

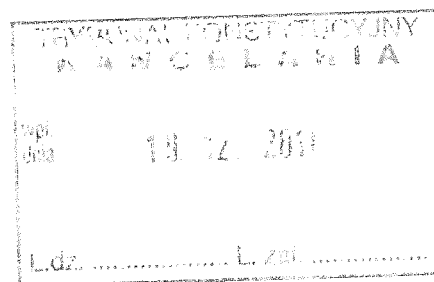


SEJM
RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Warszawa, dnia 18 grudnia 2011 r.

Sygn. akt P 27/11

BAS-WPTK-1310/11



Trybunał Konstytucyjny

Na podstawie art. 34 ust. 1 w związku z art. 27 pkt 2 ustawy z dnia 1 sierpnia 1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz. U. Nr 102, poz. 643 ze zm.), w imieniu Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej przedkładam wyjaśnienia w sprawie pytania prawnego Sądu Rejonowego w Janowie Lubelskim II Wydział Karny z 29 kwietnia 2011 r. (sygn. akt P 27/11), jednocześnie wnosząc o stwierdzenie, że art. 90 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 243, poz. 1623 ze zm.) **jest zgodny** z wywodzoną z art. 2 Konstytucji zasadą proporcjonalności oraz z art. 42 ust. 1 w związku z art. 2 Konstytucji.

Uzasadnienie

I. Analiza formalnoprawna

1. Postępowanie przed Trybunałem Konstytucyjnym zostało zainicjowane pytaniem prawnym Sądu Rejonowego w Janowie Lubelskim II Wydział Karny (dalej: sąd lub pytający sąd) z 29 kwietnia 2011 r. Zdaniem sądu, art. 90 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 243, poz. 1623 ze zm.; dalej również: p.b. albo ustawa – Prawo budowlane) jest niezgodny z art. 2 i 42 ust. 1 Konstytucji.

Zgodnie z art. 193 Konstytucji i art. 3 ustawy z dnia 1 sierpnia 1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz. U. Nr 102, poz. 643 ze zm.; dalej: ustawa o TK), każdy sąd może przedstawić Trybunałowi Konstytucyjnemu pytanie prawne co do zgodności aktu normatywnego z Konstytucją, ratyfikowanymi umowami międzynarodowymi lub ustawą, jeżeli od odpowiedzi na to pytanie zależy rozstrzygnięcie sprawy toczącej się przed sądem. Wskazane przepisy konstytuują trzy przesłanki (podmiotową, przedmiotową i funkcjonalną), których łączne spełnienie jest niezbędne do rozpoznania pytania prawnego przez Trybunał Konstytucyjny. Przesłanka podmiotowa tworzy wymóg, aby z pytaniem prawnym wystąpił sąd, rozumiany jako organ sprawujący – obok trybunałów – władzę sądowniczą (art. 10 ust. 2 *in fine* Konstytucji; zob. uwagi na temat rozumienia pojęcia sąd w świetle art. 193 Konstytucji: M. Wiącek, *Pytanie prawne sądu do Trybunału Konstytucyjnego*, Warszawa 2011, s. 61 i n.). Przesłanka przedmiotowa nakazuje, aby przedmiotem kontroli Trybunału Konstytucyjnego w postępowaniu inicjowanym pytaniem prawnym była wyłącznie ocena zgodności aktu normatywnego z Konstytucją, ratyfikowanymi umowami międzynarodowymi lub ustawą. Wreszcie, przesłanka funkcjonalna zakłada, że wystąpienie z pytaniem prawnym jest uzasadnione tylko wówczas, gdy od odpowiedzi na nie zależy rozstrzygnięcie konkretnej sprawy toczącej się przed sądem (zob. np. postanowienia TK z: 29 marca 2000 r., sygn. akt P 13/99; 10 października 2000 r., sygn. akt P 10/00; 27 kwietnia 2004 r., sygn. akt P 16/03; 6 lutego 2007 r., sygn. akt P 33/06).

