

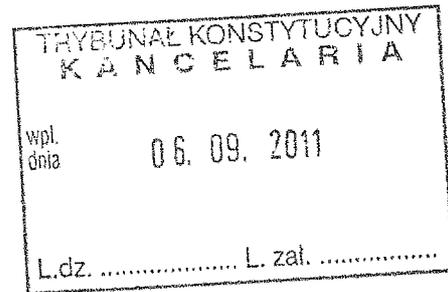


RZECZPOSPOLITA POLSKA
PROKURATOR GENERALNY

Warszawa, dnia 5 września 2011 r.

PG VIII TK 50/11

(P 27/11)



TRYBUNAŁ KONSTYTUCYJNY

W związku z pytaniem prawnym Sądu Rejonowego w Janowie Lubelskim II Wydział Karny o zbadanie, „czy art. 90 ustawy z 7 lipca 1994 roku - Prawo budowlane jest zgodny z art. 2 i z art. 42 ust. 1 Konstytucji”

- na podstawie art. 27 pkt 5 w związku z art. 33 ustawy z dnia 1 sierpnia 1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz. U. Nr 102, poz. 643 ze zm.) -

przedstawiam następujące stanowisko:

1) art. 90 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane (tekst jednolity - Dz. U. z 2010 r. Nr 243, poz. 1623 ze zm.) w zakresie, w jakim odwołuje się do samowoli budowlanej określonej w art. 48 tej ustawy:

a) jest niezgodny z art. 42 ust. 1 w związku z art. 2 Konstytucji RP;

b) jest zgodny z zasadą proporcjonalności wyrażoną w art. 2 Konstytucji RP,

2) na podstawie art. 39 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 1 sierpnia 1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz. U. Nr 102, poz. 643 ze zm.) postępowanie w pozostałym zakresie podlega umorzeniu, ze względu na niedopuszczalność wydania wyroku.

UZASADNIENIE

Postanowieniem z dnia 29 kwietnia 2011 r., sygn. _____, Sąd Rejonowy w Janowie Lubelskim II Wydział Karny wystąpił do Trybunału Konstytucyjnego z pytaniem prawnym, przytoczonym na wstępie niniejszego stanowiska.

Powyższe pytanie prawne zostało sformułowane na tle następującego stanu faktycznego i prawnego.

Prokurator Rejonowy w Janowie Lubelskim oskarżył J. C. o to, że prowadziła roboty budowlane, polegające na ustawieniu na działce stanowiącej własność J. B. dwustronnej tablicy reklamowej bez uprzedniego uzyskania wymaganego przepisami prawa pozwolenia na wykonanie takich prac budowlanych, to jest o przestępstwo z art. 90 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane (tekst jednolity - Dz. U. z 2010 r. Nr 243, poz. 1623 ze zm.) [dalej: ustawa - Prawo budowlane].

W ocenie Sądu pytającego, sprzeczność art. 90 ustawy - Prawo budowlane z art. 2 i art. 42 ust. 1 Konstytucji „jest dwojaka:

- po pierwsze wydaje się, że kwestionowany przepis poprzez nadmierną penalizację narusza zasadę umiarkowania represji karnej wynikającą z zasady demokratycznego państwa prawnego ustanowionej przez art. 2 Konstytucji,
- po drugie kwestionowany przepis poprzez swą niejednoznaczność narusza zasadę *nullum crimen sine lege certa*, również wynikającą z zasady demokratycznego państwa prawnego ustanowionej przez art. 2 Konstytucji, a nadto zawartą w art. 42 ust. 1 Konstytucji” (uzasadnienie pytania prawnego, s. 2).

Nadmierna penalizacja związana jest, zdaniem Sądu pytającego, z tym, że, skoro kwestionowany przepis ma zapewnić przestrzeganie norm prawnych rządzących procesem budowlanym, a prawo budowlane należy do gałęzi prawa administracyjnego, to uchybienia w przestrzeganiu tych norm powinny być w pierwszej kolejności usuwane przy pomocy środków z zakresu prawa

administracyjnego. Nie wyklucza to, jak dalej wskazuje Sąd pytający, zastosowania represji karnej za naruszenie przepisów prawa budowlanego, „jednak, jako *ultima ratio* winna ona być stosowana tylko w ostateczności: w przypadkach szczególnej uporczywości sprawcy lub przy naruszeniu bądź bezpośrednim zagrożeniu zdrowia, życia lub mienia ludzkiego - społecznie istotnych dóbr, które prawo budowlane ma chronić. Tymczasem kwestionowany przepis, ustanawiając sankcję karną za prowadzenie robót budowlanych z naruszeniem przepisów prawa budowlanego, w żaden sposób nie ogranicza zakresu zachowań podlegających represji karnej w zależności od stopnia ich społecznej szkodliwości. W konsekwencji przestępstwem z art. 90 Prawa budowlanego jest zarówno rozpoczęcie budowy dzień przed uprawomocnieniem się decyzji o pozwoleniu na budowę, nawet przy zachowaniu wszelkich warunków technicznych i bezpieczeństwa, jak i samowolne wzniesienie budynku grożącego natychmiastowym zawaleniem się na głowy przechodniów - choć z punktu widzenia społecznej szkodliwości czynu różnica między tymi dwoma zachowaniami jest diametralna. W przypadkach zbliżonych do tego pierwszego społeczna szkodliwość czynu jest żadna, co represję karną czyni całkowicie zbędną. Mimo tego kwestionowany przepis również i tego rodzaju zachowania poddaje penalizacji” (uzasadnienie pytania prawnego, s. 2-3).

Dodatkowo Sąd pytający podnosi, że w każdej z sytuacji objętych hipotezą art. 90 ustawy - Prawo budowlane „przewidziana w nim sankcja karna jest stosowana równoległe z sankcją administracyjną, przybierającą postać nakazu rozbiórki obiektu budowlanego, nakazu wstrzymania robót budowlanych bądź obowiązku uiszczenia opłaty legalizacyjnej (art. 49b ust. 4 i ust. 5 Prawa budowlanego). Biorąc pod uwagę nakłady finansowe, z którymi wiąże się proces budowlany, sankcje administracyjne same w sobie wydają się wystarczająco dotkliwe, by ryzyko zagrożenia nimi skłaniało podmioty prowadzące proces budowlany do poszanowania przepisów prawa

budowlanego. Tym bardziej zbędna okazuje się sankcja karna” (uzasadnienie pytania prawnego, s. 3).

Z kolei naruszenia przez art. 90 ustawy - Prawo budowlane zasady *nullum crimen sine lege certa* Sąd pytający upatruje w braku wymaganej dla przepisów prawa karnego dostatecznej określoności, polegającej na „nie określeniu (...) wprost przypadków, w których wykonywanie robót budowlanych staje się przestępstwem. Zamiast tego zawiera zwrot <w przypadkach określonych w art. 48, art. 49b, art. 50 ust. 1 pkt 1 lub art. 50 ust. 1 pkt 2> [Prawa budowlanego], czyli jako znamiona przestępstwa ustanawia sytuacje określone w innych przepisach Prawa budowlanego. Tak więc sytuacje (<przypadki>), w których wykonywanie robót budowlanych staje się przestępstwem, winny być opisane w przepisach, do których kwestionowany przepis odsyła” (uzasadnienie pytania prawnego, s. 3).

W dalszej kolejności Sąd pytający powołuje się na treść przepisów, do których odwołuje się art. 90 ustawy – Prawo budowlane, i konkluduje, że „nie jest jasne, czy zachowanie spenalizowane przez kwestionowany przepis polega na wykonywaniu robót budowlanych w braku pozwolenia na budowę (względnie w braku zgłoszenia, wbrew sprzeciwowi uprawnionego organu lub w sposób zagrażający bezpieczeństwu ludzi lub mienia bądź środowisku), czy też na wykonywaniu robót budowlanych mimo powzięcia przez właściwy organ decyzji o nakazaniu rozbiórki albo postanowienia o wstrzymaniu robót budowlanych (dla których pierwszy z opisanych stanów jest tylko przesłanką). W konsekwencji jednoznaczne ustalenie treści zakazu karnego zawartego w kwestionowanym przepisie na podstawie treści przepisów prawa staje się niemożliwe” (uzasadnienie pytania prawnego, s. 4).

Wskazanej niejasności, w ocenie Sądu pytającego, nie usuwa Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 27 lutego 2011 r., sygn. I KZP 1/01 (LEX nr 45460), który jako właściwą wskazał pierwszą z opisanych wyżej możliwości rozumienia komentowanego przepisu, ponieważ „chodzi o przepis prawa

karnego, wobec którego obowiązują ustawodawcę szczególnie ostre wymagania. Jednym z nich jest to, by treść zakazu prawnokarnego wynikała bezpośrednio z treści przepisów prawa. To zaś wyłącza dopuszczalność ustalenia tej treści w drodze wykładni, na podstawie poglądów prezentowanych przez naukę prawa lub orzecznictwo sądów. W przypadku kwestionowanego przepisu będzie to niemożliwe: bez znajomości poglądu Sądu Najwyższego, na podstawie samych przepisów, nie sposób jednoznacznie ustalić treści zakazu prawnokarnego” (tamże).

Sąd pytający zauważa też, iż „wykładnia dokonana przez Sąd Najwyższy w powołanej uchwale nie jest prostą wykładnią gramatyczną lecz jest oparta na skomplikowanym rozumowaniu opartym o wykładnię systemową, historyczną i teleologiczną” i podkreśla, że „[d]la osoby nie posiadającej wiedzy prawniczej tok rozumowania Sądu Najwyższego będzie praktycznie niemożliwy od odtworzenia” (tamże).

Reasumując rozważania w tej części, Sąd pytający stwierdza, że „[w] efekcie nie można rozsądnie zakładać, że przeciętny obywatel, który może się znaleźć w sytuacji określonej w którymś z powołanych przepisów, będzie potrafił ustalić granice odpowiedzialności prawnokarnej ustanowionej przez kwestionowany przepis” (tamże).

Uzasadniając zaś tezę o sprostaniu wymogowi relewantności pytania prawnego, Sąd Rejonowy w Janowie Lubelskim wyraził zdanie, że „[o]d odpowiedzi na (...) pytanie prawne zależy (...) ustalenie podstaw odpowiedzialności karnej oskarżonej za zarzucony jej czyn, a w konsekwencji - rozstrzygnięcie co do istoty sprawy”, ponieważ:

„- w przypadku stwierdzenia zgodności wskazanego przepisu z Konstytucją sprawa zostanie rozpoznana przez tutejszy Sąd karny i - o ile nie zostaną stwierdzone okoliczności wyłączające postępowanie - zakończona orzeczeniem rozstrzygającym sprawę co do istoty,

- w przypadku stwierdzenia niezgodności wskazanego przepisu z Konstytucją okaże się, że czyn zarzucony oskarżonej nie wyczerpuje znamion określonego w nim przestępstwa, wobec czego postępowanie karne na zasadzie art. 17 § 1 pkt 2 Kodeksu postępowania karnego zostanie umorzone wobec braku znamion czynu zabronionego (chyba że okaże się, że wyczerpuje znamiona przestępstwa określonego w innej ustawie karnej)” [uzasadnienie pytania prawnego, s. 1-2).

Dokonując analizy formalnoprawnych przesłanek dopuszczalności pytania prawnego Sądu Rejonowego w Janowie Lubelskim, należy podnieść, że Trybunał Konstytucyjny rozważał już wielokrotnie warunki, jakie musi spełniać pytanie prawne. Przykładowo, w wyroku z dnia 30 maja 2005 r., sygn. P 7/04, Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że *„każdy sąd może przedstawić Trybunałowi Konstytucyjnemu pytanie prawne co do zgodności aktu normatywnego z Konstytucją, ratyfikowanymi umowami międzynarodowymi lub ustawą, jeżeli od odpowiedzi na pytanie prawne zależy rozstrzygnięcie sprawy toczącej się przed sądem. Dopuszczalność przedstawienia pytania prawnego została w ten sposób uwarunkowana trzema przesłankami: podmiotową, przedmiotową i funkcjonalną.*

Według przesłanki podmiotowej pytanie prawne może przedstawić <każdy sąd>. (...) Przesłanka przedmiotowa oznacza, że przedmiotem oceny w postępowaniu wszczętym na skutek wniesienia pytania prawnego może być wyłącznie <zgodność aktu normatywnego z Konstytucją, ratyfikowanymi umowami międzynarodowymi lub ustawą>. Zgodnie z przesłanką funkcjonalną przedstawienie przez sąd pytania prawnego w kwestii zgodności aktu normatywnego (przepisu prawnego) z Konstytucją, z ratyfikowanymi umowami międzynarodowymi i ustawami jest dopuszczalne i konieczne zarazem, wyłącznie w sytuacji, gdy sąd powziął przekonanie, iż niezgodność ta dotyczy właśnie tego aktu normatywnego (przepisu prawnego), który ma być podstawą

rozstrzygnięcia w sprawie rozpoznawanej przez ten sąd. Przedmiotem pytania prawnego sądu nie może być przeto jakikolwiek akt normatywny, a zwłaszcza akt normatywny (przepis prawny), który nie ma bezpośredniego znaczenia dla rozstrzygnięcia w rozpoznawanej przez sąd sprawie i z tej przyczyny nie będzie podstawą prawną rozstrzygnięcia" (OTK ZU seria A, nr 5/2005, poz. 53, s. 735).

