

POSTANOWIENIE

Dnia 29 października 2012 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Tomasz Artymiuk (przewodniczący)

SSN Jerzy Grubba

SSN Dorota Rysińska (sprawozdawca)

przy udziale prokuratora Prokuratury Generalnej Aleksandra Herzoga

w sprawie **A. P., R. N., K. G. i T. K.**

po rozpoznaniu w Izbie Karnej na posiedzeniu w dniu 29 października 2012 r., przedstawionego na podstawie art. 441 § 1 k.p.k. przez Sąd Okręgowy w T. postanowieniem z dnia 25 kwietnia 2012 r., sygn. akt II Ka [...] zagadnienia prawnego wymagającego zasadniczej wykładni ustawy:

„Czy wykonywanie robót budowlanych w sytuacji, gdy decyzja o zatwierdzeniu projektu budowlanego i pozwoleniu na budowę nie korzysta jeszcze z waloru ostateczności, wyczerpuje znamiona przestępstwa z artykułu 90 ustawy z dnia 7 lipca 1994 roku Prawo budowlane (tekst jednolity Dz. U. z 2010 roku nr 243, poz. 1623)”

p o s t a n o w i ł

odmówić podjęcia uchwały.

UZASADNIENIE

Postanowienie Sądu Okręgowego w T. o przekazaniu Sądowi Najwyższemu do rozstrzygnięcia przedstawionego na wstępie zagadnienia zostało sformułowane w następującej sytuacji.

Prokurator wystąpił z oskarżeniem przeciwko A. P. – inspektorowi nadzoru inwestorskiego, zatrudnionej na stanowisku podinspektora Wydziału Architektury, Gospodarki Komunalnej i Inwestycji Urzędu Miasta B., R. N. – naczelnikowi wymienionego Wydziału, reprezentującemu inwestora, oraz przeciwko K. G. – wykonawcy robót budowlanych, zarzucając każdemu z nich, że wspólnie i w porozumieniu, w okresie od dnia 12 listopada 2009 r. do dnia 20 grudnia 2009r. w B., wykonali roboty budowlane polegające na budowie chodnika na ul. K., wraz z przebudową wjazdów oraz odcinkiem kanalizacji deszczowej, bez uprzedniego uzyskania wymaganej przepisami prawa ostatecznej decyzji administracyjnej o pozwoleniu na budowę nr [...] /2009, która została wydana w dniu 25 listopada i stała się ostateczna z dniem 21 grudnia 2009 r., działając w ten sposób na szkodę interesu publicznego, tj. o popełnienie (przez K. G. na podstawie art. 21 § 2 k.k.) czynu określonego w art. 231 § 1 k.k. i art. 90 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane (Dz. U. z 2010r., Nr 243, poz. 1623 ze zm. – dalej pr.bud.) w zw. z art. 11 § 2 k.k. Aktem oskarżenia prokurator objął ponadto T. K. – kierownika budowy oraz L. N. – geodetę, którym (we współdziałaniu z A. P. i K. G.) zarzucił poświadczenie, w późniejszym czasie, nieprawdy w dzienniku budowy co do daty rozpoczęcia i wykonania poszczególnych prac podczas realizacji opisanej inwestycji.

Sąd Rejonowy w B., orzekając wyrokiem z dnia 29 grudnia 2011 r., uznał zasadność oskarżenia o opisane na wstępie przestępstwo (ujęte w postaci odrębnych czynów) i modyfikując tylko końcową datę okresu wykonania robót budowlanych na dzień 15 grudnia 2009 r., warunkowo umorzył prowadzone przeciwko oskarżonym postępowanie karne na okres próby 2 lat, orzekając od nich świadczenia pieniężne. Stwierdzając fakt popełnienia przestępstwa wypełniającego m.in. dyspozycję art. 90 pr.bud., Sąd Rejonowy uznał, że omawiane roboty – sprzecznie z treścią art. 28 ust. 1 pr.bud. – rozpoczęto, gdy pozwolenie na budowę w ogóle jeszcze nie zostało wydane, a zakończono je zanim pozwolenie to stało się ostateczne, toteż zachowanie oskarżonych kwalifikuje się do oceny jako przypadek określony w art. 50 ust. 1 pkt. 1 pr.bud.

