oraz dalsze działki stanowiące własność gminy. Uczestniczki podkreśliły, że droga konieczna winna być ustanowiona przez nieruchomość, dla której będzie to najmniej uciążliwe, zdaniem uczestniczek już sama długość odcinka drogi wskazuje na brak przesłanki najmniejszego obciążenia gruntów, przez które miałyby przebiegać.

Postanowieniem z 18 czerwca 2012 roku Sąd Rejonowy wezwał do udziału w sprawie w charakterze uczestnika postępowania Gminę R.. Uczestniczka pozostawiła decyzję uznaniu Sądu przy czym zastrzegła, że w razie wytyczenia drogi koniecznej przez nieruchomości należące do gminy wnioskuje o przyznanie wynagrodzenia.

Postanowieniem z 13 maja 2015 roku Sąd Rejonowy w Rudzie Śląskiej ustanowił dla każdorazowego właściciela nieruchomości położonej w R., obejmującej działkę o numerze geodezyjnym (...), dla której prowadzona jest w tym Sądzie księga wieczysta nr (...), służebność drogi koniecznej na części nieruchomości położonej w R., obejmującej działkę o numerze geodezyjnym (...), dla której prowadzona jest w tym Sądzie księga wieczysta nr (...), stanowiącą pas gruntu o długości 85 m i szerokości 4,5 m na obszarze zaznaczonym czerwoną linią pomiędzy punktami 1-2-3-4-5, zaznaczonymi na wyrzysie z mapy zasadniczej, stanowiącej załącznik do opinii biegłego sądowego K. P. z 2 maja 2013 roku (pkt 1); uczynił wyrzys z mapy zasadniczej, stanowiący załączniki do opinii biegłego sądowego K. P. z 2 maja 2013 roku integralną częścią postanowienia (pkt 2); zasądził od wnioskodawczyni na rzecz uczestników postępowania K. D., J. D., R. D. (1) i R. D. (2) kwoty po 6611,50 zł tytułem wynagrodzenia za ustanowienie służebności drogi koniecznej (pkt 3); oddalił wniosek o zasądzenie na rzecz wnioskodawczyni kosztów postępowania (pkt 4); zniósł między stronami postępowania koszty zastępstwa procesowego (pkt 5); nakazał pobrać od wnioskodawczyni na rzecz

Skarbu Państwa – Sądu Rejonowego w Rudzie Śląskiej kwotę 2037,73 zł tytułem części wynagrodzenia biegłych tymczasowo poniesionych przez Skarb Państwa (pkt 6).

Orzeczenie to zapadło przy następujących ustaleniach faktycznych: nieruchomości składająca się z działki o oznaczeniu geodezyjnym (...), dla której Sąd Rejonowy w Rudzie Śląskiej prowadzi księgę wieczystą o numerze (...), będąca własnością wnioskodawczynie (która nabyła własność na podstawie umowy darowizny z 7 września 2010 roku) nie posiada dostępu do drogi publicznej, jest zabudowana budynkiem mieszkalnym wzniesionym w końcu XIX wieku, w którym wnioskodawczynie zamieszkuje; pierwotnie grunt obejmujący obecną działkę (...) był częścią nieruchomości obejmującej działkę (...) i stanowił własność F. i M. małżonków G., ale w postępowaniu o podział majątku wspólnego i częściowy dział spadku po F. i M. G. przeprowadzonym przez Sąd Rejonowy w Rudzie Śląskiej w sprawie o sygn. I Ns 997/07

w miejsce działek (...) ustanowiono działki (...) - nieruchomości oznaczoną nr (...) o powierzchni 0,1141 ha Sąd przyznał na własność E. G. (1), natomiast nieruchomości oznaczona nr (...) została przyznana S. G.. Od wschodu nieruchomości wnioskodawczynie graniczy z nieruchomością obejmującą działkę o oznaczeniu geodezyjnym (...), dla której Sąd Rejonowy w Rudzie Śląskiej prowadzi księgę wieczystą o numerze (...), będącą współwłasnością uczestników postępowania K. D., J. D., R. D. (1) i R. D. (2). Ich nieruchomości nie jest zabudowana i przylega do ul. (...), będącej drogą publiczną, ma kształt prostokąta o wymiarach około 26m (w perspektywie W-E) oraz ponad 80m (w perspektywie N-S), wzdłuż działki biegnie nieutwardzona droga, która łączy się z ulicą (...), z drogi tej korzysta obecnie wnioskodawczynie, wcześniej z przejścia i przejazdu korzystali poprzedni mieszkańcy domu przy ul. (...), jak również sąsiedzi. Od zachodu oraz północy działka (...) jest otoczona działką (...) stanowiącą obecnie współwłasność uczestniczek postępowania B. A., T. G. i I. W., a dalej w kierunku zachodnim położone są działki (...) (również stanowiąca współwłasność uczestniczek), zaś następnie działki należące do Gminy R. (...), (...), (...) – droga gruntowa). Działki (...) stanowią rolę. Na północny-zachód od nieruchomości należącej do wnioskodawczynie znajduje się działka (...), dla której Sąd Rejonowy w Rudzie Śląskiej prowadzi księgę wieczystą (...), jej współwłaścicielami są obecnie P. S., A. G. (1), A. N., K. N. oraz I. K. (2), stanowi ona drogę dojazdową do nieruchomości uczestników w miejscu połączenia z ulicą (...), jest wyasfaltowana na odcinku około 20 metrów, następnie do wysokości nieruchomości należącej do P. S. jest częściowo utwardzona drobnym kamieniem, a w pozostałej części przechodzi w drogę polną nieutwardzoną, na nieruchomości posadowiono latarnie uliczne; nie graniczy ona bezpośrednio z nieruchomością wnioskodawczynie, jest od niej oddzielona na niewielkim odcinku działkami (...).

Pozwem z 26 marca 2002 roku D. G. wniosła o nakazanie pozwanym K. D., J. D., R. D. (1) i R. D. (2) natychmiastowego usunięcia zwalów ziemi usypanych na wyjeździe od ulicy (...) na szlaku drożnym prowadzącym od tej ulicy na działkę (...) do działki (...) (obecnie (...)) będącej w posiadaniu powódki oraz zakazanie dalszych naruszeń posiadania szlaku drożnego. Proces został zakończony ugodą, w której pozwani zobowiązali się wobec powódki do nieczynienia przeszkód w korzystaniu z szlaku drożnego prowadzącego od ulicy (...) do posesji powódki, biegnącego wzdłuż zachodniej granicy nieruchomości pozwanych o szerokości 4,5 metra poprzez umożliwienie powódce i mieszkańcom zajmowanej przez nią posesji oraz osobom dowożącym niepełnosprawne dzieci oznakowanymi pojazdami, swobodnego przechodu oraz przejazdu samochodów osobowych i dostawczych.