Nie ulega wątpliwości, że w przedmiotowej sprawie spełnione zostały dwie pierwsze ze wskazanych przesłanek, jeśli zaś chodzi o przesłankę funkcjonalną,

należy poczynić pewną uwagę. Warto przy tym także nadmienić, że przesłanka funkcjonalnej wpływa ona nie tylko na dopuszczalność pytania prawnego, ale wyznacza również granice kontroli Trybunału Konstytucyjnego, ograniczając zakres zaskarżenia do przepisów, które w realiach sprawy toczącej się przed pytającym sądem mogą zostać zastosowane i zarazem wpłynąć na rozstrzygnięcie.

Sprawa zawisła przed pytającym sądem wiąże się z oskarżeniem o popełnienie przestępstwa z art. 90 p.b. skierowanym przez Prokuratora Rejonowego w Janowie Lubelskim. Dopuszczalność pytania prawnego dotyczącego zgodności art. 90 p.b. z Konstytucją *in casu* nie budzi kontrowersji. Pewne wątpliwości nasuwa natomiast sformułowanie przez pytający sąd pytania prawnego w sposób, który odnosi się do całego art. 90 p.b., a więc do wszystkich sytuacji objętych jego zakresem zastosowania. Jak wskazuje pytający sąd, sprawa tocząca się przed nim wiąże się z prowadzeniem robót budowlanych bez uprzedniego uzyskania wymaganego przepisami prawa pozwolenia na wykonanie. Można więc domniemywać, że sąd musi zastosować art. 90 p.b. tylko w takim zakresie, w jakim odsyła on do właściwych przepisów regulujących prowadzenie robót budowlanych bez wymaganego pozwolenia, a nie np. przy braku zgłoszenia bądź pomimo wniesienia sprzeciwu przez właściwy organ. Sejm odnotowuje powyższą wątpliwość i poddaje ją pod rozagę Trybunału Konstytucyjnego, odnosząc się jednak w dalszej części niniejszego pisma do całego zakresu zaskarżenia określonego przez pytający sąd.

2. Pytający sąd zarzuca niezgodność art. 90 p.b. z art. 2 i art. 42 ust. 1 Konstytucji, wskazując naruszenie standardu określoności przepisu karnego. Z uwagi na tożsamość zasad wywodzonych z obydwu artykułów Konstytucji nie jest zasadne badanie zgodności art. 90 p.b. osobno z każdym z wzorców. Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 25 maja 2004 r. (sygn. akt SK 44/03) potwierdził programowy dla prawa karnego charakter art. 42 ust. 1 Konstytucji, stwierdzając, że z przepisu tego wynikają bezpośrednio konsekwencje dla wszystkich elementów, które składają się na naturę normy prawa karnego (karalność czynu, odpowiedzialność, wymiar kary, przedawnienie karalności itd.), a także strukturę normy prawnej przewidującej odpowiedzialność karną. Przypomnieć także należy, stanowisko Trybunału Konstytucyjnego, który – przykładowo – w wyroku z 9 czerwca 1998 r. (sygn. akt K 28/97) wyraził pogląd, że: „[W] razie zakwestionowania zgodności aktu

normatywnego ze standardami demokratycznego państwa prawnego, skonkretyzowanymi i rozwiniętymi w odrębnych postanowieniach ustawy zasadniczej, podstawę kontroli konstytucyjności powinny stanowić przede wszystkim szczegółowe przepisy konstytucyjne. W takich sytuacjach nie ma natomiast potrzeby powoływania – jako podstawy kontroli – zasady demokratycznego państwa prawnego, wyrażonej w art. 2 Konstytucji. Zasada ta pełni wówczas przede wszystkim funkcję wskazówki dla interpretacji wymienionych, szczegółowych przepisów ustawy zasadniczej”.

Wobec powyższego Sejm zbada zgodności art. 90 p.b. z art. 42 ust. 1 w związku z art. 2 Konstytucji.