Szerzej na temat przesłanki funkcjonalnej pytania prawnego Trybunał Konstytucyjny wypowiedział się w wyroku z dnia 7 października 2008 r., sygn. P 30/07, stwierdzając, że „cechą istotną pytania prawnego jest jego ścisły związek z toczącym się postępowaniem w indywidualnej sprawie i wątpliwość, która wystąpiła w toku konkretnego postępowania. Jej istnienie jest przesłanką konieczną wszczęcia i prowadzenia postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym w sprawie pytania prawnego. (...)

Przedmiotem pytania prawnego (przesłanka przedmiotowa) musi być przepis, którego kontrola z określonym wzorcem konstytucyjnym wpłynie na treść rozstrzygnięcia przez sąd konkretnej sprawy (...). Nie może to być akt normatywny, który nie ma bezpośredniego znaczenia dla rozstrzygnięcia w rozpatrywanej przez sąd sprawie i który nie będzie podstawą rozstrzygnięcia.

Postępowanie toczące się przed Trybunałem Konstytucyjnym zainicjowane pytaniem prawnym stanowi kontrolę prawa związaną z konkretną sprawą, zawisłą przed sądem, gdy na gruncie tej sprawy pojawiła się wątpliwość co do legalności lub konstytucyjności przepisu, który ma być zastosowany w tej właśnie sprawie. Przesłanką funkcjonalną pytania prawnego jest więc jego relewancja. (...)

Przedmiotem pytania prawnego może być konstytucyjność konkretnej normy prawnej. Ocena relewancji pytania prawnego powinna obejmować zasadność zarzutów występujących względem normy. Sąd pytający musi również wykazać, że zastrzeżenia co do konstytucyjności czy legalności danej normy są tak istotne, że zachodzi potrzeba ich wyjaśnienia przez Trybunał Konstytucyjny.

Pytanie prawne nie może być zatem oderwane od przedmiotu rozpoznania w konkretnej sprawie toczącej się przed sądem pytającym. Kontrola ta ma charakter incydentalny. Jest możliwa jedynie w takim zakresie, w jakim rozstrzygnięcie sprawy toczącej się przed sądem zależy od odpowiedzi na pytanie. Może ono dotyczyć wyłącznie problemu hierarchicznej zgodności aktu normatywnego, na podstawie którego orzeka sąd" (OTK ZU seria A, nr 8/2008, poz. 135, s. 1373-1374).

Szeroko o zależności między odpowiedzią na pytanie prawne a rozstrzygnięciem sprawy, w związku z którą pytanie zostało przedstawione, Trybunał Konstytucyjny wypowiedział się w postanowieniu z dnia 13 grudnia 2000 r., sygn. P 9/00, stwierdzając, że zależność ta oznacza „*po pierwsze, że pytanie prawne może być przedstawione tylko w toku rozpoznawanej przez sąd konkretnej sprawy (przy czym nie ma znaczenia to, w jakim stadium postępowania sąd powziął przekonanie o potrzebie przedstawienia pytania prawnego), po drugie - rozstrzygnięcie pytania prawnego musi mieć wpływ na rozstrzygnięcie sprawy, w toku której pytanie to zostało przedstawione. Przesłanka ta jest więc oparta na treści wyrażonego w kwestionowanym przepisie unormowania, a ściślej - na istnieniu między tym unormowaniem a stanem faktycznym rozpoznawanej przez sąd sprawy relacji uzasadniającej zastosowanie danego przepisu w konkretnej sprawie (...). Istnienie takiej zależności można przyjąć wtedy, gdy w razie utraty mocy obowiązującej kwestionowanego przepisu ustawowego w następstwie ogłoszenia wyroku Trybunału Konstytucyjnego stwierdzającego niezgodność tego przepisu z konstytucją lub ratyfikowaną umową międzynarodową orzeczenie wydane w sprawie rozpoznawanej przez przedstawiający pytanie prawne sąd będzie miało treść różniącą się od tej, jaką miałoby w razie, gdyby orzeczenie to zostało oparte na kwestionowanym przepisie ustawowym. Do stwierdzenia istnienia wymaganej przez art. 193 konstytucji zależności powołany jest w pierwszym rzędzie sąd rozpoznający sprawę, w związku z którą przedstawione zostało*

pytanie prawne. Nie wyklucza to jednak możliwości dokonania przez Trybunał Konstytucyjny kontroli prawidłowości stanowiska zajętego w tej sprawie przez sąd przedstawiający pytanie prawne (...). Adresatem normy wyrażonej w art. 193 konstytucji jest bowiem zarówno sąd przedstawiający pytanie prawne, jak rozstrzygający to pytanie Trybunał Konstytucyjny. Potwierdza to art. 32 ust. 3 ustawy o TK, zgodnie z którym sąd przedstawiający Trybunałowi Konstytucyjnemu pytanie prawne obowiązany jest nie tylko oznaczyć sprawę, w związku z którą pytanie to zostaje przedstawione, ale i wskazać, w jakim zakresie odpowiedź na nie może mieć wpływ na rozstrzygnięcie tej sprawy. Jeżeli pytanie prawne dotyczy przepisu, który nie pozostaje w określonej wyżej zależności z rozpatrywaną sprawą, to wydanie wyroku przez Trybunał Konstytucyjny jest niedopuszczalne” (OTK ZU nr 8/2000, poz. 302, s. 1492).

Zależność pomiędzy treścią pytania prawnego i spodziewaną odpowiedzią a rozstrzygnięciem toczącej się przed sądem pytającym sprawy, którą, kierując pytanie prawne do Trybunału Konstytucyjnego, musi wykazać sąd pytający, Trybunał określił w postanowieniu z dnia 30 czerwca 2009 r., sygn. P 34/07, jako „prawnie istotną, bezpośrednią i merytoryczną” (OTK ZU seria A, nr 6/2009, poz. 101, s. 1011).

Analiza pytania prawnego i stanu faktycznego sprawy zawisłej przed Sądem Rejonowym w Janowie Lubelskim, w świetle przedstawionego orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego, dowodzi, że spełnione zostały przesłanki: podmiotowa (pytanie prawne przedstawił bowiem sąd) i przedmiotowa (pytanie prawne dotyczy konstytucyjności przepisu art. 90 ustawy - Prawo budowlane).

Nie wydaje się natomiast, aby w odniesieniu do pełnej treści zawartej w przepisie art. 90 ustawy - Prawo budowlane zadośćuczyniono wymaganiu zależności między odpowiedzią na pytanie prawne a rozstrzygnięciem sprawy toczącej się przed pytającym sądem (przesłanka funkcjonalna), ujmowanemu w

postaci relewantnej (prawnie doniosłej) relacji pomiędzy odpowiedzią na pytanie prawne a rozstrzygnięciem sprawy.

Przepis art. 90 ustawy – Prawo budowlane brzmi:

„Kto, w przypadkach określonych w art. 48, art. 49b, art. 50 ust. 1 pkt 1 lub art. 50 ust. 1 pkt 2, wykonuje roboty budowlane,

podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2.”.

Powołany przepis statuuje przestępstwo nazywane „samowolą budowlaną” (w doktrynie wysuwane są zastrzeżenia co do poprawności terminologicznej w określeniu czynów kryminalizowanych przez ten przepis mianem „samowola budowlana”, o czym w dalszej części niniejszego stanowiska).

Przepis art. 90 ustawy - Prawo budowlane odsyła do przepisów art. 48, art. 49b, art. 50 ust. 1 pkt 1 oraz art. 50 ust. 1 pkt 2 tej ustawy.

I tak, wykonywanie robót budowlanych w warunkach określonych w:

- 1) art. 48 ustawy - Prawo budowlane, to budowa obiektu budowlanego lub jego części bez wymaganego pozwolenia na budowę;
- 2) art. 49b ustawy - Prawo budowlane, to budowa obiektu budowlanego lub jego części bez wymaganego zgłoszenia bądź pomimo wniesienia sprzeciwu przez właściwy organ;
- 3) art. 50 ust. 1 pkt 1 ustawy - Prawo budowlane, to prowadzenie innych robót budowlanych, bez wymaganego pozwolenia na budowę albo zgłoszenia;
- 4) art. 50 ust. 1 pkt 2 ustawy - Prawo budowlane, to prowadzenie robót budowlanych w sposób mogący spowodować zagrożenie bezpieczeństwa ludzi lub mienia bądź zagrożenie środowiska.

Sprawa, w której Sąd Rejonowy w Janowie Lubelskim sformułował pytanie prawne, dotyczy zachowania oskarżonej, polegającego na wykonaniu (budowie) na działce stanowiącej własność pokrzywdzonego obiektu budowlanego w postaci tablicy reklamowej bez uprzedniego uzyskania wymaganego przepisani prawa budowlanego pozwolenia na wykonanie takiej budowy. Ma zatem do niej zastosowanie wyłącznie ten fragment zaskarżonego przepisu, który odsyła do art. 48 ustawy - Prawo budowlane (*vide* - art. 3 pkt 1 i 3 ustawy - Prawo budowlane oraz wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 28 czerwca 2006 r., sygn. II OSK 931/05, LEX nr 266955 oraz wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 11 stycznia 1999 r., sygn. II SA 1617/98, LEX nr 46756).

Trzeba jednocześnie zauważyć, iż Sąd pytający nie kwestionuje poprawności zarzutu aktu oskarżenia, w którym jest mowa o **braku pozwolenia na wybudowanie** tablicy reklamowej.

W przedstawionych warunkach, przedmiot pytania prawnego należało ograniczyć tylko do tego fragmentu przepisu art. 90 ustawy - Prawo budowlane, który zawiera odesłanie do samowoli budowlanej określonej w art. 48 tej ustawy. Wszak tylko w tym zakresie, zależność pomiędzy treścią pytania prawnego i spodziewaną odpowiedzią a rozstrzygnięciem toczącej się przed sądem pytającym sprawy, jest „prawnie istotna, bezpośrednia i merytoryczna”.

W pozostałym zakresie postępowanie podlega umorzeniu, ze względu na niedopuszczalność wydania orzeczenia, na podstawie art. 39 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 1 sierpnia 1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz. U. Nr 102, poz. 643 ze zm.).

Przechodząc do rozważań merytorycznych, należy podnieść, że w doktrynie przyjmuje się, iż art. 90 ustawy – Prawo budowlane statuuje przestępstwo (występek) nazywane „samowolą budowlaną” oraz, że postępowanie karne prowadzone w związku z popełnieniem czynu zabronionego

określonego w komentowanym przepisie, **jest postępowaniem niezależnym** od uruchamianych na podstawie przepisów Prawa budowlanego procedur administracyjnych związanych z dokonaniem naruszeniem, co powoduje, iż wymierzana przez sąd kara za popełnienie czynu zabronionego **funkcjonuje odrębnie** od skutków podjętych rozstrzygnięć w przeprowadzonym postępowaniu administracyjnym. Wywodzi się bowiem, iż orzekałego w drodze decyzji administracyjnej nakazu rozbiórki, samowolnie wykonanego obiektu budowlanego lub jego części, nie należy **utożsamiać** z konsekwencjami karnoprawnymi za popełnienie czynu zabronionego, gdyż sankcja w postaci rozbiórki obiektu, w większym stopniu pełni funkcję **środka mającego na celu przywrócenie stanu zgodnego z prawem** (funkcja restytucyjna) niż środka stanowiącego odpłatę za czyn społecznie szkodliwy w postaci samowoli budowlanej (funkcja represyjna) [vide - S. Serafin, *Prawo budowlane. Komentarz*, Wydawnictwo C. H. BECK, Warszawa 2006, s. 505-507; B. Kurzępa, *Prawo budowlane. Komentarz do ustawy i orzecznictwo*, Wydawnictwo Dom Organizatora, Toruń 2008, s. 603-608; T. Asman, E. Dessoulavy - Śliwiński, E. Janiszewska - Kuropatwa, Z. Niewiadomski, A. Plucińska - Filipowicz, *Prawo budowlane. Komentarz*, Wydawnictwo C. H. BECK, Warszawa 2009, s. 798-802].