Toczyło się także postępowanie administracyjne na wniosek I. W., B. A., A. G. (2) i T. G. postępowanie o ustanowienie służebności przechodu i przejazdu przez nieruchomości stanowiącą własność Gminy R. o oznaczeniu geodezyjnym (...), dla której to nieruchomości Sąd Rejonowy w Rudzie Śląskiej prowadzi księgę wieczystą KW Nr (...), na rzecz kaźdoczesnych (...) i (...). Zakończyło się sporządzeniem operatu szacunkowego ustalającego wynagrodzenie za ustanowienie służebności na 45145,32 zł brutto.

W wariantcie pierwszym przebieg służebności rozpoczyna się od ul. (...) następnie linią prostą wzdłuż ogrodzenia i granicy działki (...) w kierunku północnym i dalej przez punkt stanowiący granicę działek (...) aż do wysokości 5 metrów działki władnącej i powrotnie do ulicy (...), na działce (...) przebiega pasem o długości 85,10 m i szerokości

4,5 m zajmując powierzchnię 383 m². W ocenie biegłego wadą tak ustanowionej służebności byłby brak dojazdu do istniejącej bramy oraz to, że nie jest w całości położona na utwardzonej drodze.

W wariantcie drugim przebieg projektowanej służebności rozpoczyna się od ulicy (...) i biegnie w kierunku południowo zachodnim wzdłuż granicy z działkami (...) następnie granicą działki (...) w kierunku zachodnim a następnie powrotnie wzdłuż granicy działek (...). W tym wariantcie projektowana służebność zajmuje całą działkę (...) o powierzchni 1546 m² oraz część działki (...)

w kształcie klina zajmując powierzchnię 357 m². W ocenie biegłego zaletą tak ustanowionej służebności jest najmniejsze obciążenie działek oraz mała ilość prac związanych z uruchomieniem służebności.

W wariantcie trzecim projektowana służebność zajmie całą działkę (...) o powierzchni 385m² oraz część działki (...) w kształcie litery (...) o długości 55,55m i szerokości 5m zajmując 253m², część działki (...) o długości 10,55 i szerokości 5m zajmując 53 m², część działki (...) o długości 28,35 i szerokości 5m zajmując powierzchnię 142m² oraz część działki (...) o kształcie trapezu o powierzchni 402m². Biegły wskazał, że wadą tak przebiegającej służebności są bardzo wysokie koszty związane z przystosowaniem jej do uruchomienia.

Na całym przebiegu służebności w wariantcie pierwszym przebiega kabel elektryczny niskiego napięcia oraz wodociąg o średnicy 100 mm. W wariantcie drugim na części działki (...) przebiegają kable elektryczne niskiego napięcia oraz kanalizacja o średnicy 300mm wraz ze studzienką, na działce znajdują się również krzewy wymagające wycięcia bądź przesadzenia. Na części działki (...) przebiega kabel niskiego napięcia. Wymienione urządzenia nie przeszkadzają w ustanowieniu służebności w żadnym z wariantów. W wariantcie drugim przez działkę (...) służebność na tej działce stanowiłaby trójkąt o powierzchni 23m².

Sąd Rejonowy uznał sporządzone przez biegłego opinie pisemne oraz wyjaśnienia złożone na rozprawie za wystarczające dlatego oddalił wniosek o przeprowadzenie dowodu z opinii innego biegłego.

Biegła E. Ś. do określenia wartości rynkowej wybrała podejście porównawcze, metodę korygowania ceny średniej, polegające na określeniu wartości nieruchomości przy założeniu, że wartość odpowiada cenom za nieruchomości podobne przy zastosowaniu korekty ze względu na cechy różniące. Na potrzeby określenia wartości rynkowej poddała analizie rynek nieruchomości gruntowych niezabudowanych w obrębie R. w okresie 2012-2014. Analiza przeprowadzonych badań doprowadziła do ustalenia ceny 1 m² działek gruntu będących przedmiotem opinii, i tak dla działki nr (...) cena ta wyniosła 141,29 zł, dla działki nr (...) - 129,64 zł natomiast dla działki (...) - 87,26 zł. Obliczając wartość wynagrodzenia z tytułu ustanowienia służebności gruntowej w wariantcie pierwszym biegła określiła wysokość rocznego potencjalnego dochodu jaki mógłby uzyskać właściciel działki (...) z tytułu udostępnienia prawa do gruntu właścicielowi działki (...) na kwotę 2029,28 zł, przy czym biegła założyła że z gruntu stanowiącego służebność będą korzystać zarówno wnioskodawczyni jak i uczestnicy postępowania. Mnożąc uzyskaną kwotę przez współczynnik kapitalizacji wyliczony na 9,09 biegła określiła wartość rynkową służebności gruntowej jako funkcji wartości części gruntu, na której będzie wykonywana służebność na kwotę 18446 zł. Stosując podobne wyliczenia i przyjmując że ze służebności będzie korzystać łącznie pięć podmiotów, biegła określiła wartość rynkową służebności gruntowej w wariantcie drugim na kwotę 36399 zł, do uzyskanej wartości biegła dodała 1/5 kosztów odtworzenia nawierzchni co dało ostateczną wartość w kwocie 38421 zł. Zastosowanie przelicznika 1/2 w pierwszym wariantcie i 1/5 w drugim wariantcie wynika z aktualnie istniejącego stanu faktycznego, zmiana współczynnika w wariantcie pierwszym mogłaby ulec zmianie w wypadku zabudowania działki (...) i zmiany dojazdu do nieruchomości.

Pisma zawierające zastrzeżenia do opinii zostały zwrócone na podstawie art. 132 k.p.c.

Przy tak dokonanych ustaleniach faktycznych Sąd Rejonowy przywołując regulację art. 145 § 1, 2 i 3 k.c. oraz art. 285 § 1 i 2 k.c. uznał, że służebność drogi koniecznej powinna przebiegać zgodnie z wariantem pierwszym, wymiary działki (...) są na tyle duże, iż nawet po ustanowieniu służebności drogi koniecznej o długości 85 m i szerokości 4,5 m, wzdłuż

granicy działki, nie spowoduje, aby nie nadawała się do zabudowy, a w planie zagospodarowania przestrzennego działka ta jest przeznaczona pod budownictwo rodzinne i drobne usługi, to bez problemu na działce można będzie posadzić budynek mieszkalno – usługowy o standardowych wymiarach; nawet w wyniku ewentualnego podziału działki nr (...) będzie nadal istniała możliwość jej zabudowy, w takim bowiem przypadku budynki mogą zostać posadzone tak aby wjazd odbywał się przez ustanowioną w niniejszym postępowaniu drogę konieczną. Najmniej uciążliwa dla nieruchomości sąsiednich będzie też właśnie droga konieczna w tym wariantcie - pokrywa się ona w zasadzie w całości z faktycznie istniejącym na tej nieruchomości szlakiem drożnym, wykorzystywanym od lat przez wnioskodawczynię i jej poprzedników prawnych. Wbrew twierdzeniom uczestników postępowania K. D., J. D., R. D. (2) i R. D. (1) nie mamy do czynienia z normą zawartą w przepisie art. 145 § 2 k.c., gdyż nieruchomości te nie były przedmiotem podziałów, o których mowa wyżej. Nieruchomość, z której wydzielono działkę o oznaczeniu geodezyjnym (...), dla której Sąd Rejonowy w Rudzie Śląskiej prowadzi księgę wieczystą o numerze (...), będąca własnością wnioskodawczyni D. G. powstała na skutek postanowienia wydanego przez Sąd w wyniku postępowania w przedmiocie podziału majątku wspólnego i częściowego działu spadku po F. i M. G., nie mamy więc do czynienia z utratą dostępu do drogi publicznej na skutek sprzedaży, czy też innej czynności prawnej. Ponadto nieruchomość ta przed podziałem nie posiadała dostępu do drogi publicznej, co więcej nigdy takiego dostępu nie miała i zawsze, jak wynika z zeznań, zarówno wnioskodawczyni, uczestników postępowania, jaki przesłuchanych świadków przejazd i przechód do budynku mieszkalnego odbywał się po części nieruchomości stanowiącej aktualnie własność K. D., J. D., R. D. (2) i R. D. (1).