3. Jak powszechnie przyjmuje się w doktrynie prawa, podmiotem przestępstwa z art. 90 p.b. może być nie tylko inwestor, ale również inni uczestnicy procesu budowlanego (zob. m.in. J. Dessoulavy-Śliwiński [w:] *Prawo budowlane. Komentarz*, red. Z. Niewiadomski, Warszawa 2007, s. 794; B. Kurzępa, *Prawo budowlane. Komentarz do ustawy i orzecznictwo*, Toruń 2008, s. 607; A. Wiśniewski [w:] *Prawo budowlane z umowami w działalności inwestycyjnej. Komentarz*, red. H. Kisilowska, Warszawa 2008, s. 379; S. Serafin, *Prawo budowlane. Komentarz*, Warszawa 2006, s. 506). Zgodnie z art. 17 p.b., uczestnikami procesu budowlanego (w rozumieniu ustawy) są: inwestor, inspektor nadzoru inwestorskiego, projektant oraz kierownik budowy lub kierownik robót. Zarzuty pytającego sądu odnoszące się do naruszenia zasady proporcjonalności poprzez równoległe stosowanie sankcji karnych i administracyjnych będą w związku z tym adekwatne wyłącznie w stosunku do inwestora, albowiem tylko on ponosi konsekwencje związane z sankcjami administracyjnymi, w szczególności z uiszczeniem opłaty legalizacyjnej. Wobec powyższego, pomimo braku wskazania tego *explicite* w pytaniu prawnym, w przedmiotowej sprawie nie zachodzi konieczność zawężenia zakresu oceny konstytucyjności art. 90 p.b. wyłącznie do jego stosowania w stosunku do inwestora.

II. Przedmiot zaskarżenia

1. Artykuł 90 p.b. stanowi: „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”.

Kwestionowany przepis penalizuje zachowania określone jako „samowola budowlana”. Ustawodawca, wprowadzając do prawa budowlanego sankcję karną, posłużył się konstrukcją przepisu blankietowego, odsyłając w opisie znamion przedmiotowych czynu zabronionego do odpowiednich przepisów ustawy – Prawo budowlane. W przepisach, do których odsyła art. 90 p.b., uregulowano obowiązek organów administracji do nakazania rozbiórki części lub całości obiektu budowlanego, jak również wstrzymania postanowieniem prowadzonych robót budowlanych w następujących przypadkach: 1) budowy lub wybudowania obiektu budowlanego lub jego części bez wymaganego pozwolenia na budowę (art. 48 ust. 1 p.b.); 2) budowy lub wybudowania obiektu budowlanego lub jego części bez wymaganego zgłoszenia bądź pomimo wniesienia sprzeciwu przez właściwy organ (art. 49b p.b.); 3) prowadzenia robót budowlanych, w przypadkach innych niż wskazane w art. 48 ust. 1 lub 49b ust. 1 p.b., bez wymaganego pozwolenia na budowę albo zgłoszenia; 4) prowadzenia robót budowlanych, w przypadkach innych niż wskazane w art. 48 ust. 1 lub 49b ust. 1 p.b., w sposób mogący spowodować zagrożenie bezpieczeństwa ludzi lub mienia bądź zagrożenie środowiska (na temat ujęcia przedmiotu zaskarżenia w stanowisku Sejmu zob. uwagi zawarte w pkt I.1 pisma).

2. Na marginesie należy zauważyć, że używanie określenia „samowola budowlana” w odniesieniu do art. 90 p.b. jest swego rodzaju uproszczeniem terminologicznym. W art. 50 ust. 1 pkt 2 p.b., do którego odsyła art. 90 p.b., wspomina się o prowadzeniu robót budowlanych w sposób mogący spowodować zagrożenie bezpieczeństwa ludzi lub mienia bądź zagrożenie środowiska. Zatem, z formalnego punktu widzenia, nie występuje w tym wypadku „samowola”, a jedynie działanie „szkodliwe”, „niefrasobliwe” czy też „nieodpowiedzialne” w stosunku do dóbr chronionych prawnie (zob. J. Dessoulavy-Śliwiński [w:] *Prawo...*, s. 792).

III. Zarzuty pytającego sądu

Jak już wspomniano, pytający sąd zarzuca niezgodność art. 90 p.b. z art. 2 i art. 42 ust. 1 Konstytucji.