W ocenie S. Serafina, „podstawą sporządzenia przez prokuratora aktu oskarżenia **może być wyłącznie ostateczna decyzja** (podkr. wł.) w przedmiocie:

- wydanego na podstawie art. 48 ust. 1 lub art. 49b ust. 1 PrBud (ustawy - Prawo budowlane - przyp. wł.) nakazu rozbiórki obiektu budowlanego lub jego części;

- zatwierdzenia projektu budowlanego i pozwolenia na wznowienie robót, a w przypadku zakończenia budowy – wyłącznie zatwierdzenia projektu budowlanego, jeżeli budowany lub wykonany w warunkach samowoli budowlanej obiekt lub jego część spełnia warunki jej legalizacji;

- nakazu wykonania określonych czynności lub robót budowlanych, w związku z prowadzonym postępowaniem naprawczym na podstawie przepisu art. 51 ust. 1 PrBud.”, ponieważ, jak dowodzi ten Autor, „ustalenie faktu popełnienia czynu zabronionego określonego w omawianym przepisie następuje zawsze **w postępowaniu administracyjnym**”, co oznacza, iż „w momencie wszczęcia postępowania w sprawie <samowoli budowlanej> organ powinien **powiadomić prokuratora** o prowadzeniu takiego postępowania oraz o osobie i rodzaju dokonanego przez nią naruszenia” (S. Serafin, *Prawo budowlane. Komentarz*, op. cit., s. 506-507).

Podobnie wypowiadają się: T. Asman, E. Dessoulavy - Śliwiński, E. Janiszewska - Kuropatwa, Z. Niewiadomski oraz A. Plucińska - Filipowicz stwierdzając, że „**obecnie dominuje pogląd, iż postępowanie karne jest następstwem postępowania administracyjnego, a nie odwrotnie** (podkr. wł.), choć postępowania te są względem siebie autonomiczne, co oznacza, że w przypadku gdy w postępowaniu karnym sąd powszechny przyjmie, że z określonych względów nie należy wymierzać kary (np. umorzy postępowanie z powodu znikomej szkodliwości społecznej czynu), to na organach administracji publicznej nadal ciąży ustawowy obowiązek przeprowadzenia postępowania w ramach nadzoru budowlanego. Także ukaranie inwestora za wybudowanie obiektu budowlanego w warunkach samowoli budowlanej nie tworzy stanu powagi rzeczy osądzonej (*rei iudicatae*) w tym sensie, że wyłącza to stosowanie sankcji z art. 48 PrBud. Aby bowiem zachodziła powaga rzeczy osądzonej, musi zachodzić tożsamość sprawy, dotycząca zarówno podmiotu jak i przedmiotu sprawy, jej podstawy nie tylko faktycznej, lecz także prawnej (wyr. NSA z 15.4.2005r., OSK 1400/04, niepubl.)” [T. Asman, E. Dessoulavy - Śliwiński, E. Janiszewska - Kuropatwa, Z. Niewiadomski, A. Plucińska - Filipowicz, *Prawo budowlane. Komentarz*, op. cit., s. 801].

Odmienny pogląd prezentuje B. Kurzępa, dla którego „[s]ens przepisu art. 90 ustawy (ustawy - Prawo budowlane – przyp. wł.) jest taki, że organy

ścigania oraz sądy karne wcale nie muszą oczekiwać na ostateczne rozstrzygnięcie organu administracyjnego w przedmiocie wydania nakazu przymusowej rozbiórki (decyzja) lub wstrzymania robót budowlanych (postanowienie), a tym samym stwierdzenia wystąpienia samowoli budowlanej, gdyż oceny tej dokonują samodzielnie, tzn. samodzielnie stwierdzają, że roboty budowlane były wykonywane bez wymaganego pozwolenia lub zgłoszenia albo pomimo sprzeciwu wniesionego przez właściwy organ. Oznacza to, że wydanie decyzji o rozbiórce lub postanowienia o wstrzymaniu robót, nie jest warunkiem *sine quo non* odpowiedzialności za przestępstwo z art. 90 ustawy” (B. Kurzępa, *Prawo budowlane. Komentarz do ustawy i orzecznictwo*, op. cit., s. 607).

Zdaniem tego Autora, „[p]ogląd ten znajduje potwierdzenie w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 25 czerwca 1996 r., sygn. V KKN 43/96 (...) oraz uchwale tegoż Sądu z dnia 27 lutego 2001 r., sygn. I KZP 1/01 (...)” [tamże].

W obu powołanych przez B. Kurzępę judykatach, Sąd Najwyższy, rozpoznając kasację od prawomocnego wyroku Sądu Wojewódzkiego w S. z dnia 27 lutego 1996 r. (wyrok SN z dnia 25 czerwca 1996 r.) oraz odnosząc się do przedstawionego przez Sąd Okręgowy w L. zagadnienia prawnego wymagającego zasadniczej wykładni ustawy (uchwała SN z dnia 27 lutego 2001 r.), dokonał wykładni art. 90 ustawy - Prawo budowlane.

W wyroku z dnia 25 czerwca 1996 r. Sąd Najwyższy stwierdził, że „[a]rtykuł 90 Prawa budowlanego obejmuje kryminalizacją samowolę budowlaną zarówno poprzedzającą decyzje organów nadzoru budowlanego, wydane w myśl art. 48 i 50 ust. 1 pkt 1 lub 2 Prawa budowlanego, jak i dalszą skutek wykonywania robót budowlanych, pomimo wydanych decyzji o rozbiórce lub wstrzymaniu tych robót” (LEX nr 26185), natomiast w uchwale z dnia 27 lutego 2001 r. Sąd Najwyższy wskazał, że „[o]dpowiedzialność karna na podstawie art. 90 w zw. z art. 50 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane (jedn. tekst: Dz. U. z 2000 r. Nr 106, poz. 1126) **nie jest uzależniona** (podkr. wł.) od tego, czy w trakcie wykonywania robót

budowlanych zostało wydane przez właściwy organ postanowienie o wstrzymaniu tych robót, lecz od tego, czy były one wykonywane bez wymaganego pozwolenia lub zgłoszenia” (op. cit.).

W uzasadnieniu wyroku z dnia 25 czerwca 1996 r., Sąd Najwyższy stwierdził, między innymi, że „[o]dtworzenie na podstawie treści art. 90 Prawa budowlanego takiego zakazu (normy postępowania), jaki w drodze wykładni gramatycznej orzekające w sprawie sądy w przepisie tym dostrzegły, jest teoretycznie możliwe. **Ujęcie tego przepisu nie jest jednak wzorem sztuki legislacyjnej i jego wykładnia może wywoływać trudności** (podkr. wł.).

Wykładnia art. 90 Prawa budowlanego przez orzekające w sprawie sądy - sprowadzająca się do wniosku, że omawiany przepis nie penalizuje samowoli budowlanej, ale ignorowanie, poprzez dalsze wykonywanie robót budowlanych, niektórych (a mianowicie określonych w art. 48 i 50 ust. 1 pkt 1 i 2 Prawa budowlanego) decyzji właściwego organu nadzoru budowlanego - jest jednak błędna i nie może być aprobowana. Wykładnia ta dokonana została z pominięciem pełnej, gramatycznej analizy przepisu oraz reguł wykładni historycznej i systemowej. Już sam wniosek, że w nowym Prawie budowlanym ustawodawca zrezygnował z penalizacji samowoli budowlanej, uznać należało za nieracjonalny.

Samowola budowlana była bowiem już w przeszłości penalizowana. W myśl przepisów ustawy z dnia 24 października 1974 r. - Prawo budowlane (Dz. U. Nr 38, poz. 229 ze zm.) w postaci podstawowej stanowiła wykroczenie, a w postaci kwalifikowanej - występki (por. art. 61 ust. 1 i 2).

Tocząca się publicznie, w tym także sejmowa, dyskusja dotycząca nowego Prawa budowlanego wskazywała, że motywem jego uchwalenia była potrzeba wprowadzenia mechanizmów bardziej skutecznego przeciwdziałania wszelkim przejawom samowoli budowlanej, w tym m.in. przez zaostrenie sankcji w przypadkach tej samowoli. Prawo budowlane z 1994 r. istotnie charakteryzuje zaostrenie rygorów prawnych w przypadkach samowoli

budowlanej, wyrażające się wprowadzeniem obligatoryjnego nakazu rozbiórki obiektów budowlanych wzniesionych z naruszeniem prawa (art. 48).

Wykładnia przepisów prawa musi być poprzedzona założeniem, że przepisy te wydane zostały przez racjonalnego ustawodawcę, który w swej działalności kieruje się konsekwentnie określonymi ocenami.

Oczywisty, w świetle powyższych argumentów, wniosek, że w nowym Prawie budowlanym ustawodawca nie rezygnował z penalizacji samowoli budowlanej, potwierdza wykładnia systemowa. W myśl art. 92 ust. 2 pkt 1 Prawa budowlanego, niestosowanie się do wydanych na podstawie ustawy, decyzji właściwych organów - pomimo zastosowania środków egzekucji administracyjnej - jest wykroczeniem. Gdyby więc przyjąć założenie, że art. 90 Prawa budowlanego penalizuje niestosowanie się do decyzji (określonych w art. 48 i 50 ust. 1 pkt 1 i 2) organu nadzoru budowlanego, norma zawarta w art. 92 ust. 2 pkt 1 pozbawiona byłaby racji bytu.

Wreszcie, nie ulega wątpliwości fakt, że przyjęta przez orzekające w sprawie sądy interpretacja art. 90 jest powierzchowna i pomija gramatyczną analizę zwrotu <w przypadkach określonych...>. Sięgnięcie do treści przepisów wymienionych w art. 90 Prawa budowlanego uzasadnia wniosek, że <przypadki> w tych przepisach <określone>, to wykonanie lub wykonywanie obiektu budowlanego lub robót bez wymaganego pozwolenia na budowę lub zgłoszenia budowy (art. 48 i 50 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 28 i art. 30 ust. 1) albo wbrew sprzeciwowi właściwego organu państwowego nadzoru budowlanego (art. 48 w zw. z art. 30 ust. 2), a także wykonywanie robót budowlanych w sposób mogący spowodować zagrożenie bezpieczeństwa ludzi lub mienia albo zagrożenie środowiska (art. 50 ust. 1 pkt 2 i art. 31 ust. 3). Bez wątpienia czym innym jest więc zawarty w art. 90 Prawa budowlanego zakaz wykonywania robót budowlanych w przypadkach określonych w art. 48 (...), a czym innym nakaz stosowania się do <decyzji> właściwych organów, którego złamanie

powoduje - w myśl art. 92 ust. 2 pkt 1 Prawa budowlanego - odpowiedzialność za wykroczenie” (op. cit.).

Z kolei w uzasadnieniu uchwały z dnia 27 lutego 2001 r., Sąd Najwyższy stwierdził, między innymi, że „[p]rzepis art. 90 Prawa budowlanego typizuje przestępstwo tradycyjnie zwane samowolą budowlaną, którego istotą jest wykonywanie robót budowlanych bez dopełnienia wymagań formalnych. Powyższe określenie nie jest jednak adekwatne do wszystkich postaci objętych dyspozycją tego przepisu. Według ustawodawcy jest to bowiem <wykonywanie robót budowlanych> w trzech przypadkach, sformułowanych w:

art. 48 - wykonywanie robót budowlanych polegających na budowie obiektu budowlanego bez wymaganego pozwolenia na budowę albo bez zgłoszenia, albo pomimo wniesienia sprzeciwu przez właściwy organ;

art. 50 ust. 1 pkt 1 - wykonywanie innych robót budowlanych bez wymaganego pozwolenia albo zgłoszenia;

art. 50 ust. 1 pkt 2 - wykonywanie wszelkich robót budowlanych w sposób mogący spowodować zagrożenie bezpieczeństwa ludzi lub mienia bądź zagrożenie środowiska.

Samowolą budowlaną są tylko dwie pierwsze postacie przestępstwa określonego w art. 90 (podkr wł.), gdyż dla bytu tego przestępstwa wymagane jest samo naruszenie obowiązków o charakterze formalnym. Natomiast trzecia postać przestępstwa określonego w art. 90 polega na wykonywaniu robót także na podstawie pozwolenia na budowę lub po dokonaniu zgłoszenia, ale w sposób mogący spowodować zagrożenie, i dlatego nie jest samowolą. Dobrem chronionym w tym przepisie jest ład budowlany, bezpieczeństwo ludzi i mienia oraz właściwe warunki zdrowotne i użytkowe dla środowiska.