Sąd Rejonowy ustalając przebieg służebności miał na uwadze powyższe okoliczności, a także to, że na ulicy (...) zlokalizowana jest komunikacja miejska, zaś ulica (...) nie ma przystanków autobusowych, zaś córka wnioskodawczyni jest osobą niedowidzącą i bardzo niedogodnym byłoby dla niej poruszanie się do ulicy (...), na której nie są zlokalizowane przystanki komunikacji miejskiej, by następnie pokonać około kilometra do ulicy (...).

Sąd Rejonowy podkreślił, że w wariantcie drugim przebieg projektowanej służebności rozpoczynał się od ulicy (...) i biegł w kierunku południowo zachodnim wzdłuż granicy z działkami (...) następnie granicą działki (...) w kierunku zachodnim a następnie powrotnie wzdłuż granicy działek (...). W tym wariantcie projektowana służebność zajmuje całą działkę (...) o powierzchni 1546m² oraz część działki (...) w kształcie klina zajmując powierzchnię 357m². Porównanie powierzchni zajętych pod drogę konieczną nieruchomości wskazuje, iż w tym wariantcie powierzchnia drogi koniecznej wyniosłaby 1926 metrów kwadratowych, gdy w wariantcie I tylko 383m². Z porównania więc obu wariantów wynika, iż biorąc pod uwagę dyrektywę art. 145 § 2 k.c., korzystniejszy jest wariant I.

Odnosnie natomiast wariantu III Sąd Rejonowy zaznaczył, że w tym wariantcie projektowana służebność zajmie całą działkę (...) o powierzchni 385m² oraz część działki (...) w kształcie litery (...) o długości 55,55m i szerokości 5m zajmując 253m², część działki (...) o długości 10,55 i szerokości 5m zajmując 53m², część działki (...) o długości 28,35 i szerokości 5m zajmując powierzchnię 142m² oraz część działki (...) o kształcie trapezu o powierzchni 402m². Nie ulega więc wątpliwości, iż wadą tak przebiegającej służebności są bardzo wysokie koszty związane z przystosowaniem jej do uruchomienia.

Jako będące bez znaczenia dla rozstrzygnięcia Sąd rejonowy uznał, że nie jest ustalony właściciel kanału burzowego oraz awaryjność powyższego kanału. Urządzenie i utrzymanie drogi koniecznej w stanie należytym należy bowiem do każdorazowego właściciela nieruchomości władnącej.

Sąd Rejonowy zaznaczył, że zakres służebności gruntowej i sposób jej wykonywania oznacza się, w braku innych danych, według zasad współżycia społecznego przy uwzględnieniu zwyczajów miejscowych; uczynił wyrzys z mapy zasadniczej, stanowiący załącznik do opinii biegłego geodety K. P. z 2 maja 2013 roku integralną częścią postanowienia, a wynagrodzenie za ustanowienie służebności drogi koniecznej ustalił zgodnie z wartością wyliczoną przez biegłą z zakresu szacowania nieruchomości E. Ś. na łączną kwotę 18.446 zł, dlatego też zasądził na rzecz każdego z właścicieli działki numer (...) – K. D., J. D., R. D. (1) i R. D. (2) wynagrodzenie za ustanowienie służebności drogi

koniecznej, zgodnie z ich udziałem w prawie własności, to jest po 6611,50 zł. O kosztach sądowych orzekł na podstawie art. 520 § 1 k.p.c. i oddalił wnioski wnioskodawców i uczestników postępowania o zasądzenie kosztów postępowania oraz zniósł pomiędzy stronami koszty zastępstwa procesowego. Uznał także, że koszty związane z wynagrodzeniami biegłych powstały na skutek złożonego wniosku i w interesie wnioskodawczynie, z tej przyczyny Sąd nakazał pobrać solidarnie od wnioskodawców na rzecz Skarbu Państwa Sądu Rejonowego w Rudzie Śląskiej kwotę 2037,73 zł tytułem części wynagrodzenia biegłych tymczasowo poniesionych przez Skarb Państwa.

Apelację od tego postanowienia wnieśli uczestnicy K. D., J. D., R. D. (1) i R. D. (2). Zaskarżyli oni orzeczenie w części, to jest jego punkty 1, 2 i 3, obejmującej ustanowienie drogi służebnej i przyznanie wynagrodzenia za obciążenie nieruchomości. Skarżący podnieśli następujące niewyjaśnienie wszystkich okoliczności faktycznych istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy wskutek naruszenia przepisów postępowania, które mogło mieć wpływ na wynik sprawy, a mianowicie: art. 217 § 1 i 2 k.p.c., art. 227 k.p.c. i art. 232 k.p.c. przez pominięcie wyjaśnień i ustalenia istotnych dla sprawy okoliczności oraz bezzasadne oddalenie wniosku uczestników o dopuszczenie dowodów z pisma Prezydenta Miasta R. z 7.10.2014r., pomimo, iż okoliczności zawarte w tym piśmie miały istotne znaczenie z punktu widzenia niezasadności wyznaczenia służebności drogi koniecznej w wariantcie I tj. przez działkę (...) (dalej jako „wariant I”),

zdjęć obrazujących stan drogi szutrowej przebiegającej przez działkę (...) po ulewach i uszkodzeniach kanału znajdującego się pod tą działką oraz zagrożeń płynących w wypadku ustanowienia służebności w wariantcie I dla nieruchomości obciążonej i nieruchomości sąsiednich; art. 232 k.p.c. poprzez niedopuszczenie z urzędu przez Sąd dowodów wymienionych w piśmie skarżących z 10.09.2014r., w sytuacji, gdy dowody i argumentacja zawarta

w tym piśmie miały istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, w tym wskazywały m. in. na nierzetelność sporządzonej przez biegłą E. Ś. opinii z 27.06.2014r.; art. 233