Przywołując art. 2 Konstytucji, pytający sąd dowodzi, że kwestionowana regulacja narusza zakaz stanowienia przepisów nadmiernie represyjnych. Po

pierwsze – zdaniem pytającego sądu – art. 90 p.b., „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”. Po drugie, sankcja karna nakładana na podstawie art. 90 p.b. jest stosowana równolegle z sankcją o charakterze administracyjnym w postaci nakazu rozbiórki obiektu budowlanego, nakazu wstrzymania robót budowlanych bądź obowiązku uiszczenia opłaty legalizacyjnej (art. 49b ust. 4 i 5 p.b.). Pytający sąd konstatuje, że: „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”.

Z kolei zarzut naruszenia art. 42 ust. 1 w związku z art. 2 Konstytucji pytający sąd wiąże z brakiem wymaganej jasności i określoności przepisu. Stwierdza, że blankietowa konstrukcja art. 90 p.b. uniemożliwia jednoznaczne określenie, jakie zachowania mogą być penalizowane na jego podstawie. Jak zauważa, art. 48, art. 49b, art. 50 ust. 1 pkt 1 i art. 50 ust. 1 pkt 2 p.b. ustanawiają kompetencję organu administracyjnego do nakazania rozbiórki obiektu budowlanego, względnie do wstrzymania prowadzenia robót budowlanych, określają przesłanki podjęcia rozstrzygnięć tej treści i częściowo regulują tryb ich podejmowania. Pytający sąd wskazuje przy tym, że przepisy te przewidują dwa stany faktyczne. Pierwszy z nich „polega na braku wymaganego pozwolenia na budowę (art. 48 i art. 50 ust. 1 pkt 1), na braku zgłoszenia bądź na sprzeciwie uprawnionego organu (art. 49b i art. 50 ust. 1 pkt 1) bądź na zagrożeniu bezpieczeństwa ludzi lub mienia bądź środowiska (art. 50 ust. 1 pkt 2) i stanowi przesłankę wydania rozstrzygnięcia przez organ administracji. Drugi stan faktyczny polega na nakazaniu rozbiórki (art. 48 ust. 1 i ust. 4 oraz art. 49b ust. 1, ust. 3 i ust. 7) bądź wstrzymaniu robót budowlanych (art. 48 ust. 2, art. 49b ust. 2 i art. 50 ust. 1) i stanowi wynik procedowania organu administracji zawarty we właściwym ostatecznym (bądź natychmiast wykonalnym) orzeczeniu tego organu”.

Zarzut niekonstytucyjności art. 90 p.b. formułowany przez pytający sąd wiąże się zatem z niemożnością ustalenia, czy penalizowane jest wykonywanie robót budowlanych wobec braku pozwolenia na budowę (względnie braku zgłoszenia lub wbrew sprzeciwowi uprawnionego organu, w sposób zagrażający bezpieczeństwu

ludzi, mienia bądź środowisku), czy też wykonywanie robót budowlanych pomimo wydania przez właściwy organ decyzji o nakazaniu rozbiórki albo postanowienia o wstrzymaniu robót budowlanych.

IV. Wzorce konstytucyjne

1. Zasada proporcjonalności

1. Artykuł 2 Konstytucji stanowi: „Rzeczpospolita Polska jest demokratycznym państwem prawnym, urzeczywistniającym zasady sprawiedliwości społecznej”.

Zarzut pytającego sądu, odnoszący się do niezgodności art. 90 p.b. z art. 2 Konstytucji, znajduje swoje źródło w wywodzonej z klauzuli demokratycznego państwa prawnego zasadzie proporcjonalności. Jak wskazywano pytający sąd podnosi naruszenie zasady proporcjonalności poprzez stosowanie represji prawnokarnej w sytuacjach, w których – zdaniem pytającego sądu – „społeczna szkodliwość czynu jest żadna”, jak również poprzez stosowanie represji prawnokarnej równoległe z sankcjami administracyjnymi.