Artykuł 90 Prawa budowlanego został sformułowany, niestety, w sposób odbiegający od przyjętej w kodeksie karnym konstrukcji norm karnych, gdyż nie zawiera dokładnego określenia znamion czynu. Rezultatem przyjętej techniki legislacyjnej, polegającej na odesłaniu do

innych przepisów, są występujące nadal różnice interpretacyjne i trudności w jego stosowaniu w praktyce orzeczniczej, na co wskazuje uzasadnienie postanowienia Sądu Okręgowego o przekazaniu zagadnienia prawnego w niniejszej sprawie (podkr. wł.).

(...) w świetle wykładni gramatycznej przepisu art. 90 w zw. art. 50 ust. 1 pkt 1, a nadto w zw. z art. 48 oraz w zw. z art. 50 ust. 1 pkt 2 Prawa budowlanego, upoważnione jest stwierdzenie, że odpowiedzialności karnej na podstawie art. 90 podlega osoba, która: wykonuje roboty budowlane bądź to bez zezwolenia lub zgłoszenia, gdy jest ono wymagane, bądź mimo wniesienia sprzeciwu przez właściwy organ (art. 28, 30 ust. 1 i 2 oraz art. 31 ust. 3), bądź wykonuje roboty budowlane w sposób mogący spowodować zagrożenie bezpieczeństwa ludzi lub mienia albo zagrożenia środowiska (art. 50 ust. 1 pkt 2).

Zgodnie z brzmieniem art. 3 pkt 7 Prawa budowlanego, przez pojęcie <roboty budowlane> rozumieć należy budowę, a także prace polegające na montażu, remoncie lub rozbiórce obiektu budowlanego.

Rozstrzygnięcia zatem wymaga kwestia o zasadniczym znaczeniu, a mianowicie - jak należy rozumieć sformułowanie użyte w art. 90 Prawa budowlanego <...w przypadkach określonych w...>: czy takie przypadki zachodzą dopiero po wydaniu postanowienia o wstrzymaniu robót budowlanych (art. 50 ust. 1 pkt 1 i 2) albo po wydaniu decyzji o rozbiórce obiektu budowlanego lub jego części (art. 48), czy też nie zależą od wydania pozwolenia albo wymaganego zgłoszenia.

Kwestia ta budziła już kontrowersje na tle poprzednich uregulowań, a zwłaszcza na tle art. 61 Prawa budowlanego z 1974 r. (...). Odnosząc się do owej kwestii, stwierdzić trzeba, iż byt przestępstwa nie może być uzależniony od tego, czy organ administracji wydał postanowienie o wstrzymaniu prowadzenia robót budowlanych lub decyzję o rozbiórce

obiektu budowlanego, czy też ich nie wydał, gdyż zależność ta nie wynika z treści art. 90 Prawa budowlanego (podkr. wł.).

Gdyby wolą ustawodawcy było uzależnienie penalizacji czynu przewidzianego w art. 90 Prawa budowlanego wyłącznie od postępowania wbrew wydanym w trybie art. 50 § 4 postanowieniom, a następnie wbrew wydanym w trybie art. 51 ust. 1 decyzjom, to owa zależność musiałaby znaleźć wyraźne i jednoznaczne odzwierciedlenie w brzmieniu tego przepisu. Artykuł 90 nie sankcjonuje niestosowania się do wydanych uprzednio postanowień albo decyzji, tak jak to przykładowo czyni art. 92 ust. 2 pkt 1 w wypadku niestosowania się do wydanej decyzji właściwych organów, pomimo zastosowania środków egzekucji administracyjnej, lecz sankcjonuje wykonywanie robót budowlanych bez wymaganego pozwolenia lub zgłoszenia, których brak zarówno w sytuacji przewidzianej w art. 48, jak i w art. 50 ust. 1 pkt 1 i 2 jest bardzo istotnym elementem czynu przestępnego.

A wreszcie, za przyjętą wykładnią przemawia oczywisty wniosek, wynikający wprost z treści art. 90 w zw. z art. 50 ust. 1 pkt 2 Prawa budowlanego (zawierającej trzecią postać tego przestępstwa), że odpowiedzialność za spowodowanie zagrożenia bezpieczeństwa ludzi lub mienia albo środowiska wiąże się z wadliwym prowadzeniem robót budowlanych, niezależnie od tego, czy sprawca uzyskał uprzednio pozwolenie lub roboty te zgłosił. Nie sposób zaś przyjąć, aby art. 90 w zw. z art. 50 ust. 1 pkt 1 był inaczej interpretowany, aniżeli art. 90 w zw. z art. 50 ust. 1 pkt 2.

Odmierna interpretacja stanowiłaby daleko idące ograniczenie zakresu odpowiedzialności, a nawet swoistą zachętę do samowoli budowlanej, skoro niezgłaszanie podejmowanych robót budowlanych byłoby opłacalne i w rezultacie bezkarne, aż do chwili wydania stosownych postanowień lub decyzji przez właściwy organ. Jeśli zaś sprawca po ich wydaniu nie wykonywał już żadnych robót budowlanych, nie byłoby podstaw do pociągnięcia go do odpowiedzialności za przestępstwo określone w art. 90 Prawa budowlanego, a

po upływie pięciu lat nie byłoby podstaw do stosowania nawet sankcji o charakterze administracyjnym (art. 51 w zw. z art. 49).

Z kolei wnioski wynikające z wykładni historycznej przekonują o tym, że samowola budowlana była karalna już od dawna. Otóż, przewidziano ją w art. 399 rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 16 lutego 1928 r. o prawie budowlanym i zabudowie osiedli (Dz. U. Nr 23, poz. 202), a następnie w kolejnych aktach prawnych, to jest w art. 80 ustawy z dnia 31 stycznia 1961 r. - Prawo budowlane (Dz. U. Nr 7, poz. 46) oraz w art. 61 ustawy z dnia 24 października 1974 r. - Prawo budowlane (Dz. U. Nr 38, poz. 229).

Ustawodawca zawsze widział konieczność penalizacji samowoli budowlanej bądź jako wykroczenia, bądź jako przestępstwa. Problem ten rozwiązał w obecnie obowiązujących przepisach, z których art. 90 i 91 Prawa budowlanego wprowadzają odpowiedzialność za przestępstwa, natomiast art. 92 i 93 - za wykroczenia. Zarówno zakres penalizacji, jak i wysokość sankcji świadczą o zaostrzaniu rygorów w zwalczaniu tego zjawiska, czemu ma również służyć wprowadzony w art. 48 nakaz rozbiórki obiektu budowlanego lub jego części" (op. cit.).

Treść powołanych orzeczeń Sądu Najwyższego potwierdza trafność poglądu B. Kurzepy (na co zwrócił uwagę sam Autor), że wydanie przez organ administracji decyzji o rozbiórce lub postanowienia o wstrzymaniu robót nie jest warunkiem *sine quo non* odpowiedzialności za przestępstwo z art. 90 ustawy - Prawo budowlane.

Wbrew bowiem zapatrywaniu pozostałych przedstawicieli doktryny (ich poglądy cytowano wcześniej), ustalenie faktu popełnienia przestępstwa z art. 90 ustawy - Prawo budowlane wcale nie musi nastąpić w postępowaniu administracyjnym. Można tego dokonać również w postępowaniu karnym, co oznacza, że podstawą sporządzenia przez prokuratora aktu oskarżenia w sprawie o przestępstwo z art. 90 ustawy - Prawo budowlane nie jest tylko ostateczna decyzja administracyjna. Wszak Sąd Najwyższy stanął na stanowisku, że art. 90

ustawy - Prawo budowlane obejmuje kryminalizacją samowolę budowlaną **zarówno poprzedzającą decyzje organów nadzoru budowlanego**, wydane w trybie art. 48, i art. 50 ust. 1 pkt 1 i 2 tej ustawy, **jak i dalszą samowolę budowlaną** wskutek wykonywania robót budowlanych, **pomimo wydanych decyzji** o rozbiórce lub wstrzymaniu tych robót.

W powołanych judykatach Sądu Najwyższego stwierdzono również, iż art. 90 ustawy - Prawo budowlane zawiera wady legislacyjne, przez co wykładania tego przepisu może wywoływać trudności.

Na trudności w odkodowaniu rzeczywistej treści tego przepisu wskazywano też w doktrynie.

W ocenie T. Asman, E. Dessoulavy - Śliwińskiego, E. Janiszewskiej - Kuropatwy, Z. Niewiadomskiego oraz A. Plucińskiej - Filipowicz, o czym wcześniej była mowa, zastrzeżenia budzi poprawność terminologiczna określenia czynów podpadających pod art. 90 ustawy - Prawo budowlane mianem „samowola budowlana”, w sytuacji, gdy jak podnoszą ci Autorzy, „prowadzenie robót budowlanych w sposób mogący spowodować zagrożenie bezpieczeństwa ludzi lub mienia bądź zagrożenie środowiska (art. 50 ust. 1 pkt 2 ustawy - prawo budowlane - przyp. wł.), samowolą nie jest, gdyż formalnie spełniony jest wymóg posiadania <akceptacji> właściwego organu co do samej możliwości prowadzenia tych robót, natomiast zastrzeżenia budzi sposób ich wykonywania. W tym ostatnim przypadku chodzi zatem nie o działanie <samowolne>, lecz <szkodliwe>, <niefrasobliwe> czy <nieodpowiedzialne> w stosunku do dóbr szczególnie chronionych prawem, jak bezpieczeństwo ludzi lub mienia bądź zagrożenie środowiska” (T. Asman, E. Dessoulavy - Śliwiński, E. Janiszewska - Kuropatwa, Z. Niewiadomski oraz A. Plucińska - Filipowicz, *Prawo budowlane. Komentarz*, op. cit., s. 800; *vide* też - uzasadnienie powołanej uchwały Sądu Najwyższego z dnia 27 lutego 2001 r., sygn. I KZP 1/01, op. cit.).

W doktrynie podnoszono też, że „[z] przyjętego przez ustawodawcę sformułowania komentowanego przepisu (art. 90 ustawy – Prawo budowlane - przyp. wł.) wynika, że jego treść nie zawiera dokładnego określenia znamion popełnionego czynu. Powyższy stan nie tylko nie ułatwia ustalenia faktu popełnienia przestępstwa, ale w praktyce orzeczniczej wywołuje możliwość różnych interpretacji omawianej regulacji” (S. Serafin, *Prawo budowlane. Komentarz*, op. cit., s. 506; *vide* też - M. Bojarski i W. Radecki, *O pełną kodyfikację prawa karnego*, Prokuratura i Prawo z 1995 r., z. 5, s. 66-67).

Konstrukcję komentowanego przepisu skrytykował też B. Kurzępa, który stwierdził, że „[p]rzepis ten najlepiej ilustruje brak staranności ustawodawcy, co później wywołuje wiele nieporozumień przy jego stosowaniu w praktyce organów ścigania wymiaru sprawiedliwości. One bowiem muszą dokonać takiej wykładni, która by była uważana za wypowiedź nie budzącą żadnych wątpliwości. Okazuje się, że nie jest to proste, gdyż konstrukcja powołanego art. 90 pozwala na zupełnie różne jego rozumienie, a uzasadnienie dwóch przeciwstawnych punktów widzenia da się również przekonywująco uzasadnić. Sytuacja taka powinna być dla ustawodawcy poważnym ostrzeżeniem, że przepis jest wadliwie skonstruowany i wymaga natychmiastowej zmiany” (B. Kurzępa, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 25 czerwca 1996 r., sygn. V KKN 43/96* [w:] Prokuratura i Prawo z 1998 r., z. 1, s. 83).

Wprawdzie, w powołanej glosie, B. Kurzępa podziela pogląd Sądu Najwyższego zawarty w glosowanym wyroku (podobnie zresztą jak inni przedstawiciele doktryny), niemniej Autor ten przyznaje, że „[s]tylizacja przepisu (art. 90 ustawy – Prawo budowlane – przyp. wł.), a szczególnie użycie zwrotu <wykonuje roboty budowlane> sugeruje, iż sprawcą samowoli budowlanej jest wyłącznie osoba, która w przypadkach określonych w art. 48, art. 50 ust. 1 pkt 1 lub art. 50 ust. 1 pkt 2 (art. 49b został dodany dopiero w dniu 11 lipca 2003 r. w związku z wejściem w życie ustawy z dnia 27 marca 2003 r.

o zmianie ustawy – Prawo budowlane oraz o zmianie niektórych ustaw, Dz. U. Nr 80, poz. 718 [dalej: ustawa zmieniająca] - przyp. wł.), pomimo wydania decyzji lub postanowienia przez organ administracyjny, nadal kontynuuje wykonywanie robót budowlanych. Siłą rzeczy, prowadzenie robót budowlanych bez zezwolenia właściwego organu, przed wydaniem decyzji administracyjnej, byłoby niekaralne” (B. Kurzępa, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 25 czerwca 1996 r., sygn. V KKN 43/96*, op. cit., s. 88).