§ 1 k.p.c. przez brak rozważenia w sposób bezstronny i wszechstronny uzyskanego materiału dowodowego w tym opinii biegłych K. P. z 2.05.2013r. oraz opinii uzupełniającej z 2.12.2013r. poprzez błędne oznaczenie długości drogi koniecznej w wariantcie I, a także E. Ś. z 27.06.2014r. poprzez oparcie tej opinii na nieaktualnych wytycznych organów samorządowych, błędnym wyliczeniu wynagrodzenia dla skarżących za ustanowienie służebności drogi koniecznej w wariantcie I, braku ustalenia faktycznego sposobu korzystania z drogi szutrowej na działce (...), przez uznanie, że nieustalony stan prawny kanału przebiegającego pod działką nr (...) i spowodowane z tym trudności z ustaleniem osoby odpowiedzialnej dla jego utrzymania i napraw nie mają znaczenia z punktu widzenia ustanowienia służebności drogi koniecznej w wariantcie I, przez pominięcie przez Sąd okoliczności, że właściciele działki (...) akceptowali przeprowadzenie służebności drogi koniecznej przez w/w działkę, skarżący wyrażali zgodę na przeprowadzenie służebności w wariantcie II przez działki nr (...), a także, że działka nr (...) jest działką drogową w sensie prawnym, a nie tylko faktycznym, jak w wariantcie I, i że dodanie jednego dodatkowego użytkownika takiej drogi nie spowoduje większego obciążenia tej nieruchomości; art. 328 §2 k.p.c. poprzez brak wskazania dlaczego Sąd nie podzielił argumentacji skarżących, co do przeprowadzenia służebności drogi koniecznej w wariantcie II. Zarzucili także naruszenie prawa materialnego, a to: art. 145 § 2 i 3 k.c. przez ich błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, iż przeprowadzenie drogi koniecznej w wariantcie I w sposób mniejszy obciąża nieruchomości sąsiednie i jest zgodne z interesem społeczno-gospodarczym; art. 140 k.c. poprzez jego niezastosowanie w związku z art. 145 k.c. i dokonanie błędnych ustaleń, że podanie nieprawdziwych informacji przez E. G. (1) w postępowaniu spadkowym po F. i M. G. nie miało znaczenia dla ułatwienia dostępu do nieruchomości wnioskodawczynie do drogi publicznej; art. 5 k.c. poprzez jego niezastosowanie i brak oceny ustanowienia służebności drogi koniecznej w wariantcie I w świetle zasad współzycia społecznego, w tym ograniczenia przez E. G. (1) w drodze dokonanych przez niego czynności możliwości dostępu do drogi publicznej.

W oparciu o powyższe zarzuty skarżący wnieśli o zmianę zaskarżonego postanowienia i ustanowienie służebności drogi koniecznej w wariantcie II lub III oraz o zasądzenie od wnioskodawczynie na ich rzecz kosztów postępowania, ewentualnie przekazanie sprawy w tym zakresie Sądowi Rejonowemu do ponownego rozpoznania i rozstrzygnięcia o kosztach postępowania apelacyjnego.

Wnioskodawczyni wniosła o oddalenie apelacji jako bezzasadnej i zasądzenie na jej rzecz od apelujących zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

Sąd Okręgowy ustalił i zważył, co następuje:

Ustalenia faktyczne dokonane przez Sąd Rejonowy są w zasadniczej części prawidłowe i jako takie Sąd Okręgowy uznaje za własne, za wyjątkiem oznaczenia powierzchni drogi koniecznej w wariantie I i związaną z tym wysokością jednorazowego wynagrodzenia za ustanowienie służebności drogi koniecznej. Należy podkreślić, że mapa z przebiegiem służebności sporządzona przez biegłego geodetę /k. 345/ została sporządzona w skali 1 - 1000, co wskazuje, że 1cm na mapie w rzeczywistości odpowiada długości 10m. Przeliczenie długości przebiegu służebności drogi koniecznej na mapie wskazuje, że wynosi ona: 6,7cm do punktu 4 od pkt 2 oraz 6,5cm od pkt 1 do pkt 5, czyli 67m i 65m, a to oznacza, że przy szerokości 4,5m pas służebności drogi koniecznej wynosi $301,5m^2$ (przy $67m * 4,5m$) i $292m^2$ (przy $65m * 4,5m$). Służebność ta pomiędzy punktami 4 i 5 biegnie pod skosem, jedna przyprostokątna powstałego tak trójkąta prostokątnego ma długość 2m, a druga 4,5m (to szerokość drogi), dlatego powierzchnia tego trójkąta wynosi $4,5m^2$. Powierzchnia drogi koniecznej wynosi więc $296,5m^2$ i pozostaje o prawie $100m^2$ mniejsza od poprzednio opisanej w wariantie I przez biegłego przy przyjęciu niewłaściwej długości. Biegły w trakcie złożenia ustnych wyjaśnień do jego opinii, wysłuchany przed Sądem Okręgowym, potwierdził te długości dotyczące drogi służebnej w wariantie I oraz jej szerokość /wyjaśnienia biegłego na rozprawie 19 października 2016 roku 00:03:13-00:08:59, k. 1166-1167/.

To błędne oznaczenie długości drogi koniecznej wpłynęło również na konieczność odmiennych ustaleń faktycznych związanych z powierzchnią zajęta pod drogę konieczną, która w sytuacji ustalenia przebiegu tej drogi w najkrótszym zakresie (wariant I) wynosi $296,5m^2$.

Apelujący w żaden sposób nie podnosili w toku postępowania przed sądem pierwszej instancji jakichkolwiek wad opinii biegłego geodety w zakresie długości drogi koniecznej, nie kwestionowali jego wyliczeń dokonanych w terenie i w tej części nie składali żadnych zarzutów.

Odnośnie dokumentów związanych ze zdjęciami z sierpnia 2014 roku i września 2014 roku dołączonych do apelacji oraz pisma Prezydenta Miasta R. z 7 października 2014 roku także dołączonego do apelacji to dowody z tych zdjęć i dokumentów należało oddalić, albowiem apelujący mieli możliwość włączenia ich materiału dowodowego w toku postępowania przed sądem pierwszej instancji. Sąd Rejonowy te wnioski dowodowe oddalił, albowiem okoliczności w tym zakresie były bezsporne, nadto oddalenie tych wniosków dowodowych w żaden sposób nie zostało opatrzone zastrzeżeniem z art. 162 k.p.c. w związku

z art. 13 § 2 k.p.c. /k. 833 - oddalono wniosek o dopuszczenie dowodu z pisma z 7 października 2014 roku, k. 737 - zwrócono pismo z apelującym z 10 września 2014 roku z wnioskami dowodowymi, co do których bezsporne było, że po ulewach i uszkodzeniach doszło do ubytków w drodze biegnącej w śladzie służebności drogowej w wariantie I/. Jednocześnie należy w tym miejscu zauważyć, że gmina zadeklarowała naprawę tego szlaku drogowego w wariantie I /k.738-739/, tą okoliczność potwierdził świadek E. G. (1) wskazując na to, że awarie usuwa gmina lub wodociągi /k. 293/. Te okoliczności w żaden sposób nie zostały przez apelujących zaprzeczone. Należy także podkreślić, że Sąd Rejonowy nie wskazał w uzasadnieniu z jakich powodów oddalił ten wniosek dowodowy, natomiast podstawy takiej decyzji wynikają z protokołów znajdujących się na wyżej wskazanych kartach, dlatego też Sąd Okręgowy ma świadomość powodów, z jakich nie doszło do dopuszczenia tych dowodów.