Zasada proporcjonalności w orzecznictwie „przedkonstytucyjnym” była wyprowadzana z klauzuli „państwa prawnego”. W orzeczeniu pełnego składu Trybunału Konstytucyjnego z 31 stycznia 1996 r. (sygn. akt K 9/95) stwierdzono, że: „Zasada proporcjonalności jest elementem składowym zasady państwa prawnego. Państwo prawne opiera się na założeniu racjonalności prawodawcy, a warunkiem koniecznym realizacji tego założenia jest przestrzeganie proporcjonalności w procesie stanowienia prawa. Racjonalny prawodawca stanowi prawo sprawiedliwe, stąd w zasadzie sprawiedliwości należy też upatrywać podstaw obowiązywania zasady proporcjonalności [...]. Zdaniem TK z zasady tej wypływa, po pierwsze, przyjmowanie danej regulacji tylko wówczas, gdy jest niezbędna dla ochrony interesu publicznego, z którym jest powiązana, po drugie, nakaz kształtowania danej regulacji w sposób zapewniający osiągnięcie zamierzonych skutków, i po trzecie, wymóg zachowania proporcji między efektami wprowadzonej regulacji a ciężarami względnie niedogodnościami wynikającymi z niej dla obywateli. [...]. Zasada proporcjonalności w ujęciu szerokim szczególnie nacisk kładzie na adekwatność celu i środka użytego do jego osiągnięcia. Z powyższego wynika, iż jeżeli cel regulacji prawnej można osiągnąć przy pomocy dwóch środków, przy czym jeden z nich w większym stopniu

pogarsza sytuację prawną podmiotu, to należy wybrać ten drugi” (por. także orzeczenia TK z: 26 czerwca 1995 r., sygn. akt K 11/94; 17 października 1995 r., sygn. akt K 10/95; 23 października 1996 r., sygn. akt K 1/96 oraz orzeczenie pełnego składu TK z 20 listopada 1996 r., sygn. akt K 27/95 i wypowiedzi doktryny z tamtego okresu, w szczególności S. Wronkowskiej, tejże [w:] *Polskie dyskusje o państwie prawa*, red. S. Wronkowska, Warszawa 1995, s. 74).

W obecnym stanie prawnym zasadę proporcjonalności wyprowadza się jednak przede wszystkim z art. 31 ust. 3 Konstytucji. W wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 12 stycznia 1999 r. (sygn. akt P 2/98) stwierdzono, że: „W ocenie Trybunału Konstytucyjnego analiza obowiązujących przepisów konstytucyjnych prowadzi do wniosku, iż zasadę proporcjonalności statuuje w sposób w pełni samodzielny i całościowy inny [niż art. 2, na który powoływał się w tej sprawie NSA – uwaga własna] przepis ustawy zasadniczej, a mianowicie art. 31 ust. 3. Wobec jego obowiązywania nie ma już potrzeby sięgania do niewątpliwie pojemnej, a przez to mieszczącej w sobie wiele odrębnych unormowań konstytucyjnych, zasady państwa prawnego. Nie oznacza to oczywiście całkowitego zerwania aksjologicznych i funkcjonalnych więzi między zasadą proporcjonalności a wywodzonymi z idei państwa prawnego zasadami [...], jak również z wymienionymi w art. 2 *in fine* Konstytucji zasadami sprawiedliwości społecznej”. Należy jednak podkreślić, że treść i znaczenie zasady proporcjonalności pozostają niezmiennie, jak bowiem zauważył w cytowanym wyżej wyroku Trybunał Konstytucyjny: „Kształt obowiązujących unormowań konstytucyjnych w pełni uzasadnia odwołanie się do wcześniej formułowanych w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego tez dotyczących interpretacji i zastosowania zasady proporcjonalności” (wyrok TK z 12 stycznia 1998 r., sygn. akt P 2/98; por. także J. Zakolska, *Zasada proporcjonalności w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, Warszawa 2008, s. 32 i n.; należy jednak zauważyć, że w judykaturze sądów administracyjnych nadal zasada proporcjonalności wiązana jest z art. 2 Konstytucji lub z art. 31 ust. 3 w związku z art. 2 Konstytucji – zob. np. uchwała 7 sędziów NSA z 30 października 2007 r., sygn. akt II GPS 2/07; wyrok NSA z 16 grudnia 2009 r., sygn. akt I FSK 1172/08; wyrok NSA z 11 marca 2010 r., sygn. akt I FSK 267/09).