Pogląd Sądu Najwyższego, zawarty w wyroku tego Sądu z dnia 25 czerwca 1996 r., sygn. V KKN 43/96, spotkał się, jak już wspomniano, z powszechną aprobatą doktryny. Doktryna powszechnie zaakceptowała też uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 27 lutego 2001 r., sygn. I KZP 1/01.

Wydaje się jednak, że przedstawiciele doktryny, wypowiadający się na gruncie obowiązującego art. 90 ustawy - Prawo budowlane, w niedostateczny sposób rozważyli kontekst normatywny, w jakim przepis ten znalazł się od dnia 11 lipca 2003 r., w związku z wejściem w życie ustawy zmieniającej.

Wprawdzie zarówno przed, jak i po dniu 11 lipca 2003 r., komentowany przepis (z jednym drobnym wyjątkiem w postaci dodanego art. 49b, o czym wcześniej była mowa) zawierał odwołanie do tych samych co poprzednio oznaczeń przepisów ustawy - Prawo budowlane, w tym również do art. 48, to treść art. 48, począwszy od dnia 11 lipca 2003 r., uległa radykalnej zmianie.

Owey zmiany wspomnianego kontekstu normatywnego, w porównaniu ze stanem prawnym obowiązującym w chwili wydawania wyroku z dnia 25 czerwca 1996 r., sygn. V KKN 43/96 oraz uchwały z dnia 27 lutego 2001 r., sygn. I KZP 1/01, nie dostrzegł, jak się wydaje, również Sąd Najwyższy, stwierdzając w wyroku z dnia 3 listopada 2010 r., sygn. IV KK 149/10, że „w całej rozciągłości podziela wywody zawarte w powołanych judykatach (wyroku z dnia 27 czerwca 1996 r. oraz uchwale z dnia 27 lutego 2001 r. – przyp. wł.), w których wskazane zostały sposoby dekodowania znamion występkę stypizowanego w art. 90 Prawa budowlanego” (LEX nr 733701).

Przed nowelizacją, czyli do dnia 10 lipca 2003 r., przepis art. 48 ustawy - Prawo budowlane brzmiał:

„Art. 48. Właściwy organ nakazuje, w drodze decyzji, rozbiórkę obiektu budowlanego lub jego części, będącego w budowie albo wybudowanego bez wymaganego pozwolenia na budowę albo zgłoszenia, bądź też pomimo wniesienia sprzeciwu przez właściwy organ.”.

Po nowelizacji, czyli od dnia 11 lipca 2003 r., przepis art. 48 ustawy - Prawo budowlane brzmiał:

„Art. 48. 1. Właściwy organ nakazuje, **z zastrzeżeniem ust. 2** (podkr wł.), w drodze decyzji, rozbiórkę obiektu budowlanego, lub jego części, będącego w budowie albo wybudowanego bez wymaganego pozwolenia na budowę.

2. Jeżeli budowa, o której mowa w ust. 1:

1) jest zgodna z przepisami o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym, a w szczególności z ustaleniami obowiązującego miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego,

2) nie narusza przepisów, w tym techniczno-budowlanych, w zakresie uniemożliwiających doprowadzenie obiektu budowlanego lub jego części do stanu zgodnego z prawem

- właściwy organ wstrzymuje postanowieniem prowadzenie robót budowlanych.

3. W postanowieniu, o którym mowa w ust. 2, ustala się wymagania dotyczące niezbędnych zabezpieczeń budowy oraz nakłada obowiązek przedstawienia, w wyznaczonym terminie:

1) zaświadczenia organu właściwego w sprawach ustalenia warunków zabudowy i zagospodarowania terenu o zgodności obiektu z przepisami, o których mowa w ust. 2 pkt 1,

2) dokumentów, o których mowa w art. 33 ust. 2 i 3; do projektu architektoniczno-budowlanego nie stosuje się przepisu art. 20 ust. 3 pkt 2.

4. W przypadku niespełnienia w wyznaczonym terminie obowiązków, o których mowa w ust. 3, stosuje się przepis ust. 1.

5. Inwestor, po spełnieniu obowiązków, o których mowa w ust. 3, występuje z wnioskiem o wydanie decyzji o zatwierdzeniu projektu budowlanego i pozwoleniu na wznowienie robót budowlanych, jeżeli budowa nie została zakończona.”.

Obecnie przepis art. 48 ustawy - Prawo budowlane brzmi:

„Art. 48. 1. Właściwy organ nakazuje, z zastrzeżeniem ust. 2, w drodze decyzji, rozbiórkę obiektu budowlanego, lub jego części, będącego w budowie albo wybudowanego bez wymaganego pozwolenia na budowę.

2. Jeżeli budowa, o której mowa w ust. 1:

1) jest zgodna z przepisami o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym, a w szczególności:

a) ustaleniami obowiązującego miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego albo

b) ustaleniami ostatecznej decyzji o warunkach zabudowy i zagospodarowania terenu, w przypadku braku obowiązującego miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego,

2) nie narusza przepisów, w tym techniczno-budowlanych, w zakresie uniemożliwiających doprowadzenie obiektu budowlanego lub jego części do stanu zgodnego z prawem

- właściwy organ wstrzymuje postanowieniem prowadzenie robót budowlanych.

3. W postanowieniu, o którym mowa w ust. 2, ustala się wymagania dotyczące niezbędnych zabezpieczeń budowy oraz nakłada obowiązek przedstawienia, w wyznaczonym terminie:

1) zaświadczenia wójta, burmistrza albo prezydenta miasta o zgodności budowy z ustaleniami obowiązującego miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego albo ostatecznej decyzji o warunkach

zabudowy i zagospodarowania terenu, w przypadku braku obowiązującego planu zagospodarowania przestrzennego;

2) dokumentów, o których mowa w art. 33 ust. 2 pkt 1, 2 i 4 oraz ust. 3; do projektu architektoniczno-budowlanego nie stosuje się przepisu art. 20 ust. 3 pkt 2.

4. W przypadku niespełnienia w wyznaczonym terminie obowiązków, o których mowa w ust. 3, stosuje się przepis ust. 1.

5. Przedłożenie w wyznaczonym terminie dokumentów, o których mowa w ust. 3, traktuje się jak wniosek o zatwierdzenie projektu budowlanego i pozwolenie na wznowienie robót budowlanych, jeżeli budowa nie została zakończona.”.

Należy zauważyć, iż obowiązujące brzmienie art. 48 ustawy - Prawo budowlane, tylko nieznacznie odbiega od brzmienia tego przepisu nadanego ustawą zmieniającą.

Wyjaśniając istotę oraz konsekwencje prawne nowelizacji art. 48 ust. 1 ustawy - Prawo budowlane, wprowadzonej do porządku prawnego przez ustawę zmieniającą, T. Asman, E. Dessoulavy - Śliwiński, E. Janiszewska - Kuropatwa, Z. Niewiadomski oraz A. Plucińska - Filipowicz stwierdzili, że „[s]tosownie do regulacji ust. 1 komentowanego artykułu samowola budowlana, polegająca na budowie albo wybudowaniu obiektu budowlanego lub jego części bez wymaganego pozwolenia na budowę, co do zasady, skutkuje nakazem rozbiórki (...). Nakaz rozbiórki nie jest już jednak orzekany bezwzględnie, tak jak to było pod rządami art. 48 komentowanej ustawy w brzmieniu pierwotnym. Ustawodawca zobowiązuje bowiem do badania, czy budowa zrealizowana (realizowana) bez wymaganego pozwolenia na budowę jest zgodna z przepisami, w szczególności o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym, i czy umożliwi doprowadzenie obiektu lub jego części do stanu zgodnego z prawem. Jeżeli tak, to właściwy organ jest zobowiązany wszcząć postępowanie zmierzające do legalizacji obiektu budowlanego lub jego części. To zaś oznacza,

że w istocie to, co ustawodawca statuuje jako zasadę (nakaz rozbiórki obiektu budowlanego wznoszonego bez pozwolenia na budowę) staje się wyjątkiem. Nakaz rozbiórki obiektu może być bowiem orzeczony dopiero wówczas, gdy okaże się, że nie ma prawnych możliwości jego legalizacji. Oczywiście legalizacja samowoli budowlanej nie jest obowiązkiem, a uprawnieniem inwestora” (T. Asman, E. Dessoulavy - Śliwiński, E. Janiszewska - Kuropatwa, Z. Niewiadomski oraz A. Plucińska – Filipowicz, *Prawo budowlane. Komentarz*, op. cit., s. 509; *vide* też - S. Serafin, *Prawo budowlane. Komentarz*, op. cit., s. 371).

Na podobne konsekwencje wejścia w życie ustawy zmieniającej zwrócił uwagę Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 20 grudnia 2007 r., sygn. P 37/06, stwierdzając, że „[a]rtykuł 48 prawa budowlanego, w brzmieniu pierwotnym, przewidywał tylko jedną sankcję dla inwestora, który budował (względnie zbudował) obiekt budowlany (lub jego część) bez wymaganego pozwolenia na budowę albo zgłoszenia, bądź też pomimo wniesienia sprzeciwu przez właściwy organ. Sankcja ta - rozbiórka samowoli - była przy tym praktycznie nieunikniona, bo ustawodawca nie ustanowił żadnego trybu legalizacji samowoli w celu uniknięcia rozbiórki (rozbiórka nie była nakazywana tylko w sytuacji, w której od zakończenia budowy upłynęło 5 lat, a właściciel uzyskał pozwolenie na użytkowanie obiektu).

Stan ten trwał do 10 lipca 2003 r. włącznie, czyli do wejścia w życie ustawy z dnia 27 marca 2003 r. o zmianie ustawy - Prawo budowlane oraz o zmianie niektórych ustaw (Dz. U. Nr 80, poz. 718, ze zm.; dalej: nowela marcowa), która znacząco złagodziła pierwotny rygorizm, cechujący podejście ustawodawcy do samowoli. Zmiana polegała na odstąpieniu od rozbiórki obiektu (części obiektu) wybudowanego bez zgłoszenia albo pomimo wniesienia sprzeciwu przez właściwy organ. Nowość normatywna polegała także na tym, że w sytuacji gdy budowa jest zgodna z przepisami o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym (w szczególności z obowiązującym planem

miejscowym) i nie narusza przepisów (w tym techniczno-budowlanych) w zakresie uniemożliwiającym doprowadzenie obiektu do stanu zgodnego z prawem - właściwy organ zyskał prawo wstrzymania (postanowieniem) prowadzenia robót budowlanych, ustalenia wymagań w zakresie niezbędnych zabezpieczeń budowy oraz nałożenia obowiązku przedstawienia określonej dokumentacji. Dokumentacja ta miała się składać z: zaświadczenia właściwego organu o zgodności obiektu z przepisami o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym, projektu budowlanego, oświadczenia o prawie do dysponowania nieruchomością na cele budowlane i decyzji o warunkach zabudowy (jeżeli takowa była wymagana), ewentualnie innych dokumentów zależnych od rodzaju obiektu. Niedostarczenie dokumentacji w terminie skutkowało rozbiórką obiektu, natomiast przedstawienie dokumentacji pozwalało inwestorowi na wystąpienie z wnioskiem o wydanie decyzji o zatwierdzeniu projektu budowlanego i pozwoleniu na wznowienie robót budowlanych (jeżeli budowa nie została zakończona). Przed jej wydaniem właściwy organ miał obowiązek zbadać zgodność projektu z przepisami o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym, kompletność projektu budowlanego oraz jego wykonanie przez osobę posiadającą wymagane uprawnienia budowlane, a także miał określić - postanowieniem - wysokość opłaty legalizacyjnej. W razie stwierdzenia, w toku badania wniosku inwestora, nieprawidłowości, organ nakładał obowiązek ich usunięcia w określonym terminie, po którego bezskutecznym upływie wydawał decyzję o rozbiórce obiektu (co następowało również w razie niewuiszczenia opłaty legalizacyjnej)" [OTK ZU seria A nr 11/2007, poz. 160, s. 1919-1920].