Wyrok ten został zaskarżony m.in. przez R. N. i K. G. oraz przez obrońcę tego pierwszego i A. P.. W apelacjach, ujmując rzecz syntetycznie, zakwestionowano dokonaną przez Sąd *meriti* ocenę prawną przypisanego oskarżonym działania m.in. na płaszczyźnie art. 90 pr.bud., odwołując się tu przede

wszystkim do dokonywanej w postępowaniach administracyjnych interpretacji art. 48 pr.bud. – stanowiącego, obok art. 50 ust. 1 pkt. 1 pr.bud., przedmiot odesłania przepisu art. 90 pr.bud. – w myśl której przewidziane w tej regulacji pojęcie wymaganego pozwolenia na budowę nie jest równoznaczne z pojęciem ostatecznej decyzji o takim pozwoleniu, a wobec tego nie uzasadnia – w przypadku wykonywania robót budowlanych bez decyzji posiadającej ten walor – podejmowania przez organy administracji budowlanej decyzji nakazujących rozbiórkę lub wdrożenie procedury legalizacyjnej. W apelacjach R. N. i K. G. zarzucono ponadto nietrafność ustalenia daty rozpoczęcia budowy chodnika, wskazując, że fakt ten nastąpił po 25 listopada 2009 r., a w drugiej z nich podniesiono także, iż K. G. nie wiedział, że w tym czasie pozwolenie nie było prawomocne. Wszystkie apelacje domagają się uniewinnienia oskarżonych, a K. G. wnioskuje alternatywnie o umorzenie postępowania na podstawie art. 17 § 1 pkt 3 k.p.k.

Na powyższym tle Sąd Okręgowy w pierwszej kolejności zaznaczył, że nie można odrzucić możliwości podzielenia zarzutu apelacji R. N. co do błędnego ustalenia okresu działania oskarżonych. Przyjęcie zaś, że całość robót budowlanych przypadała w okresie funkcjonowania w obrocie prawnym nieostatecznej decyzji o pozwoleniu na budowę wymaga, zdaniem tego Sądu, rozstrzygnięcia sformułowanego na wstępie zagadnienia, jako niezbędnego dla prawidłowego osądu sprawy.

Prokurator Prokuratury Generalnej, w zajęтым na piśmie stanowisku, wniósł o odmowę podjęcia przez Sąd Najwyższy uchwały.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Pierwszoplanowym zadaniem Sądu Najwyższego, do którego zwrócono się o rozstrzygnięcie zagadnienia prawnego w trybie art. 441 § 1 k.p.k., jest zawsze zbadanie, czy zostały spełnione, określone tym przepisem, niezbędne przesłanki dokonania zasadniczej wykładni ustawy w drodze podjęcia uchwały. Przesłanki te (konieczność ich łącznego spełnienia) były przedmiotem szerokich rozważań w doktrynie (zob. zwłaszcza: R.A. Stefański, Instytucja pytań prawnych do Sądu Najwyższego w sprawach karnych, Kraków 2001, s. 267-274, s. 289-299, powołane tam judykaty i literatura), a także w licznych, wielokrotnie publikowanych orzeczeniach Sądu Najwyższego, również tych, które w swym pisemnym stanowisku przytacza prokurator. Ponowne ich cytowanie w tym miejscu wydaje się