Odnośnie niedopuszczenia z urzędu dowodów złożonych w piśmie z 10 września 2014 roku przez apelujących, należy podkreślić, że pismo to zostało w sposób skuteczny zwrócone, a jako takie nie może być brane pod uwagę. Jednocześnie Sąd Rejonowy w swoim uzasadnieniu wskazał, że zwrócił dokumenty związane z zastrzeżeniami do biegłych - pisma apelujących z 10 września 2014 roku. Apelujący w żaden sposób nie składali zastrzeżeń co do okoliczności związanych ze zwrotem tego pisma.

Zgodnie z art. 162 k.p.c. w związku z art. 13 § 2 k.p.c. jeżeli nie zgłoszono zastrzeżeń do protokołu na uchybienia przepisom postępowania, to nie przysługuje prawo powoływania się na te uchybienia w dalszym toku postępowania.

Wyjątek stanowią przepisy postępowania, których naruszenie sąd powinien wziąć pod uwagę z urzędu, albo sytuacja, gdy uprawdopodobnione zostanie, że nie zgłoszono zastrzeżeń bez winy strony.

Biorąc powyższe pod rozwagę Sąd Okręgowy oddalił wnioski złożone w apelacji są one bowiem spóźnione (pochodzą z 2014 roku i mogły być złożone przed Sądem Rejonowym), a pomiar działki ze strony internetowej też mógł być wówczas przedstawiony. W tym zakresie Sąd Okręgowy oparł się na regulacji art. 381 k.p.c. w związku z art. 13 § 2 k.p.c. Ponadto Sąd Okręgowy stosując te same przepisy oddalił wnioski dowodowe złożone na rozprawie 19 października 2016 roku, gdyż pierwszy z nich dotyczył wysłuchania biegłego geodety na okoliczności związane z wadami ustanowienia służebności w wariantach I i II, a biegły w tym zakresie był słuchany przed Sądem Rejonowym i nie składano zastrzeżeń co do jego opinii, z kolei wnioski dowodowe wnioskodawczynie nie miały istotnego znaczenia dla rozpoznania sprawy, bo zostały złożone na okoliczność zlecenia projektu rewitalizacji urządzenia kanalizacyjnego biegnącego w pasie służebności w wariantcie I.

Sąd Okręgowy w toku rozpoznawanej apelacji zwrócił się do biegłej do spraw szacowania wartości nieruchomości E. Ś. o rozważenie możliwości potwierdzenia aktualności sporządzonego przez nią operatu szacunkowego, a w przypadku braku takiej możliwości zlecił jej sporządzenie aktualnej opinii w tym zakresie. Poprzedni operat szacunkowy został sporządzony ponad 12 miesięcy przed rozpoznaniem apelacji. Biegła potwierdziła jednak aktualność swojego operatu szacunkowego 24 marca 2016 roku /k. 1068/, a co za tym idzie wysokość jednorazowego wynagrodzenia za ustanowienie służebności drogi koniecznej, przy przyjęciu jej powierzchni na 296,5m², zgodnie z prawidłowo wyliczoną powierzchnią zajętej pod drogę służebną części nieruchomości apelujących, w wariantcie I wynosi 14280 zł, co daje po 3570 każdemu z czworga apelujących. Biegła wyliczając to wynagrodzenie wpięrw ustaliła potencjalny roczny dochód, który wskazała na kwotę 2029,28 zł przy powierzchni zajętej pod drogę służebną wynoszącą 383m², natomiast przy ustaleniu tej powierzchni na 296,5m² ten potencjalny dochód wynosić musi 1570,97 zł (jest to zwykle przeliczenie arytmetyczne), przemnożenie tej wysokości przez współczynnik kapitalizacji wyliczony przez biegłą na 9,09 prowadzi do wyniku 14280 zł jako jednorazowego wynagrodzenia za ustanowienie służebności /opinia biegłej k. 544-595, 737-738, klauzula aktualizacyjna do opinii k. 1068/.

Zarzuty apelujących złożone w apelacji do opinii biegłej o tyle nie mogą być obecnie skuteczne, że mogły być zgłoszone przed Sądem Rejonowym, biegła była wówczas wysłuchana w obecności pełnomocnika apelujących, a złożone wcześniej – na piśmie – zarzuty do jej opinii zostały ostatecznie pominięte – Sąd Rejonowy zwrócił pismo apelujących w tym zakresie, a nie złożono zastrzeżeń do tej decyzji /k. 737/. Nie ma więc możliwości skutecznego podnoszenia ich w toku postępowania apelacyjnego (art. 162 k.p.c. w związku z art. 13 § 2 k.p.c.). Obecnie złożone zarzuty są zaś spóźnione.

Jednocześnie opisana przez biegłego geodetę służebność drogi koniecznej w wariantcie I - od ulicy (...) - wskazuje, że nie tylko wnioskodawczynie będzie osobą korzystającą z tej służebności, ale z drogi korzystać będą także apelujący, albowiem stanowi ona dostęp także do ich nieruchomości. Trzeba bowiem zauważyć, że ulicę (...) od nieruchomości apelujących oddziela skarpa, która do chwili obecnej nie została w całości usunięta i dostęp do swojej nieruchomości mają oni właśnie przez drogę, którą wykorzystuje wnioskodawczynie, aby dostać się na swoją nieruchomość. Ustalenia Sądu Rejonowego prowadzą do wniosku, że z drogi tej korzysta obecnie wnioskodawczynie, ale wcześniej z przejścia i przejazdu korzystali poprzedni mieszkańcy domu przy ulicy (...), jak również sąsiedzi. Z mapy sporządzonej przez biegłego geodetę /k. 452/ wynika, że obie działki należące do apelujących od ulicy (...) są oddzielone skarpią, co uniemożliwia prawidłowy dostęp do nich, brak skarpy jest w przebiegu wyznaczonym na drogę konieczną. Poza tym po zawarciu ugody 28 sierpnia 2002 roku, w toku postępowania o naruszenie posiadania, apelujący zobowiązali się do nieczynienia przeszkód w korzystaniu z tego szlaku drogowego na rzecz wnioskodawczynie. Wówczas wskazali, że zwały ziemi złożone na tej drodze zostały usunięte 6 maja 2002 roku /k. 32-33 akt Sądu Rejonowego w Rudzie Śląskiej o sygn. I C 187/02/. Ponadto należy zauważyć, że apelujący jako współwłaściciele działki obciążonej służebnością mają realną możliwość korzystania z tej drogi także w celu dostępu do swojej nieruchomości.

Bez znaczenia dla rozpoznania sprawy jest to, kto jest właścicielem kanału pod działką (...). Ta okoliczność jest bez znaczenia dla ustalenia przebiegu służebności drogi koniecznej. Rzeczywiście właściciela tego kanału nie ustalono, natomiast uszkodzenia spowodowane wylewami wody po opadach deszczu zobowiązała się usunąć Gmina R., która poczuwa się do odpowiedzialności za przebiegi wodne na terenie swojego miasta. Jednocześnie, jak już wyżej wskazywano, z zeznań świadka E. G. (2) wynika, że awarie usuwa gmina lub wodociągi. Dlatego też nie było konieczności ustalenia właściciela kanału pod tą działką.