W tym samym wyroku Trybunał Konstytucyjny wskazał, że „kilkakrotnie już wypowiedział się na temat samowoli, jej konsekwencji i kolejnych prawnych uregulowań w tym zakresie. Podkreślał, że samowole są zjawiskiem wysoce społecznie szkodliwym, a niekiedy wręcz niebezpiecznym i z tego względu wymagają zdecydowanej reakcji ustawodawcy. Wskazywał też, że za poszanowaniem unormowań regulujących proces budowlany przemawia

bezsportny interes publiczny w zapewnieniu bezpieczeństwa i komfortu nie tylko właścicielom i użytkownikom obiektów budowlanych, ale całym wspólnotom sąsiedzki, z zachowaniem dbałości o należyte wykorzystanie i ukształtowanie terenu” (op. cit., s. 1922).

Rozważania, o wpływie wejścia w życie ustawy zmieniającej na treść normy prawnokarnej rekonstruowanej w oparciu o przepisy: art. 48 i art. 90 ustawy - Prawo budowlane, zostaną przedstawione w dalszej części niniejszego stanowiska. Niemniej jednak już w tym miejscu należy podkreślić, iż pomimo wprowadzenia do art. 48 ustawy - Prawo budowlane nowych przepisów ujętych w dodanych jednostkach redakcyjnych (ust. 2-5), przy jednoczesnym pozostawieniu w ust. 1 poprzedniej wersji art. 48, przepis art. 90 tej ustawy (karny) nadal odwołuje się do art. 48, zatem - obecnie - do wszystkich jego jednostek redakcyjnych, także tych, które zostały dodane ustawą zmieniającą.

W konsekwencji, kryminalizacją objęto przypadki samowoli budowlanej spełniającej i niespełniającej przesłanek legalizacji.

W ocenie Sądu pytającego art. 90 ustawy - Prawo budowlane narusza konstytucyjne zasady:

- 1) *nullum crimen sine lege certa* poprzez swą niejednoznaczność,
- 2) umiarkowania represji karnej poprzez nadmierną penalizację.

Jako wzorce kontroli Sąd pytający wskazał art. 42 ust. 1 w związku z art. 2 (pkt 1) oraz art. 2 Konstytucji (pkt 2).

Ogólna zasada określoności, wynikająca z art. 2 Konstytucji, oraz zasada określoności przepisów prawnokarnych, wyrażona w art. 42 ust. 1 Konstytucji, stanowiły przedmiot licznych wypowiedzi Trybunału Konstytucyjnego.

Na wzajemny związek tych dwóch zasad, a także na wyjątkowe znaczenie zasady określoności w obszarze szeroko rozumianego prawa karnego

(represyjnego), Trybunał Konstytucyjny wskazał między innymi w wyroku z dnia 22 czerwca 2010 r., sygn. SK 25/08 (OTK ZU seria A nr 5/2010, poz. 51).

Z kolei w wyroku z dnia 1 grudnia 2010 r., sygn. K 41/07, Trybunał Konstytucyjny, wypowiadając się o konstytucyjnej zasadzie określoności przepisów prawnokarnych stwierdził, że „[w] utrwalonym orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego przyjęto, że art. 42 ust. 1 Konstytucji wyraża fundamentalne zasady prawa karnego (represyjnego). <Po pierwsze, w myśl tego przepisu, czyn zabroniony i rodzaj oraz wysokość kar i zasady ich wymierzania muszą zostać określone bezpośrednio w ustawie, przy czym Konstytucja nie wyklucza doprecyzowania niektórych elementów przez akty podustawowe (zasada wyłączności ustawy w sferze prawa represyjnego). (...) Po drugie, podstawowe znamiona czynu zabronionego muszą zostać określone w ustawie w sposób odpowiadający pewnym minimalnym wymogom precyzji, tak aby adresat normy prawnej mógł zorientować się na podstawie samej tylko ustawy co do zasadniczej treści ustanowionego zakazu (zasada określoności regulacji z zakresu prawa represyjnego). Po trzecie, Konstytucja ustanawia zakaz karania za czyn, który nie był zabroniony pod groźbą kary przez ustawę obowiązującą w chwili jego popełnienia (zasada *lex poenalis retro non agit*)> (...).

Trybunał Konstytucyjny sformułował ponadto w swym orzecznictwie podstawowe wymogi pozwalające na uznanie, że zasada określoności regulacji z zakresu prawa karnego jest zachowana i zagwarantowana (...).

Po pierwsze, potwierdził i uszanował za doktryną kardynalne znaczenie tej zasady na gruncie prawa karnego, gdzie tradycyjnie przyjmuje się, że zakaz albo nakaz obwarowany sankcją karną powinien być sformułowany w sposób precyzyjny i ścisły (...).

Po drugie, wywiódł, że <wymaganie określoności dotyczyć musi zarówno materialnych elementów czynu, jak i elementów kary, tak by czyniło to zadość wymaganiu przewidywalności. (...) Materialne elementy czynu, uznanego

za przestępny, muszą więc być zdefiniowane w ustawie (zgodnie z konstytucyjną zasadą wyłączności ustawy) w sposób kompletny, precyzyjny i jednoznaczny> (...). Zatem oczywistym jest, że w demokratycznym państwie prawnym przepisy karne winny precyzyjnie określać <zarówno osobę, do której skierowany jest zakaz, znamiona czynu zabronionego, jak i rodzaj sankcji grożącej za popełnienie takiego czynu> (...).

Po trzecie, przyznał, że nie wszystkie przepisy karne mają charakter zupełny, tj. normują wprost wszystkie konieczne elementy tworzące normę sankcjonowaną i sankcjonującą. Nie ulega wątpliwości, że nieprecyzyjne czy ogólnikowe przepisy odsyłające, blankietowe <nie spełniają warunku określoności czynu zabronionego>, ponieważ <typ czynu nawet po odwołaniu się do wskazanych przepisów nie jest jednoznacznie określony>. Stąd też doktryna prawa karnego uznaje, że <należy je maksymalnie ograniczyć jako kolidujące z zasadą nullum crimen sine lege certa> (...).

Po czwarte, zauważył, że nie należy tracić z pola widzenia, iż wymóg określoności nie oznacza, <że ustawodawca nie może określać pewnych zachowań stanowiących czyn zabroniony w sposób na tyle ogólny, aby w ich zakresie mieściły się różne działania, które są zabronione np. ze względu na cel, jaki ma być osiągnięty przez ich realizację. Wniosek przeciwny należałoby uznać za absurdalny, bowiem w krańcowym ujęciu prowadziłby do konieczności zaprzeczenia abstrakcyjnego i ogólnego charakteru normy prawnej> (...).

Po piąte, przesądził, że to właśnie zasada określoności przepisów prawnokarnych wyrażona w art. 42 ust. 1 Konstytucji pozwala na przeprowadzenie swoistego testu konstytucyjności niezupełnych przepisów karnych (odsyłających, blankietowych). Nakazuje mianowicie precyzyjne i jednoznaczne określenie wszystkich elementów normy prawnokarnej, aby zarówno dla jej adresata, jak i organów stosujących prawo nie budziło wątpliwości, kto może ponieść odpowiedzialność karną - jest adresatem nakazu lub zakazu, jakie zachowanie się jest zabronione - co stanowi czyn zabroniony

pod groźbą kary i wreszcie, jaka jest przewidziana sankcja. Przepisy karne mogą mieć zatem także charakter odsyłający, o ile na ich podstawie i przepisów, do których odsyłają, da się bez wątpliwości precyzyjnie dekodować zupełną normę prawnokarną (...).

Po szóste, stwierdził, że wykluczyć <należy niedoprecyzowanie jakiegokolwiek elementu tej normy, które pozwalałoby na dowolność w jej stosowaniu przez właściwe organy władzy publicznej czy na «zawłaszczanie» przez te organy pewnych sfer życia i penalizowanie zachowań, które nie zostały *expressis verbis* określone jako zabronione (...). Stwarzać to może bowiem nie tylko wskazany już stan niepewności po stronie jednostki co do zakresu zachowań dozwolonych i niedozwolonych, lecz również w sposób sprzeczny z konstytucyjną zasadą państwa prawa może prowadzić do dowolności orzekania (...) «Ustawodawca nie może bowiem wymagać od obywatela uświadomienia sobie zakresu zakazu karnego i przestrzegania go, jeżeli sam nie jest w stanie określić wyraźnie jego granic» >(...).

Po siódme, wyraźnie zaakcentował, że <z perspektywy adresata normy prawnokarnej nie może budzić wątpliwości, w jakich okolicznościach narażony jest na odpowiedzialność karną. (...) samo ryzyko karalności powinno być rozpoznawalne dla adresatów normy>(...).

Trybunał Konstytucyjny uznaje za konieczne podkreślić, że zasada określoności przepisów prawnokarnych wyrażona w art. 42 ust. 1 Konstytucji wymaga dookreślenia wszystkich koniecznych elementów pozwalających jednoznacznie określić podmiot odpowiedzialności karnej, czyn zabroniony i sankcję. A zatem wskazanie ogólnikowe, niezupełne, nieprecyzyjne czy też niejednoznaczne, uniemożliwiające tym samym ustalenie adresata albo treści zakazu lub nakazu karnego, a więc zachowania się (działania lub zaniechania) wypełniającego znamiona czynu zabronionego - jest sprzeczne z zasadą określoności przepisów prawnokarnych" (OTK ZU seria A nr 10/2010, poz.

127, s. 1783-1784; *vide* też - wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 14 lipca 2010 r., sygn. Kp 9/09, OTK ZU seria A nr 6/2010, poz. 59).

W wyroku z dnia 19 lipca 2011 r., sygn. K 11/10, Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że „*podtrzymuje swe utrwalone w orzecznictwie poglądy na temat przestrzegania przez prawodawcę nakazu określoności przepisów prawa w ogólności oraz szczególnych wymogów stawianych przepisom prawa karnego, a mianowicie:*

1) *przepis prawa karnego powinna cechować precyzyjność, jasność oraz legislacyjna poprawność;*

2) *adresat normy prawnokarnej powinien być w stanie zrekonstruować, jedynie na podstawie określających ją przepisów, a więc z zastosowaniem wyłącznie językowych reguł wykładni, zasadnicze znamiona czynu zabronionego* (podkr. wł.);

3) *jednostka nie powinna być w stanie niepewności co do tego, czy pewne zachowanie stanowi czyn zabroniony;*

4) *norma karna powinna wskazywać w sposób jednoznaczny zarówno osobę, do której skierowany jest zakaz, znamiona czynu zabronionego, jak i rodzaj sankcji grożącej za popełnienie takiego czynu;*

5) *użycie zwrotów niedookreślonych lub wieloznacznych w obszarze prawa karnego wymaga istnienia szczególnych gwarancji proceduralnych, zapewniających przejrzystość i ocenność praktyki wypełniania nieostrego zwrotu konkretną treścią przez organ państwa”* (odpis wyroku przekazany Prokuratorowi Generalnemu przez Prezesa Trybunału Konstytucyjnego, s. 24 - 25),

Problematyka określoności prawa, w tym określoności szeroko rozumianego prawa karnego (represyjnego), była też podejmowana w doktrynie.

Zdaniem W. Sokolewicza, „[o]kreśloność prawa jest zasadą pochodną drugiego stopnia, która wywodzi się z zasad prawidłowej legislacji” (komentarz

W. Sokolewicz do art. 2 Konstytucji [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Tom V, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2007, s. 48).

W. Sokolewicz, rozważając z kolei określoność prawa w kontekście praw jednostki, stwierdził, że „[w]ymóg określoności bez żadnej wątpliwości i w sposób kategoriyczny odnosi się do relacji między państwem i obywatelami - adresatami danej regulacji, którzy mają prawo oczekiwać jej czytelności, przejrzystości, poszanowania zasad systemowych, a także nierozmijania się jej skutków z intencjami prawodawcy (...). Bowiem <niejasność przepisów jest wyrazem niedostatecznej troski ustawodawcy o podmiotowe traktowanie adresatów prawa, co odbiera im poczucie bezpieczeństwa prawnego i skutkuje utratą zaufania do państwa> (SK 4/02 z 15 IV 2003, OTK w 2003, cz. I, poz. 21, s. 402).

Stąd wszelkie przepisy ograniczające realizację wolności i praw jednostki muszą być dostatecznie określone (...), zaś ich należyta precyzja ma znaczenie szczególne (...). Dotyczy to w większym stopniu prawa karnego i prawa daninowego (...). Dzieje się tak dlatego, że od precyzyjnego wyznaczenia dopuszczalnego zakresu ingerencji państwa oraz określenia trybu, w jakim ograniczony w swych prawach podmiot mógłby się bronić przed nieuzasadnionymi naruszeniami jego dóbr osobistych, zależy skuteczność tej obrony” (op. cit. s. 48-49).