zbędne. Wystarczy tylko przypomnieć, że w judykatach tych najczęściej zwraca się uwagę na to, że występujący z tzw. pytaniem prawnym sąd odwoławczy powinien w uzasadnieniu wystąpienia uargumentować, iż w sprawie wyłonił się problem interpretacyjny, odnoszący się do wadliwie zredagowanego, niejasnego, czy różnie interpretowanego przepisu lub ich zespołu (zagadnienie prawne), ponadto wykazać, że przedstawione zagadnienie stanowi doniosły problem interpretacyjny, wymagający przeciwdziałania możliwym lub już powstałym rozbieżnościom w stosowaniu prawa (wymaga wykładni zasadniczej), wreszcie wyjaśnić, w jaki sposób to zagadnienie jest powiązane z konkretną sprawą (wyłoniło się przy rozpoznawaniu środka odwoławczego) i jaki wpływ na jej rozstrzygnięcie będzie miała wypowiedź Sądu Najwyższego. Trafnie wobec tego zauważył prokurator, że podjęcie w omawianym trybie uchwały jest niedopuszczalne m.in. wtedy, gdy sąd odwoławczy w istocie nie ma wątpliwości co do znaczenia przepisu prawa, od którego zależy rozstrzygnięcie środka odwoławczego, a jego wystąpienie dyktowane jest potrzebą upewnienia się lub wręcz zasięgnięcia porady co do rozstrzygnięcia rozpoznawanego środka. Niedopuszczalne jest też wtedy, gdy formułowane wątpliwości interpretacyjne mogą zostać rozwiane w drodze zwykłej, a nie o charakterze zasadniczym, wykładni, do której dokonania sąd jest uprawniony – i zobowiązany – w ramach samodzielności jurysdykcyjnej (art. 8 § 1 k.p.k.).

Rozważając wystąpienie Sądu Okręgowego pod wskazanym kątem, Sąd Najwyższy nie mógł nie przyznać prokuratorowi racji, że wystąpienie to – choć bez wątplenia poprzedzone znacznym nakładem pracy – nie spełnia warunków określonych w art. 441 § 1 k.p.k. Należy bowiem zgodzić się z prokuratorem, że analizowane postanowienie wpisuje się w krąg tych wystąpień, których wady – przesądzające o niedopuszczalności podjęcia uchwały interpretacyjnej – wymieniono powyżej. Ocenę tę wywołuje zwłaszcza wniosek, nieodparcie nasuwający się w przytoczonych na wstępie realiach sprawy, że zgłoszona przez Sąd Okręgowy wątpliwość ma charakter pozorny, by nie powiedzieć, że wprost stanowi pretekst do uzyskania od Sądu Najwyższego porady w innej kwestii, która wynika z rozpoznawanych środków odwoławczych i która podlega samodzielnemu – na tle ocenianych okoliczności faktycznych – rozstrzygnięciu Sądu odwoławczego.

Podkreślić zatem wypada, że przedmiotem oczekiwanej wykładni Sąd Okręgowy uczynił przepis art. 90 ustawy – Prawo budowlane, jednakże przytłaczającą część własnych dociekań i wątpliwości Sąd ten poświęcił