W orzecznictwie sądu konstytucyjnego dotyczącym zasady proporcjonalności nie budzi wątpliwości, że: „Z jednej strony stawia ona przed prawodawcą każdorazowo wymóg stwierdzenia rzeczywistej potrzeby dokonania w danym stanie

faktycznym ingerencji w zakres prawa bądź wolności jednostki. Z drugiej zaś winna ona być rozumiana jako wymóg stosowania takich środków prawnych, które będą skuteczne, a więc rzeczywiście służące realizacji zamierzonych przez prawodawcę celów. Ponadto chodzi tu o środki niezbędne, w tym sensie, że chronić będą określone wartości w sposób, bądź w stopniu, który nie mógłby być osiągnięty przy zastosowaniu innych środków. Niezbędność to również skorzystanie ze środków jak najmniej uciążliwych dla podmiotów, których prawa lub wolności ulegną ograniczeniu. Ingerencja w sferę statusu jednostki musi więc pozostawać w racjonalnej i odpowiedniej proporcji do celów, których ochrona uzasadnia dokonane ograniczenie. [...] «Konieczność», którą wyraża art. 31 ust. 3 Konstytucji mieści więc w sobie postulat niezbędności, przydatności i proporcjonalności *sensu stricto* wprowadzanych ograniczeń. Nie ulega wątpliwości, iż spełnienie powyższych postulatów wymaga bliższej analizy w każdym konkretnym przypadku ograniczania prawa lub wolności, w szczególności przez skonfrontowanie wartości i dóbr chronionych daną regulacją z tymi, które w jej efekcie podlegają ograniczeniu, jak również przez ocenę metody realizacji ograniczenia. Niezależnie jednak od tego Trybunał Konstytucyjny wielokrotnie podkreślał, iż ocena spełnienia poszczególnych kryteriów składających się na zasadę zakazu nadmiernej (nieproporcjonalnej) ingerencji wymaga pewnego zrelatywizowania stosownie do charakteru poszczególnych praw i wolności jednostki. Surowsze standardy oceny przykładać należy do regulacji praw i wolności osobistych i politycznych niż do praw ekonomicznych i socjalnych” (wyrok TK z 12 stycznia 1999 r., sygn. akt P 2/98; por. także wyroki TK z: 11 maja 1999 r., sygn. akt K 13/98; 28 czerwca 2000 r., sygn. akt K 34/99 i 24 marca 2003 r., sygn. akt P 14/01).

W wydanym w pełnym składzie wyroku z 16 lipca 2009 r. (sygn. akt Kp 4/08) Trybunał Konstytucyjny stwierdził: „Wywiedziona z art. 2 Konstytucji zasada proporcjonalności szczególny nacisk kładzie na adekwatność celu legislacyjnego i środka użytego do jego osiągnięcia. To znaczy, że spośród możliwych (i zarazem legalnych) środków oddziaływania należałoby wybrać środki skuteczne dla osiągnięcia celów założonych, a zarazem najmniej uciążliwe dla podmiotów, wobec których mają być zastosowane lub dolegliwe w stopniu nie większym niż jest to niezbędne dla osiągnięcia założonego celu. Rozpatrując zgodność zakwestionowanej regulacji z zasadą proporcjonalności (z art. 2 Konstytucji) należy zbadać trzy istotne zagadnienia: 1) czy ta regulacja jest niezbędna dla ochrony

i realizacji interesu publicznego, z którym jest związana, 2) czy jest efektywna, umożliwiając osiągnięcie zamierzonych celów, 3) czy jej efekty pozostają w odpowiedniej proporcji do ciężarów nakładanych na obywatela lub inny podmiot prawny. Innymi słowy: Zasada proporcjonalności, wywodzona z samej logiki pojęcia «państwa prawa» stanowi (...), że działanie nakierowane na osiągnięcie obranego celu powinny być do tego celu odpowiednie (wyrok WSA w Warszawie z 26 listopada 2009 r., sygn. akt V SA/Wa 1624/09)».