W kolejnym fragmencie swojej wypowiedzi W. Sokolewicz, definiując określoność prawa oraz jej konsekwencje, zauważył, iż z zasady tej „wynika, że każdy przepis aktu prawotwórczego (normatywnego) [...], zwłaszcza zaś dotyczący wolności i praw jednostki lub przewidujący możliwość stosowania wobec niej sankcji, powinien być sformułowany w sposób **poprawny, jasny i precyzyjny**, tym samym zapewniający **przewidywalność** skutków jego zastosowania (...). Poprawność w tym zestawieniu obejmuje zarówno jego warstwę językową, jak i strukturę logiczną; jasność oznacza klarowność i zrozumiałość dla adresatów, zaś precyzja powinna gwarantować, że nałożone

nim obowiązki będą sformułowane na tyle konkretnie, by ich treść była oczywista i umożliwiała egzekucję (...). Musi m. in. w sposób kompletny, precyzyjny i jednoznaczny definiować wszystkie, w tym podmiotowe, znamiona czynów zagrożonych karą (...).

Zagrożenia dla przewidywalności prawa występują wtedy, gdy: 1) przesłanki zwrotu niedookreślonego są determinowane elementami subiektywnymi; 2) zwrotom takim nie nadaje się brzmienia, które zagwarantowałyby jednolitość linii orzeczniczej; 3) ustalenie pojęć nieostrych powierza się organom stosującym te przepisy, zwłaszcza gdy są to organy administracji publicznej; czyni to z nich faktycznie organy prawotwórcze” (op. cit. s. 49-50).

Powracając na grunt sprawy, w której sformułowano pytanie prawne Sądu Rejonowego w Janowie Lubelskim, należy stwierdzić, że pomimo, iż ustawą zmieniającą, o czym wcześniej była mowa, do art. 48 ustawy - Prawo budowlane wprowadzono nowe przepisy ujęte w dodanych jednostkach redakcyjnych (ust. 2-5), przy jednoczesnym pozostawieniu w ust. 1 poprzedniej wersji art. 48, to przepis art. 90 tej ustawy nadal odwołuje się do art. 48.

Powyższe oznacza, że obecnie obowiązująca norma prawnokarna jest rekonstruowana w oparciu o wszystkie przypadki określone w art. 48 ustawy - Prawo budowlane, zatem również w oparciu o przypadki, określone w ust. 2-5 tego przepisu, które zostały dodane ustawą zmieniającą.

W konsekwencji - jak wcześniej stwierdzono - kryminalizacja obejmuje samowolę budowlaną spełniającą i niespełniającą przesłanek legalizacji.

W tej sytuacji, dekodowanie znamion występków z art. 90 ustawy - Prawo budowlane dla adresatów normy sankcjonowanej może okazać się bardzo trudne, a niekiedy wręcz niemożliwe.

Nakaz rozbiórki, o czym wcześniej była mowa, to obecnie konsekwencja wyłącznie takiej samowoli budowlanej, która nie spełnia

warunków legalizacji (oczywiście pod warunkiem, że sprawca samowoli budowlanej zabiega o jej legalizację).

W tej sytuacji, adresat normy prawnokarnej może mieć uzasadnione wątpliwości co do tego, jakie jego zachowanie stanowi czyn zagrożony sankcją karną. Skoro bowiem do wejścia w życie ustawy zmieniającej samowola budowlana, co do zasady, łączyła się z nakazem rozbiórki obiektu budowlanego, zaś po wejściu w życie tej ustawy, nakaz rozbiórki łączy się tylko z taką samowolą budowlaną, która nie spełnia wymogów legalizacji, to u adresata takiej normy może zrodzić się przekonanie, iż legalizacja samowoli budowlanej chroni go przed odpowiedzialnością prawnokarną.

Trzeba przy tym podnieść, że w odczuciu społecznym, ale też z perspektywy społecznej szkodliwości czynu, jako materialnej przesłanki przestępstwa, czym innym jest samowola budowlana zakończona nakazem rozbiórki, a czym innym samowola budowlana zakończona decyzją o legalizacji (bez orzekania o rozbiórce).

Na marginesie można zadać pytanie, czy nadal jest aktualny argument Sądu Najwyższego, zawarty w uchwale z dnia 27 lutego 2001 r., sygn. I KZP 1/01 (argument ten podnoszono również w doktrynie; *vide* - B. Kurzępa, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 25 czerwca 1996 r., sygn. V KKN 43/96 op. cit.*, s. 88), że byt przestępstwa samowoli budowlanej nie może być uzależniony od tego, czy organ administracji wydał postanowienie o wstrzymaniu prowadzenia robót budowlanych lub decyzję o rozbiórce obiektu budowlanego, czy też ich nie wydał, gdyż zależność ta nie wynika z treści art. 90 Prawa budowlanego.

Wprawdzie z treści obowiązującego przepisu art. 90 ustawy - Prawo budowlane wspomniana zależność dalej nie wynika, tym niemniej ustalenie w postępowaniu administracyjnym, że samowola budowlana spełnia przesłanki legalizacji będzie miała znaczenie dla oceny stopnia społecznej szkodliwości czynu sprawcy przestępstwa. W tej sytuacji, podnoszona na gruncie

poprzedniego stanu prawnego (przed wejściem w życie ustawy zmieniającej) teza o autonomiczności postępowań administracyjnego i karnego, obecnie traci na znaczeniu, skoro legalizacja samowoli budowlanej może się odbyć z zachowaniem procedury administracyjnej a nie karnej. W rezultacie sposób zakończenia postępowania karnego o przestępstwo samowoli budowlanej, a przy skazaniu sprawcy - wymiar orzeczonej kary - zależą od wyniku postępowania administracyjnego w sprawie o legalizację samowoli budowlanej, zaś sygnał, iż postępowanie takie jest prowadzone, stanowi wszczęcie przez właściwy organ administracji postępowania zmierzającego do legalizacji obiektu budowlanego lub jego części.

Innego rodzaju argumentu, przemawiającego za trudnościami, jakie mogą spotkać adresata wspomnianej normy prawnokarnej w odkodowaniu jej treści, dostarcza kategoryczne brzmienie art. 48 ust. 2 ustawy - Prawo budowlane, iż w przypadku samowoli budowlanej spełniającej warunki legalizacji, organ administracji **wstrzymuje** postanowieniem prowadzenie robót budowlanych.

Skoro norma sankcjonowana art. 90 ustawy - Prawo budowlane zabrania wykonywania robót budowlanych w przypadkach określonych, między innymi w art. 48 tej ustawy, to adresat tej normy może zasadnie oczekiwać, że zabronione pod groźbą sankcji karnej jest prowadzenie przez niego robót budowlanych **wyłącznie** w sytuacji ich wstrzymania przez organ administracji.

Do powyższego wniosku prowadzi oczywisty rezultat wykładni językowej.

Wykonywanie robót budowlanych „w przypadku określonym” w art. 48 ust. 2 ustawy - Prawo budowlane (art. 90 tej ustawy), to **tylko** wykonywanie robót budowlanych, mimo ich wstrzymania przez właściwy organ, ponieważ przepis art. 48 ust. 2 ustawy - Prawo budowlane żadnego „innego” przypadku, do którego mógłby się odnosić przepis art. 90 ustawy - Prawo budowlane, nie zawiera.

Gdyby wolą ustawodawcy była penalizacja samowoli budowlanej poprzedzającej decyzję właściwego organu o wstrzymaniu robót budowlanych, to wola ta musiałaby znaleźć wyraźne i jednoznaczne odzwierciedlenie albo w brzmieniu art. 48 ust. 2 albo w brzmieniu art. 90 ustawy - Prawo budowlane, przy czym w tym drugim przepisie, poprzez, jak się wydaje, odwołanie do przypadku określonego wyłącznie w art. 48 ust. 1 ustawy - Prawo budowlane.

Reasumując tę część rozważań, należy stwierdzić, że na gruncie art. 90 oraz art. 48 ust. 2 ustawy - Prawo budowlane, sformułowane są normy prawnokarne nakazu i zakazu, wspomniane wyżej, niespełniające wymogu określoności czynów zabronionych przez ustawę, wynikającego z treści normatywnej art. 42 ust. 1 Konstytucji. Jest to konsekwencją tego, że w art. 90 ustawy - Prawo budowlane nie jest dostatecznie precyzyjnie określony zakres odwołania do art. 48 tej ustawy, przez co u adresatów normy prawnokarnej może zrodzić się niepewność co do rzeczywistej treści sankcjonowanego zakazu, jako przesłanki odpowiedzialności karnej sprawcy samowoli budowlanej.

Kwestionowany art. 90 ustawy - Prawo budowlane, odczytywany łącznie z art. 48 tej ustawy, stwarza zatem po stronie sprawcy samowoli budowlanej stan niepewności co do rzeczywistego zakresu zachowań zgodnych z prawem. Tym samym nie sposób uznać, że ryzyko karalności jest - dla adresata owego nieprecyzyjnie określonego zakazu - przewidywalne.

Należy podkreślić, że ów stan niepewności co do rzeczywistego zakresu zachowań zgodnych z prawem, przepis art. 90 ustawy - Prawo budowlane rodził u adresatów tej normy zanim jeszcze weszła w życie ustawa zmieniająca.

Wszak, nawet w poprzednim stanie prawnym, norma prawnokarna wyrażona w art. 90 i art. 48 ustawy - Prawo budowlane była rekonstruowana w oparciu o rezultat wykładni innej niż językowa (*vide* – powołane judykaty Sądu Najwyższego).

Ponadto, brak precyzji w określeniu znamion czynu zabronionego osłabia gwarancje ochrony praw osób trzecich, naruszonych samowolą budowlaną.

W świetle powyższych ustaleń, kwestionowany przepis art. 90 ustawy - Prawo budowlane w związku z art. 48 tej ustawy narusza zasadę określoności przepisów prawnokarnych, wyrażoną w art. 42 ust. 1 Konstytucji. Nie zachowuje bowiem wystarczającej precyzji w określeniu znamion czynów zagrożonych karą.

Konsekwencją naruszenia zasady określoności przepisów prawnokarnych jest również naruszenie zasady określoności przepisów prawa wynikającej z zasady poprawnej legislacji, wyrażonej w art. 2 Konstytucji.

Stopień naruszenia szczególnej zasady określoności przepisów prawnokarnych jest bowiem na tyle rażący i oczywisty, iż w konsekwencji oznacza także naruszenie ogólnej zasady określoności przepisów prawa - art. 2 Konstytucji. Nie sposób bowiem uznać, że kwestionowane przepisy są sformułowane w sposób jasny i precyzyjny, a co za tym idzie dookreślony z punktu widzenia poprawnej legislacji. A zatem nie można poprzestać na stwierdzeniu naruszenia wyłącznie szczególnego wzorca kontroli, skoro także naruszenie ustrojowej zasady określoności przepisów prawa ma charakter ewidentny.

Odnosząc się natomiast do zarzutu nadmiernej penalizacji (braku proporcjonalności) samowoli budowlanej, na wstępie należy zauważyć, iż Sąd pytający jako samodzielny wzorzec kontroli art. 90 ustawy - Prawo budowlane wskazał art. 2 Konstytucji.

Zachodzi w związku z tym pytanie, czy kontrola zgodności art. 90 ustawy - Prawo budowlane z art. 2 Konstytucji w ramach tego rodzaju zarzutu jest w ogóle możliwa w sytuacji, gdy zasadę proporcjonalności wyraża art. 31 ust. 3 Konstytucji.

Art. 31 ust. 3 Konstytucji w konkretnym przypadku - jak się wydaje - nie może mieć zastosowania, ponieważ Sąd pytający, wprawdzie powołał art. 42 ust. 1 Konstytucji, ale odniósł go jedynie do zarzutu braku określoności zaskarżonego przepisu. W odniesieniu zaś do zarzutu naruszenia zasady proporcjonalności, powołał art. 2 Konstytucji jako przepis tzw. samoistny.

W orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego przyjmuje się, że przy zarzucie braku proporcjonalności w działaniach ustawodawcy, przepis art. 2 Konstytucji może być samodzielnym wzorcem kontroli.

Przykładowo, w wyroku z dnia 13 marca 2007 r., sygn. K 8/07, Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że „[z]arzut braku proporcjonalności może (...) opierać się także na naruszeniu tylko art. 2 Konstytucji (zarzut nierzetelnego, niezrozumiale intensywnego dziania ustawodawcy korzystającego ze swej swobody regulacyjnej), jednak wtedy będzie oceniany bez nawiązania do wkroczenia w podmiotowe prawo konstytucyjne” (OTK ZU seria A nr 3/2007, poz. 26, s. 247).