zagadnieniom z zakresu prawnoadministracyjnych konsekwencji tzw. samowoli budowlanej, o której mowa w art. 48, art. 49b oraz w art. 50 ust. 1 pkt. 1 ustawy, uregulowanych w tych, między innymi, przepisach. Oczywiście nie można mieć wątpliwości, że interpretacja wymienionych unormowań ma znaczenie dla ustalenia zakresu odpowiedzialności karnej określonej dla tejże samowoli w art. 90 pr.bud. – skoro przepis ten ma charakter blankietowy i odsyła do przypadków wskazanych w tych właśnie regulacjach. Równie jednak oczywiste jest to, że oba reżimy odpowiedzialności, tj. administracyjny i karny, mają być samodzielny i oczywiście różniący się, i to nie tylko ze względu na przewidziane w nich odmienne sankcje, ale także (tylko napomykając tu o odrębnościach proceduralnych) ze względu na same zasady rządzące tą odpowiedzialnością: administracyjną – uzależnioną jedynie od obiektywnego faktu naruszenia prawa, i karną – uwzględniającą również choćby kwestie winy sprawcy w czasie popełnienia czynu zabronionego oraz stopnia jego społecznej szkodliwości. Poza sporem także pozostaje, co wynika z ugruntowanych poglądów doktryny (B. Kurzępa, Glosa do wyroku SN z dnia 25 czerwca 1996 r., V KKN 43/96, Prok.i Pr. 1998, nr 1 s. 83-88; M. Bojarski, W. Radecki, Pozakodeksowe prawo karne, Komentarz, Warszawa 2003, t. III, s. 40-42; Z. Niewiadomski [red.] Prawo budowlane, Komentarz, Warszawa 2011, s. 800-801; A. Gliniecki [red.] Prawo budowlane, Komentarz, Warszawa 2012, s. 700-702) oraz wyrażanych konsekwentnie w judykaturze (wyrok SN z dnia 25 czerwca 1996 r., V KKN 43/98, OSNKW 1997, z. 1-2, poz. 17; uchwała SN z dnia 27 lutego 2001 r., IKZP 1/01, OSNKW 2001, z. 5-6, poz. 44; wyrok SN z dnia 3 listopada 2010 r., IV KK 149/10, OSNwSK 2010, poz. 2140), że odpowiedzialność karna za samowolę budowlaną, na podstawie art. 90 pr.bud., zależy od powstania okoliczności leżących u podstaw stwierdzenia tej samowoli, nie zaś od faktu wydania lub niewydania w jej przedmiocie decyzji przez właściwy organ administracji (za brak respektu dla takiej decyzji sprawca ponosi odpowiedzialność za wykroczenie z art. 92 ust. 2 pkt. 1 pr.bud.). Oceny prawnokarne, dokonywane na gruncie art. 90 pr.bud. w zw. z art. 48, art. 49b oraz art. 50 ust 1 pkt. 1 pr.bud., mają bowiem autonomiczny charakter względem decyzji administracyjnych, które są (powinny być) podejmowane w razie stwierdzenia braku wymaganego pozwolenia na budowę albo zgłoszenia lub pomimo wniesienia sprzeciwu. Wobec tego, podjęta przez pytający Sąd próba zwrócenia uwagi na interpretacyjną możliwość wyznaczenia zakresu normowania art. 90 pr.bud. w zależności do tego, czy w danej

sytuacji obowiązuje administracyjna sankcja nakazu rozbiórki wznoszonego lub już wybudowanego obiektu, przewidziana w art. 48 ust. 1 i w art. 49b ust. 1 pr.bud. (także, co należy dostrzec, w art. 51 ust. 1 pkt. 1 pr.bud. dla przypadków określonych w art. 50 ust. 1 pr.bud.), czy też istnieje potencjalna możliwość zalegalizowania samowoli budowlanej (nie tylko w przypadku określonym w art. 50 ust. 1 pkt. 1 pr.bud., wskazanym przez Sąd, lecz również w art. 48 i w art. 49b pr.bud.), musi być skazana na całkowite niepowodzenie już tylko z przedstawionych powyżej powodów.

Próba ta przekonuje zatem również o rzeczywistej intencji pytającego Sądu, który przedkładając ową problematykę administracyjnych konsekwencji samowoli budowlanej, swą uwagę skoncentrował ponadto głównie na treści art. 48 ust. 1 pr.bud. i pojęciu braku wymaganego nim pozwolenia na budowę, a więc przepisu, który został wskazany w apelacjach jako właściwy punkt odniesienia w okolicznościach sprawy, podczas gdy w zaskarżonym wyroku uznano, że przypisane wykonanie budowy chodnika bez wymaganego pozwolenia stanowiło przypadek określony w art. 50 ust. 1 pkt. 1 pr.bud. Wyraźnie bowiem widać, że istota wyrażonych przez Sąd odwoławczy obiekcji sprowadza się, w gruncie rzeczy, do uzyskania pomocy (upewnienia się) w rozstrzygnięciu racji leżących u podstaw obu tych stanowisk, i to z perspektywy dylematu zrodzonego na tle różnych prawnoadministracyjnych restrykcji (także ich racjonalności), które urzeczywistniają się w warunkach – ujętego w obu przytaczanych unormowaniach – braku wymaganego pozwolenia na budowę.