Należy także podkreślić, że zgodnie z art. 46 § 1 k.c. nieruchomościami są części powierzchni ziemskiej stanowiące odrębny przedmiot własności, a z zastrzeżeniem wyjątków

w ustawie przewidzianych do części składowych gruntu należą budynki i inne urządzenia trwale z gruntem związane / art. 48 k.c./. Jednocześnie na podstawie art. 49 § 1 k.c. urządzenia służące do doprowadzania lub odprowadzania płynów, pary, gazu, energii elektrycznej oraz inne urządzenia podobne nie należą do części składowych nieruchomości, jeżeli wchodzi

w skład przedsiębiorstwa. W rozpoznawanej sprawie nie ustalono i nie przedstawiono dowodów na tego rodzaju okoliczność, że kanał pod działką apelujących stanowi własność jakiegokolwiek przedsiębiorstwa. Nie ma to jednak istotnego znaczenia dla rozpoznania sprawy w zakresie ustalenia służebności drogi koniecznej, albowiem zgodnie z art. 345 k.c. drogę konieczną ustanawia się na nieruchomości obciążonej, a zgodnie z opinią biegłego geodety istnienie w szlaku tej drogi przebiegu kanalizacji rur wodnych nie stanowi okoliczności uniemożliwiającej jej ustanowienie. Dodać także należy, że zgodnie z art. 289 § 1 k.c. obowiązek utrzymania urządzeń potrzebnych do wykonywania służebności gruntowej obciąża właściciela nieruchomości władnącej, a więc nie apelujących tylko wnioskodawczynię.

Pozostałe zarzuty apelujących koncentrują się na kwestionowaniu ustanowienia przebiegu służebności drogi koniecznej przez ich nieruchomość. Zgodnie z oceną apelujących wariantem bardziej odpowiednim powinien być ten wyznaczony przez biegłego geodetę jako II - przez działki o numerach (...). Powołują się w tym zakresie także na konflikt pomiędzy nimi a wnioskodawczynią w zakresie korzystania ze służebności drogi opisanej w wariantcie I – od ulicy (...) – przez ich nieruchomość.

W tym miejscu należy podkreślić, że zgodnie z art. 145 § 2 k.c. przeprowadzenie drogi koniecznej następuje z uwzględnieniem potrzeb nieruchomości, która nie ma odpowiedniego dostępu do drogi publicznej oraz z najmniejszym obciążeniem gruntów, przez które droga ma prowadzić. Istotną rzeczą w rozpoznawanej sprawie jest to, że uprzednio stanowiące jedną nieruchomość działki o obecnych numerach (...) oraz (...) nie miały bezpośredniego dostępu do drogi publicznej, natomiast po ich podziale ostatnia z tych działek uzyskała dostęp do drogi publicznej poprzez działkę (...), albowiem współwłaściciele tej działki (...) są jednocześnie współwłaścicielami działki (...) graniczącej z działką nr (...), która w rejestrze gruntów jest użytkiem drogowym (nie jest to więc droga publiczna) / k. 68 w opinii biegłego geodety w sprawie o sygn. akt I Ns 997/07/. Dodatkowo okoliczność, że w toku postępowania o podział majątku wspólnego i częściowy dział spadku nie ustanowiono służebności drogi koniecznej poprzez działkę (...) nie może stanowić argumentu o konieczności, w toku obecnego postępowania, przeprowadzenia służebności drogi koniecznej właśnie przez tą działkę, albowiem byłoby to możliwe tylko wówczas gdyby istniała możliwość przeprowadzenia drogi przez te grunty, a taką możliwość biegły określił w wariantcie III przebiegu służebności drogi koniecznej, natomiast jest ona o tyle wykluczona, że konieczne byłoby w tym zakresie usunięcie skarpy na działce (...), co wiązałoby się z wysokimi kosztami przystosowania tej drogi do korzystania, droga ta miałaby też bardzo długi przebieg około 200m (najdłuższy ze wszystkich wariantów). Poza tym pomimo zajęcia pod ten wariant części działki (...) nie został w dalszej części przez tą działkę poprowadzony przebieg tej drogi, gdyż działka ta (...) nie stanowi drogi publicznej – ta okoliczność nie jest nawet kwestionowana. Nie stanowiła jej także wcześniej. Nie można więc skutecznie przeprowadzić służebności drogi koniecznej przez działki będące uprzednio przedmiotem działu, gdyż one takiego dostępu formalnie nie miały. Tak więc to nie dokonanie podziału było przyczyną stanowiącą o konieczności ustanowienia służebności drogi koniecznej, gdyż działki będące przedmiotem podziału nie miały już w chwili podziału, a także wcześniej zapewnionego dostępu do drogi publicznej (działka (...) taką drogą publiczną nie jest). Jednocześnie przeprowadzenie służebności drogi koniecznej przez działki będące następstwem sprzedaży lub innej czynności prawnej dotyczy sytuacji, gdy pomiędzy stronami dochodzi do takich właśnie czynności, a w

toku poprzednio rozpoznawanej sprawy o podział majątku wspólnego i częściowy dział spadku to Sądu Rejonowy wydał postanowienie kończące co do meritum postępowanie, nie doszło więc do żadnej czynności prawnej pomiędzy zainteresowanymi. Jedyne w drodze analogii istniałaby więc możliwość zastosowania art. 145 § 2 zd. 2 k.c. (por. uzasadnienie do postanowienia Sądu Najwyższego z 16 stycznia 2015 roku, sygn.. akt III CSK 147/14, LEX 1659239), ale w rozpoznawanej sprawie nawet to jest wykluczone, gdyż to nie na skutek działu nieruchomości należąca obecnie do wnioskodawczynie utraciła dostęp do drogi publicznej, ona nie miała go już wcześniej i w tym zakresie musiała korzystać z faktycznego przejazdu i przejścia przez nieruchomości apelujących. Należy także podkreślić, że w poprzedniej sprawie (sygn. akt I Ns 997/07) biegły geodeta wyraźnie wskazał, że podziału nieruchomości jest możliwy pod warunkiem, że dojazd do nieruchomości wnioskodawczynie zostanie zapisany jako służebność - mowa o dojeździe przez działkę apelujących od strony ulicy (...). W trakcie tamtego postępowania takiej służebności nie ustanowiono, natomiast E. G. (1) przedstawił wówczas ugodę zawartą z apelującymi 28 sierpnia 2002 roku przed Sądem Rejonowym w Rudzie Śląskiej w sprawie o sygn. akt I C 187/02 /k. 74 do 76 akt I Ns 907/07/.