Przechodząc do merytorycznej oceny zarzutu nadmiernej penalizacji (braku proporcjonalności) samowoli budowlanej, należy stwierdzić, że wspierające ten zarzut argumenty, zawarte w uzasadnieniu pytania prawnego Sądu Rejonowego w Janowie Lubelskim, nie są trafne.

Wprawdzie kwestionowany przepis, ustanawiając sankcję karną za prowadzenie robót budowlanych z naruszeniem przepisów prawa budowlanego, *per se* w żaden sposób nie ogranicza zakresu zachowań podlegających represji karnej w zależności od stopnia ich społecznej szkodliwości, tym niemniej ograniczenia takie przewidują normy ogólne Kodeksu karnego, które, co oczywiste, mają odpowiednie zastosowanie do przestępstw określonych w innych ustawach niż Kodeks karny.

Przestępstwo z art. 90 ustawy - Prawo budowlane jest występkiem zagrożonym grzywną, karą ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2.

Z uwagi na alternatywny charakter zagrożenia, ma do niego zastosowanie dyrektywa zawarta w art. 58 § 1 k.k. („Jeżeli ustawa przewiduje możliwość wyboru rodzaju kary, sąd orzeka karę pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania tylko wtedy, gdy inna kara lub środek karny nie może spełnić celów kary.”).

Tego typu zagrożenie daje też podstawę do odstąpienia od wymierzenia kary w oparciu o art. 59 k.k., jak też orzeczenia świadczenia pieniężnego (art. 49 k.k.).

Art. 49 § 1 k.k. brzmi:

„Odstępując od wymierzenia kary, a także w wypadkach wskazanych w ustawie, sąd może orzec świadczenie pieniężne wymienione w art. 39 pkt 7 na rzecz instytucji, stowarzyszenia, fundacji lub organizacji społecznej, wpisanej do wykazu prowadzonego przez Ministra Sprawiedliwości, której podstawowym zadaniem lub celem statutowym jest spełnianie świadczeń na określony cel społeczny, bezpośrednio związany z ochroną dobra naruszonego lub zagrożonego przestępstwem, za które skazano sprawcę, z przeznaczeniem na ten cel; świadczenie to nie może przekroczyć 20.000 złotych.”.

Z kolei art. 59 k.k. ma następującą treść:

„§ 1. Jeżeli przestępstwo jest zagrożone karą pozbawienia wolności nieprzekraczającą 3 lat albo karą łagodniejszego rodzaju i społeczna szkodliwość czynu nie jest znaczna, sąd może odstąpić od wymierzenia kary, jeżeli orzeka równocześnie środek karny, a cele kary zostaną przez ten środek spełnione.

§ 2. Przepisu § 1 nie stosuje się do sprawcy występku o charakterze chuligańskim.”.

Zagrożenie przewidziane w sankcji art. 90 ustawy – Prawo budowlane umożliwia też warunkowe zawieszenie wykonania każdej z kar alternatywnych (również - orzeczonej jako kara samoistna - grzywny), na warunkach określonych w art. 69 i n. k.k.

Ponadto, na podstawie art. 66 § 1 k.k., sąd może warunkowo umorzyć postępowanie („Sąd może warunkowo umorzyć postępowanie karne, jeżeli wina i społeczna szkodliwość czynu nie są znaczne, okoliczności jego popełnienia nie budzą wątpliwości, a postawa sprawcy niekaranego za przestępstwo umyślne, jego właściwości i warunki osobiste oraz dotychczasowy sposób życia uzasadniają przypuszczenie, że pomimo umorzenia postępowania będzie przestrzegał porządku prawnego, w szczególności nie popełni przestępstwa.”).

Kara pozbawienia wolności trwa najkrócej miesiąc, najdłużej 15 lat (w konkretnym wypadku - najdłużej 2 lata); wymierza się ją w miesiącach i latach (art. 37 k.k.).

Niewątpliwie, także w wypadku przestępstwa z art. 90 ustawy - Prawo budowlane, sankcja karna ma charakter represyjny, ale ma skutkować również prewencyjnie i odstraszająco, celem powstrzymania od określonych w tym przepisie czynności wszystkich, którzy zechcą je podejmować.

Wreszcie trzeba przypomnieć art. 1 § 2 k.k., zgodnie z którym „nie stanowi przestępstwa czyn zabroniony, którego społeczna szkodliwość jest znikoma”. Przepis ten daje możliwość rezygnacji ze ścigania i stosowania sankcji wobec niektórych czynów określonych w art. 90 ustawy – Prawo budowlane.

Na tle powołanych przepisów Kodeksu karnego, przewidujących różnorodne środki, które ma do dyspozycji sąd w związku z zastosowaniem art. 90 ustawy – Prawo budowlane, penalizacja zachowań polegających na samowoli budowlanej nie narusza konstytucyjnego standardu umiarkowanej represji.

Wprawdzie penalizacji podlega, jak trafnie zauważa Sąd pytający, zarówno „rozpoczęcie budowy dzień przed uprawomocnieniem się decyzji o pozwoleniu na budowę, nawet przy zachowaniu wszelkich warunków technicznych i bezpieczeństwa, jak i samowolne wzniesienie budynku grożącego natychmiastowym zawaleniem się na głowy przechodniów”, niemniej sąd *meriti* ma możliwość miarkowania sankcji karnej, w zależności od stopnia

społecznej szkodliwości czynu - do odstąpienia od jej wymierzenia włącznie. Sąd może też umorzyć postępowanie wobec znikomego stopnia społecznej szkodliwości czynu.

Na marginesie należy podnieść, iż według aktualnego orzecznictwa sądów administracyjnych, rozpoczęcie budowy na podstawie nieostatecznej decyzji o pozwoleniu na budowę nie jest traktowane tak samo jak budowanie w ogóle bez pozwolenia (jako samowola budowlana). Przykładowo, w wyroku z dnia 5 września 2001 r., sygn. SA/Sz 2652/00, Naczelny Sąd Administracyjny (do 2003.12.31) w Szczecinie stwierdził, że „rozpoczęcie budowy na podstawie decyzji nieostatecznej nie może być w świetle treści art. 48 i 28 (...) ustawy - Prawo budowlane, uznane za objęte hipotezą pierwszego z tych przepisów” (LEX nr 56418; *vide* też – wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 17 marca 2005 r., sygn. OSK 1450/04, LEX nr 189144). Na wskazaną linię orzecniczą sądownictwa administracyjnego zwrócił uwagę Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 20 kwietnia 2001 r., sygn. Kp 7/09, (OTK ZU seria A nr 3/2001, poz. 26).

W ocenie Sądu pytającego, argumentem za nadmierną penalizacją samowoli budowlanej jest również to, że przewidziana w art. 90 ustawy - Prawo budowlane sankcja karna jest stosowana równoległe z sankcją administracyjną (nakazem rozbiórki), która sama w sobie wydaje się wystarczająco dotkliwa.

Sąd pytający nie dostrzega jednak, że sankcja administracyjna w postaci nakazu rozbiórki obiektu budowlanego wybudowanego (budowanego) bez pozwolenia na budowę (zgłoszenia) i sankcja karna za tego rodzaju zachowanie, pełnią odmienne funkcje i są w stosunku do siebie autonomiczne.

W wyroku z dnia 26 marca 2002 r., sygn. SK 2/01, Trybunał Konstytucyjny, badając zgodność z Konstytucją art. 48 ustawy - Prawo budowlane (w brzmieniu obowiązującym przed wejściem w życie ustawy zmieniającej) stwierdził, że „art. 48 jest przepisem określającym postępowanie organów w przypadku działania inwestorów sprzecznego z treścią normy

sankcjonowanej wyrażonej w przepisach nakazujących uzyskanie pozwolenia na budowę lub zgłoszenia o zamiarze budowy. Jeżeli nakaz rozbiórki zostanie potraktowany, jako środek mający na celu przywrócenie stanu zgodnego z prawem, to nie należy stosować do jego oceny kryteriów właściwych dla oceny środków karnych. Nie jest <dodatkową karą>, ale środkiem nadzoru rozumianym, jako instytucja materialnego prawa administracyjnego, gwarantująca poszanowanie porządku prawnego i przywrócenie stanu zgodnego z prawem. Należy w tym miejscu zwrócić uwagę, że odpowiedzialność karną wynikającą z nieprzestrzegania określonych norm prawa budowlanego (tj. art. 48, art. 50 ust. 1 pkt 1 lub art. 50 ust. 1 pkt 2) kształtuje art. 90 ustawy - Prawo budowlane. Naruszenie porządku prawnego w budownictwie, ukształtowanego tymi przepisami podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2. Zastosowanie przez ustawodawcę sankcji prawnokarnych wskazuje, że przywiązuje on duże znaczenie do dobra publicznego chronionego przez ten przepis. Nakazu rozbiórki nie można traktować, jako represji karnoadministracyjnej, lecz jako środek mający na celu zapewnienie stanu zgodnego z prawem. Naruszającego prawo obciąża ryzyko skutków w postaci przywrócenia stanu poprzedniego, czyli stanu poprzedzającego naruszenie prawa. Osoba dopuszczająca się naruszenia ustanowionych wymagań musi liczyć się z tym, że Państwo nie będzie respektować bezprawnych faktów dokonanych i legalizować naruszeń prawa, ale skutecznie wymusi restytucję stanu zgodnego z prawem.

Charakter badanej normy prawnej trafnie ocenił Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z 17 kwietnia 2000 r., IV SA 394/98, wskazując jednoznacznie, że <przepis ten ma charakter restytucyjny, a nie represyjny (karzący z nawiązką ponad to, co zostało wybudowane z naruszeniem prawa), istotą jego jest przywrócenie obiektu do poprzedniego stanu> (...). Orzeczenie nakazu przymusowej rozbiórki na podstawie art. 48 prawa budowlanego stanowi niewątpliwie zastosowanie normy materialnego prawa

administracyjnego, przy czym ustawodawca świadomie pominął elementy uznania administracyjnego. Zastosowanie normy administracyjnego prawa materialnego skutkuje nałożeniem na indywidualną osobę konkretnego obowiązku. (...) nałożenie obowiązku wykonania konkretnych czynności w decyzji administracyjnej nie może być traktowane, jako kara, a w konsekwencji, jako represja. W przeciwnym razie prowadziłoby to do wniosku, że wszelkie nakazy wydawane w drodze decyzji administracyjnej stanowią represję w stosunku do adresata nakazu. Istotą normy art. 48 jest wyeliminowanie stanu naruszenia prawa i doprowadzenie do stanu zgodnego z przepisami. Każde inne działanie miałoby charakter legalizacji działań pozaprawnych, co nie było intencją ustawodawcy" (OTK ZU seria A nr 2/2002, poz. 15, s. 224-225).

Podobnie w wyroku z dnia 12 stycznia 1999 r., sygn. P 2/98, w którym Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że celem art. 48 ustawy - Prawo budowlane „*jest zapewnienie (również, a może przede wszystkim, w aspekcie generalnej prewencji) stanu zgodności z prawem. W tym konkretnym przypadku - podejmowania robót budowlanych (poza określonymi w ustawie wyjątkami) jedynie na podstawie ostatecznej decyzji o pozwoleniu na budowę, albo po zgłoszeniu właściwemu organowi. Późniejsza ingerencja organów administracji publicznej, realizująca obowiązek wydania decyzji o nakazie rozbiórki obiektu wzniesionego sprzecznie z powołanymi wyżej przepisami, stanowi jedynie ustawową konsekwencję podjętych wcześniej przez adresata decyzji działań naruszających przepisy prawa budowlanego" (OTK ZU nr 1/1999, poz. 2, s. 18-19).*

Skoro zatem kryminalizacja samowoli budowlanej *per se* nie jest nadmiernie represyjna dlatego, że w procesie stosowania art. 90 ustawy - Prawo budowlane rodzaj oraz wysokość sankcji karnej mogą być dostosowane do konkretnego stanu faktycznego, w szczególności do stopnia społecznej szkodliwości czynu sprawcy, a jednocześnie orzekany w postępowaniu

administracyjnym nakaz rozbiórki obiektu budowlanego nie potęguje tej sankcji, gdyż w odróżnieniu od sankcji karnej jest środkiem pozbawionym charakteru represyjnego, to zaskarżony przepis jest zgodny z art. 2 Konstytucji.

W końcu należy zauważyć, iż ocena zagrożenia porządku publicznego samowolą budowlaną oraz dobór metody zwalczania tego zjawiska, w tym określenie rodzaju oraz intensywności służących temu celowi środków, należą do sfery politycznej swobody działania władzy ustawodawczej, pozostającej poza kognicją Trybunału Konstytucyjnego.

Z tych względów, wnoszę jak na wstępie.

z upoważnienia
Prokuratora Generalnego
Robert Hermand
Zastępca Prokuratora Generalnego