W ocenie tej utwierdza również niedostrzeżenie przez Sąd odwoławczy potrzeby bardziej wnikliwej analizy samego unormowania art. 90 pr.bud. Trudno tu uznać za wystarczające odwołanie się do nader oczywistego poglądu – od dawna, jak zauważono, wyrażanego w judykaturze i doktrynie (M.Bojarski, W. Radecki, O pełną kodyfikację prawa karnego, Prok.iPr. 1995, nr 5, s. 66; B. Kurzępa, *op.cit.* i ujęte tam postulaty *de lege ferenda*) – że redakcja wymienionego przepisu budzi zastrzeżenia w świetle przyjętych standardów techniki legislacyjnej, co miałoby stanowić dobry powód do tego, by wszelkie wynikające stąd wątpliwości wyjaśniać przy wykorzystaniu instytucji opisanej w art. 441 § k.p.k. Za powód taki nie może też służyć (nieuprawnione zresztą) spostrzeżenie co do wyroku SN z dnia 1 czerwca 2009 r., V KK 447/08, OSNKW 2009, z. 8, poz. 70, jakoby zawarta w nim teza o niezbędności dysponowania, dla prowadzenia robót budowlanych,

prawomocną decyzją o pozwoleniu na budowę, nie została bliżej umotywowana. Wymogu tego nie spełnia także odwołanie się do stanowiska jednego głosu doktryny (P. Pawlonka, Glosa do wyroku SN z dnia 3 listopada 2010 r., IV KK 149/10, lex/el 2011), krytykującego, jako sprzeczne z zasadą *nullum crimen sine lege*, posłużenie się w tym judykacie wykładnią celowościową (trzeba zaznaczyć – nie jedyną użytą tu metodą wykładni) przy interpretacji znamienia czynu z art. 90 pr.bud., polegającego na wykonywaniu robót budowlanych bez wymaganego zgłoszenia – jako obejmującego zarówno faktyczne zaniechanie zgłoszenia tych robót, jak i ich rozpoczęcie przed upływem, przewidzianego w art. 30 ust. 5 pr.bud., terminu na wniesienie sprzeciwu. Wreszcie, trudne do zrozumienia są uwagi Sądu na temat ograniczeń interpretacyjnych, wynikających z przytoczonej powyżej zasady. Trzeba zresztą zaznaczyć, że pytający Sąd – nie wskazując rozbieżności, które dotyczyłyby ściśle wykładni omawianego tu art. 90 pr.bud. – sam dostrzega niejaką pozorność wskazanych wyżej problemów z punktu widzenia interpretacji znamion określonego tym przepisem przestępstwa.

Poprzestanie (z pewnymi wyjątkami) na powyższym spowodowało, że Sąd odwoławczy pominął proste wnioski, które wynikają z wykładni art. 90 pr.bud., tracąc w ten sposób z pola widzenia samą istotę bezprawności opisanego w tym przepisie zachowania, przekonującą o fikcyjności wyrażonych w zagadnieniu wątpliwości. Wobec tego, niezbędne jest poczynienie kilku podstawowych uwag.