Celem rozważenia, który wariant przebiegu służebności drogi koniecznej jest właściwy dla dostępu nieruchomości wnioskodawczynie do drogi publicznej należy podkreślić, że wskazówkami w tym zakresie są okoliczności, że od bardzo długiego okresu czasu wnioskodawczynie korzysta z drogi biegnącej przez działkę apelujących, a w 2002 roku została zawarta ugoda, w toku postępowania o naruszenie posiadania, umożliwiająca jej dalsze korzystanie z tej drogi. Trzeba bowiem podkreślić, że zgodnie z art. 352 § 1 k.c. kto faktycznie korzysta z cudzej nieruchomości w zakresie odpowiadającym treści służebności jest posiadaczem służebności. Nie ulega więc żadnej wątpliwości, że już w 2002 roku wnioskodawczynie była posiadaczem służebności, albowiem korzystała z nieruchomości apelujących w zakresie odpowiadającym treści służebności. Nie była to jednak sformalizowana służebność drogi koniecznej.

Niewątpliwie dostęp nieruchomości wnioskodawczynie do drogi publicznej - ulicy (...) - jest okolicznością ważną dla nieruchomości, której jest właścicielką, albowiem przy tej ulicy działa komunikacja miejska, co powoduje, że nieruchomość wnioskodawczynie będzie miała zapewniony dostęp, poprzez drogę konieczną, do komunikacji miejskiej, a to wpłynie na wartość tej nieruchomości. Dostęp do komunikacji miejskiej stanowi element oceny rzeczoznawcy majątkowego w zakresie oceny wartości nieruchomości. Gdyby w tym przypadku służebność była przeprowadzona przez wariant II, to taki dostęp do komunikacji miejskiej byłby dopiero od znalezienia się na ulicy (...) (na ulicy (...) brak przystanków komunikacji miejskiej), co zdecydowanie wydłużyłoby możliwość przedostania się do przystanków komunikacji miejskiej, a to samo w sobie wpłynęłoby na obniżenie wartości nieruchomości. Dlatego też ta okoliczność i potrzeby nieruchomości niemającej dostępu do drogi publicznej wskazują na to, że dostęp ten powinien być od ulicy (...).

Kolejną przesłanką dotyczącą ustanowienia służebności drogi koniecznej jest najmniejsze obciążenie gruntów, przez które droga ma prowadzić. W rozpoznawanej sprawie, jak już wyżej wskazano, od szeregu dziesięcioleci nieruchomość wnioskodawczynie ma dostęp do ulicy (...) poprzez działkę apelujących. Wykorzystuje drogę biegnącą przez przez działkę apelujących, która jest faktycznie utworzona, a w części jest nawet wyłożona asfaltem. W jej ciągu znajduje się kabel elektryczny niskiego napięcia oraz wodociąg z kanalizacją, ale te elementy w żaden sposób nie uniemożliwiają ustanowienia służebności drogi koniecznej. W chwili obecnej działka apelujących w żaden sposób nie jest wykorzystywana gospodarczo tak, aby uniemożliwiało to korzystanie ze służebności biegnących po tej działce. Jednocześnie przebieg służebności drogi koniecznej zgodnie z wariantem I jest ustalony w zasadzie w całości w takim biegu, w jakim dotychczas korzystała z niego wnioskodawczynie - jest on skrócony - a przebiegająca przez działkę apelujących droga właśnie w ten sposób jest wykorzystywana. Istniejące w przebiegu tej drogi kabel elektryczny niskiego napięcia i wodociąg o średnicy 100mm /wysłuchanie biegłego k. 419-422/ nie stanowią przeszkody do ustanowienia służebności drogi koniecznej. Kanalizacja ogólnospławna o średnicy 300mm nie biegnie zaś w śladzie drogi koniecznej, ale jest przesunięta na wschód od tej drogi, jej bieg wyznacza linia pomiędzy studzienkami kanalizacyjnymi K61, K50 do K46 /k. 345/. To są okoliczności które wskazują na to, że wzdłuż drogi koniecznej oraz w jej śladzie będą już zarówno linia niskiego napięcia, wodociąg o średnicy 100mm oraz kanalizacja ogólnospławna o średnicy 300mm. Nieruchomość apelujących jest więc faktycznie wykorzystana już w zakresie co najmniej korzystania z posiadania służebności przesyłu. A to powoduje, że w sytuacji ewentualnego zabudowania tej nieruchomości te

okoliczności będą musiały być brane pod uwagę w ten sposób, aby nie dopuścić do zabudowania śladu posiadania ewentualnej służebności przesyłu.

Należy także podkreślić, że współwłaściciele działki (...), na której znajdują się latarnie (nie jest to jednak droga publiczna), nie wyrażają zgody na przeprowadzenie służebności poprzez ich działkę, a przeprowadzenie służebności w tym wariantcie (II) wymaga ustanowienia jej służebności także na działce (...), której właściciele wyrażają na to zgodę oraz na działce apelujących, którzy w tym zakresie również wyrażają na to zgodę. Jest jednak istotna okoliczność wskazująca na to, że w wariantcie II ta służebność nie powinna przebiegać, dotyczy ona konieczności urządzenia drogi dojazdowej aż do utwardzonej drogi. Poza tym w tym wariantcie przebiegają kable niskiego napięcia, kanalizacja o średnicy 300mm wraz ze studzienką kanalizacyjną. W jej pobliżu znajduje się hydrant, zawory wodne i wały ziemne, a teren jest gliniasty. Znajduje się tam też krzew leszczyny i drzewko ozdobne. Służebność w tym wariantcie w sumie wynosi 1926m², przy czym na działce (...)m², na działce (...)m², a na kolejnej działce (...)m². Jednorazowe wynagrodzenie za ustanowienie służebności w tym wariantcie biegła wyliczyła na 38421 zł. Jest ono więc znacznie wyższe niż w wariantcie I. Te okoliczności także trzeba brać pod uwagę wraz z innymi decydującymi o przebiegu służebności drogi koniecznej.

Sąd Rejonowy w treści uzasadnienia zaskarżonego postanowienia wskazał z jakich przyczyn przyjął wariant I: pokrywa się z faktycznie istniejącym dostępem, był wykorzystywany od szeregu lat, przy ulicy (...) znajduje się komunikacja miejska jest to wygodne osobiście dla wnioskodawczyni. Nie widział możliwości ustanowienia służebności w wariantcie II, gdyż powierzchnia zajęta pod służebność znacznie przekracza tą w wariantcie I. Także w wariantcie III powierzchnia zajęta pod projektowaną służebność jest znaczna.

Wariant I przebiegu służebności przez działkę apelujących zgodnie z dotychczasowym sposobem korzystania z niej nie narusza zasad współżycia społecznego. Należy w tym miejscu zauważyć, że od dłuższego okresu czasu taki wariant jest wykorzystywany, a apelujący sami – w drodze ugody sądowej z 28 sierpnia 2002 roku – zobligowali się do nieczynienia przeszkód wnioskodawczyni w korzystaniu ze szlaku drożnego w tej części. Ta okoliczność nie może być pomijana, a wskazuje ewidentnie na stosunki miejscowe w zakresie korzystania z dojazdu do drogi publicznej i to od dłuższego okresu czasu. To prowadzi też do wniosku o uwzględnieniu interesu społeczno-gospodarczego. Jednocześnie zwanie ugody w toku postępowania o naruszenie posiadania wskazuje na załagodzenie konfliktu.

Na obciążenie nieruchomości przez, które droga konieczna ma prowadzić składają się dwa zasadnicze elementy: fizyczny (powierzchnia zajęta pod drogę) oraz funkcjonalny związany z uciążliwością i utrudnieniami dla właściciela nieruchomości obciążonej. Dodatkowym elementem jest także ten związany z ekonomiką, a to utratą ewentualnych korzyści przez właściciela nieruchomości obciążonej lub też zwiększeniem jego wydatków. Należy w tym miejscu zauważyć, że zarówno element fizyczny, jak i funkcjonalny w rozpoznawanej sprawie wskazują na niewielkie obciążenie nieruchomości apelujących, gdyż od dłuższego okresu czasu faktycznie wnioskodawczyni korzysta z nieruchomości apelujących w przebiegu ustanowionej służebności w wariantcie I, z tego powodu nie występują utrudnienia na rzecz apelujących, co więcej poprzez wyasfaltowaną część tej drogi od ulicy (...) mogą oni przedostawać się na swoją nieruchomość, nie jest zaś możliwa jej zabudowa w tej części, gdyż biegnie tam kabel elektryczny niskiego napięcia, wodociąg o średnicy 100mm, zaś kanalizacja ogólnospławna o średnicy 300mm nie biegnie w śladzie drogi koniecznej, ale jest przesunięta na wschód od tej drogi, czyli biegnie głębiej na działce apelujących. Jak więc wyżej zwrócono uwagę nieruchomość apelujących jest więc faktycznie wykorzystana już w zakresie co najmniej korzystania z posiadania służebności przesyłu.

Nie jest też tak, jak starają się wskazywać apelujący, że brak dostępu do drogi koniecznej jest następstwem podziału gruntów. Jak już wyżej wskazano działka (...) nie stanowi drogi publicznej. Żaden z uczestników takich twierdzeń nie podnosił, a biegły geodeta nie poprowadził służebności drogi koniecznej tylko do tej działki, w wariantcie III obciążył on także ten grunt w części na potrzeby służebności, ale poprowadził ją dalej do ulicy (...) przez inne jeszcze działki. Z tego wniosek, że grunty przed podziałem nie miały dostępu do drogi publicznej, gdyż działka (...) nie stanowi takiej drogi. Zresztą korzystanie z nieruchomości apelujących przez wnioskodawczynię w celu dostępu do ulicy (...) przez szereg lat, jeszcze przed podziałem wskazuje, że ten dostęp był potrzebny z innej strony (przez działkę apelujących), bo

działka (...) nie stanowi drogi publicznej. Drogami publicznymi są drogi krajowe, wojewódzkie, powiatowe i gminne [art. 2 ustawy z 21 marca 1985 roku o drogach publicznych (t.j. Dz. U. z 2016 r., poz. 1440)]. Ulice leżące w ciągu tych dróg należą do tej samej kategorii co te drogi (art. 2 ust. 2 tej ustawy). Zaliczenie do kategorii dróg gminnych następuje w drodze uchwały rady gminy po zasięgnięciu opinii właściwego zarządu powiatu (art. 7 ust. 2 tej ustawy). Z materiału dowodowego zebranego w sprawie nie wynika, aby działka (...) stanowiła jakąkolwiek z kategorii dróg publicznych, nie jest ona też ulicą, natomiast biegły w sprawie II Ns 997/07 wyraźnie wskazał, że dostęp do ulicy (...) (drogi gminnej) prowadzi przez działkę (...) oznaczoną w rejestrze gruntów użytkowaniem gruntowym „dr” (droga) /k. 66 tych akt/ – nie oznacza to jednak, że jest to droga publiczna. Wskazuje tylko na charakter tego użytku, ale nie nadaje mu przymiotu drogi publicznej.

Powyższe okoliczności sprawy wskazują, że nieruchomości władnąca należąca do wnioskodawczyni nie ma dostępu do drogi publicznej, dlatego konieczne jest ustanowienie służebności poprzez działkę apelujących, by uzyskać dostęp do ulicy (...) (drogi publicznej).

Sąd Rejonowy zastosował prawidłową regulację prawną.

Dlatego też zasadnicze zarzuty apelacji są bezzasadne. Zasadne okazały się jedynie te dotyczące powierzchni zajętej pod drogę służebną, a co za tym idzie także wysokości jednorazowego wynagrodzenia za jej ustanowienie. Jednocześnie należy podkreślić, że postanowienie o ustanowieniu służebności drogi koniecznej jest w taki sposób skonstruowane, że ustanowienie służebności i jej przebieg wpływają na ustalenie wynagrodzenia za jej ustanowienie. Te punkty postanowienia są ze sobą nierozdzielnie połączone, dlatego też w tym zakresie nie działa zakaz opisany w art. 384 k.p.c. w związku z art. 13 § 2 k.p.c. – można więc zmienić zaskarżone orzeczenie nawet na niekorzyść uczestników wnoszących apelację, gdyż ustalenie mniejszej powierzchni zajętej pod służebność drogi koniecznej powoduje konieczność zmniejszenia wynagrodzenia za jej ustanowienie (por. uzasadnienie postanowienia Sądu Najwyższego z 14 listopada 2012 roku, sygn. akt III CSK 120/12, LEX 1267161).

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 386 § 1 k.p.c. w związku z art. 13 § 2 k.p.c., należało orzec jak w punkcie 1 sentencji, natomiast apelację w pozostałej części jako bezzasadną oddalono stosując regulację art. 385 k.p.c. w związku z art. 13 § 2 k.p.c. (pkt 2).

Apelujący przegrali sprawę w zasadniczym zakresie, gdyż ostatecznie służebność drogi koniecznej została ustanowiona na ich nieruchomości. O kosztach postępowania odwoławczego (pkt 3) Sąd Okręgowy orzekł na zasadzie art. 520 § 3 k.p.c. w związku z § 8 pkt 3 i § 13 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 28 września 2002 roku w sprawie opłat za czynności sprawne opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 461 ze zm.). Koszty tego postępowania związane są z wynagrodzeniem pełnomocnika wnioskodawczyni, które wynosi 120 zł, a ponieważ służebność została ustanowiona na nieruchomości będącej własnością apelujących po 1/4 części, to także w takich samych częściach odpowiadają oni za koszty postępowania powstałe po stronie wnioskodawczyni.

Jednocześnie o kosztach sądowych (pkt 4) Sąd Okręgowy orzekł stosując regulację art. 113 ust. 1 ustawy z 28 lipca 2005 roku o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (t.j. Dz. U. z 2016 r., poz. 623) w związku z art. 520 § 3 k.p.c. i biorąc pod uwagę, że apelujący sprawę przegrali, a są współwłaścicielami nieruchomości obciążanej służebnością po 1/4 części. Koszty sądowe w tym zakresie związane są z aktualizacją opinii biegłej i łącznie wynoszą 91,08 zł.

SSR (del.) Joanna Łukasińska-Kanty SSO Barbara Braziewicz SSO Roman Troll