Z brzmienia przepisu art. 90 prawa budowlanego wynika po pierwsze to, że opisana w nim czynność sprawcza, ujęta w wyrażeniu „wykonuje roboty budowlane” obejmuje zarówno wykonywanie, jak i wykonanie (zrealizowanie) tychże robót, ujętych w tym zbiorczym pojęciu. Po wtóre wynika, że czynność ta urzeczywistnia się w każdym z wymienionych przypadków samowoli budowlanej, tj. w art. 48, art. 49b i w art. 50 ust. 1 pkt. 1 pr.bud., przy czym – co istotne, na co trafnie zwraca uwagę prokurator Prokuratury Generalnej – przypadki te traktowane są w omawianym przepisie równorzędnie. Z kolei sięgnięcie do treści wymienionych regulacji pozwala na stwierdzenie, że omawiane przestępstwo jest przestępstwem formalnym, a więc takim, do którego przedmiotowych znamion nie należy wystąpienie konkretnego skutku (także w postaci stanu bezpośredniego zagrożenia chronionego dobra prawnego), lecz polega ono na określonym zachowaniu się (A. Marek, Prawo karne, Warszawa 2000, s. 119-121; L. Gardocki, Prawo karne, Warszawa 2007, s. 59). Wobec tego, dla przyjęcia odpowiedzialności karnej na

płaszczyźnie art. 90 pr.bud. – w omawianych przypadkach (inaczej niż w kolejno wymienionym przypadku z art. 50 ust. 1 pkt. 2 pr.bud.) wystarcza ustalenie, że opisane w przytaczanych wyżej przepisach obowiązki formalne – warunkujące legalność wykonywania robót budowlanych – nie zostały dopełnione. Przestępstwo w tych postaciach polega więc tylko, jak się ujmuje w doktrynie (M. Bojarski, W. Radecki, Przewodnik po pozakodeksowym prawie karnym, Wrocław 1998, s. 607) na nieposłuszeństwie wobec określonych w prawie budowlanym wymagań formalnych. Jednocześnie uprawnione jest stwierdzenie, że funkcją art. 90 pr.bud. jest uzupełnienie materialnoadministracyjnych środków przeciwdziałania samowoli budowlanej – przez wymuszenie poszanowania obowiązków, których wykonanie zapewnia ład budowlany, chroniący zarówno interes publiczny, jak i wolności i prawa innych osób.

Uwzględnienie powyższego nie pozwoliłoby Sądowi powątpiewać, że dopełnienie formalnego obowiązku, w rozumieniu art. 90 w zw. z art. 48 ust. 1 pr.bud., sprowadzającego się do umożliwiającego budowę dysponowania wymaganiem (a nie niedookreślonym) pozwoleniem na budowę, oznacza nieodzowność legitymowania się ostateczną decyzją o takim pozwoleniu. Jedynie na podstawie posiadającej ten przymiot decyzji można bowiem rozpocząć – i prowadzić (art. 3 pkt 12 pr.bud.) – roboty budowlane, o czym stanowi jednoznaczny i kategoryczny w brzmieniu przepis art. 28 ust. 1 pr.bud. (uzupełniony treścią art. 32 ust. 4a, korelującą m.in. z art. 49 ust. 4 pr.bud.). Zawarte w tym przepisie jedyne zastrzeżenie, odnoszące się do robót niewymagających pozwolenia, kieruje natomiast w szczególności uwagę na unormowanie art. 30 ust. 5 pr.bud. Wynika z niego bowiem, że do wykonywania robót budowlanych niewymagających pozwolenia, lecz zgłoszenia, można z kolei przystąpić, jeżeli w określonym tu terminie właściwy organ nie wniesie, w drodze decyzji, sprzeciwu. Przeprowadzona na tle kolejnych unormowań regulujących proces budowlany wykładnia, prezentowana w powołanych powyżej orzeczeniach Sądu Najwyższego w sprawach V KK 447/08 i IV KK 149/10, do której należy się w tym miejscu odwołać, w jednoznaczny sposób wykazuje systemową spójność regulacji prawa budowlanego w zakresie warunków rozpoczęcia robót budowlanych – na podstawie ostatecznej decyzji o pozwoleniu na budowę albo niepodlegającego już sprzeciwowi zgłoszenia, a więc w sytuacji, która w zwykłym trybie nie podlega wzruszeniu i wobec tego nosi walor wymaganej pewności oraz domniemania

prawidłowości. Nieprawomocna decyzja o pozwoleniu na budowę (nieprawomocne zgłoszenie robót) wymogu tego nie spełnia i – choć oczywiście tak być nie musi – może nie spełnić go nigdy, co zbliża tę sytuację do tej, w której przystępujący do robót w ogóle zaniechał wystąpienia o pozwolenie na budowę (zgłoszenia), bądź otrzymał decyzję odmowną (uwzględniono sprzeciw co do zgłoszenia). Nie trzeba przypominać, że określeniem wymaganego pozwolenia albo zgłoszenia operują, odpowiednio, przepisy art. 48 i art. 49b oraz art. 50 ust. 1 pkt. 1 pr.bud.

Nie ma zatem racji bytu argument Sądu Okręgowego, odwołujący się do interpretacyjnego zakazu wykładni synonimicznej, podniesiony w związku z brzmieniem art. 90 pr.bud. oraz (kryminalizującego dokonanie rozbiórki jako wykroczenia) art. 93 pkt. 3 pr.bud. – zdaniem Sądu świadczących, że skoro drugi z tych przepisów wskazuje wprost na zakaz naruszenia art. 28 ust. 1 i art. 31 ust. 2 pr.bud., to odesłanie w pierwszym z nich do przypadków określonych w art. 48, art. 49b i art. 50 ust. 1 pkt. 1 pr.bud. oznacza, że w unormowaniach tych chodzi o inne, niż określone w art. 28 ust. 1 pr.bud., pozwolenie. Trzeba zaznaczyć, że to, czy i które z zachowań naruszających przewidziane prawem budowlanym obowiązki lub zakazy ma stanowić przestępstwo, a które wykroczenie, zależy tylko od woli ustawodawcy. Słuszność ma zaś prokurator, że zamieszczenie w art. 90 pr.bud. odwołania do art. 28 ust. 1 pr.bud. (oraz art. 30 ust. 5 pr.bud.) stanowiłoby niczemu niesłużące *superfluum*, skoro za czyny karalne, w myśl art. 90 pr.bud., traktuje się wszelkie – bez wyjątku i różnicy – zachowania polegające na prowadzeniu robót budowlanych bez wymaganego pozwolenia (zgłoszenia) – zarówno określone w art. 48 pr.bud. (art. 49b), jak i w art. 50 ust. 1 pkt. 1 pr.bud. W polu uwagi pytającego Sądu powinien natomiast znaleźć się raczej zakaz wykładni homonimicznej (nadawania odmiennego znaczenia tym samym zwrotom) – oczywisty do rozważenia przy interpretacji przytoczonych przepisów i wymienionych tu wyrażeń ustawowych.

Żadnego wreszcie wsparcia dla sformułowanych wątpliwości nie znajduje podnoszona przez Sąd odwoławczy (odnotowana w doktrynie – zob. m.in.: Z.Niewiadomski *op.cit.*, s. 334, s. 517-520; A. Gliniecki, *op.cit.*, s. 180-181, S.Serafin, Prawo budowlane, Komentarz, Warszawa 2006, s. 265-267) zmiana linii orzecznictwa sądów administracyjnych w odniesieniu do art. 48 pr.bud. – zwłaszcza sprzed jego (i kolejnych przepisów) nowelizacji ustawą z dnia 27 marca 2003 r. (Dz. U. Nr 80, poz. 718) – polegająca na złagodzeniu rygoryzmu w ocenie samowoli

budowlanej skutkującej nakazem rozbiórki. Podkreślane w wystąpieniu argumenty celowościowe, przemawiające za potrzebą innego traktowania podjęcia robót budowlanych na podstawie nieostatecznej decyzji o pozwoleniu na budowę, wprost nie mogą mieć wpływu na czynione tu oceny. Pomijając już, że orzecznictwo w tym zakresie nie jest w pełni jednolite, co celnie podnosi prokurator, to poza sporem pozostaje, iż opisane zachowanie jest w tym orzecznictwie zawsze uznawane za podjęte z naruszeniem art. 28 ust. 1 pr.bud. – niezależnie od tego, czy fakt ten traktowany jest następnie jako samowola budowlana określona w art. 48 pr.bud. (zob. m.in. wyroki: NSA w Warszawie z dnia 17 stycznia 2007 r., II OSK 167/06, lex 327397, WSA w Warszawie: z dnia 29 lipca 2004 r., IV SA 626/03, lex 158899, WSA w Łodzi z dnia 29 stycznia 2009 r., II SA/Łd 743/08, lex 569035, WSA w Lublinie z dnia 27 stycznia 2010r., II SA/Lu651/09, lex 600147), czy też inny jej przypadek, określony w art. 50 ust. 1 pkt. 1 pr.bud. (zob. m.in. wyroki: NSA w Szczecinie z dnia 5 września 2001r., SA/Sz 2652/00, NSA w Warszawie z dnia 17 marca 2005 r., OSK 1450/04, lex 189144, NSA w Warszawie z dnia 30 listopada 2005 r., II OSK 144/05, lex 210223, NSA w Warszawie z dnia 26 lipca 2011 r., II OSK 1211/10, lex 1083580). To jednak, która z hipotez obu tych unormowań obejmuje przystąpienie do robót budowlanych bez dopełnienia formalnego obowiązku dysponowania ostateczną decyzją o pozwoleniu na budowę, nie ma najmniejszego związku z oceną bezprawności podjętego w ten sposób przez sprawcę działania. Ocena bezprawności, a więc byt przestępstwa określonego w art. 90 pr.bud. zależy bowiem – jak raz jeszcze trzeba powtórzyć – od samego faktu naruszenia omawianych tu obowiązków, a nie od tego, czy za naruszenie to grozi lub został orzeczony akurat nakaz rozbiórki całości lub części będącego w budowie lub wybudowanego obiektu (czy też przewidziane są lub powstały już inne skutki prawne, także legalizujące samowolę budowlaną).

W powyższym świetle nie może budzić zastrzeżeń stwierdzenie, że **przestępstwo określone w art. 90 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane (jedn.tekst: Dz. U. z 2010 r., Nr 243, poz. 1623 ze zm.), w części odsyłającej do unormowań art. 48, art. 49b i art. 50 ust. 1 pkt. 1 tej ustawy, jest przestępstwem formalnym; odpowiedzialność na jego podstawie ponosi także ten, kto wykonuje (lub wykonał) roboty budowlane bez ostatecznej decyzji pozwalającej na rozpoczęcie i prowadzenie budowy lub wykonywanie robót budowlanych innych niż budowa obiektu, oraz także ten, kto wykonuje**

(lub wykonał) zgłoszone roboty przed upływem terminu przewidzianego na decyzję o wniesieniu w tym przedmiocie sprzeciwu. Rzeczą sądu orzekającego co do odpowiedzialności karnej jest rozstrzygnięcie, czy i któremu z przypadków wymienionych we wskazanym przepisie odpowiada ustalone *in concreto* zachowanie oraz ocena jaki ładunek społecznej szkodliwości niesie ze sobą niedopełnienie opisanego obowiązku formalnego.

Taki też, rzeczywisty problem, rysuje się przed Sądem Okręgowym, jego identyfikacja zaś – jak była o tym mowa – uzasadniała odmowę podjęcia uchwały w przedmiocie przedstawionego do rozstrzygnięcia zagadnienia.

Przewodniczący: SSN (Tomasz Artymiuk)

Sędziowie SN: (Jerzy Grubba)

(Dorota Rysińska)

aw