Z kolei w wyroku z 30 listopada 2004 r. (sygn. akt SK 31/04) Trybunał wskazał, że: „[U]stawodawcy przysługuje swoboda polityczna określania sankcji za naruszenie prawa. Tam, gdzie przepisy nakładają na osoby fizyczne lub prawne obowiązki, winien się również znaleźć przepis określający konsekwencję niespełnienia obowiązku. Brak stosownej sankcji powoduje, iż przepis staje się martwy, a niespełnianie obowiązku nagminne. (...) Art. 83 Konstytucji nakłada na każdego obywatela obowiązek przestrzegania prawa Rzeczypospolitej Polskiej. Można zatem przyjąć, że w granicach zakreślonych przez Konstytucję ustawodawcy przysługuje swoboda określenia sankcji związanych z niedopełnieniem obowiązku (...). Swoboda ustawodawcy nie jest jednak nieograniczona. Konstytucja wymaga od ustawodawcy poszanowania podstawowych zasad polskiego systemu konstytucyjnego na czele z zasadą państwa prawnego, jak również praw i wolności jednostki. Ustawodawca określając sankcję za naruszenie prawa w szczególności musi respektować zasadę równości (...), jak również zasadę proporcjonalności własnego wkroczenia. Nie może więc stosować sankcji oczywiście nieadekwatnych lub nieracjonalnych albo też niewspółmiernie dolegliwych”.

Należy jednak pamiętać, że pomiędzy zasadą proporcjonalności wywiedzioną z art. 2 Konstytucji i zasadą proporcjonalności określoną w art. 31 ust. 3 Konstytucji występuje istotna różnica. W tym pierwszym przypadku jest ona oceniana bez nawiązania do wkroczenia w podmiotowe prawo konstytucyjne, co jest niezbędne przy zasadzie proporcjonalności, o której mowa w art. 31 ust. 3 Konstytucji (zob. wyrok TK z 13 marca 2007 r., sygn. akt K 8/07). Dla zilustrowania powyższej tezy można przytoczyć orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego w sprawach o sygn. akt P 7/08 i P 3/06. W pierwszej z nich sądy pytające wyraziły pogląd, że: „[C]hociaż z ochrony życia i zdrowia nie sposób zrezygnować, to ochronę tę w sposób wystarczający zapewniłby powrót do kwalifikacji czynu określonego w art. 178a § 2 k.k. jako wykroczenia. Dlatego też art. 178a § 2 k.k. (...) wykracza poza względy

konieczności w państwie demokratycznym, co w konsekwencji powoduje, że przepis ten narusza zasadę proporcjonalności wyrażoną w art. 31 ust. 3 Konstytucji”. Rozpatrując powyższy zarzut, Trybunał podkreślił, że: „Brak wskazania przepisu konstytucyjnego, który statuuje prawo lub wolność podlegającą ograniczeniu przez kwestionowaną regulację ustawową powoduje, że art. 31 ust. 3 Konstytucji jest nieadekwatnym wzorcem kontroli” (wyrok TK z 7 kwietnia 2009 r., sygn. akt P 7/08). W drugiej ze spraw Trybunał stwierdził, że w świetle art. 31 ust. 3 Konstytucji penalizacja znieważenia funkcjonariusza publicznego lub osoby do pomocy mu przybranej dokonanego niepublicznie lub publicznie, lecz nie podczas pełnienia czynności służbowych stanowi nieproporcjonalne ograniczenie wolności wyrażania poglądów gwarantowanej w art. 54 ust. 1 Konstytucji (wyrok TK z 11 października 2006 r., sygn. akt P 3/06).

2. W odniesieniu do równoległego stosowania sankcji karnych i administracyjnych wobec tej samej osoby za ten sam czyn należy zauważyć, że powyższa problematyka była już przedmiotem rozważań Trybunału Konstytucyjnego.

W wyroku z 29 kwietnia 1998 r. (sygn. akt K 17/97; zob. też wyrok TK z 4 września 2007 r., sygn. akt P 43/06) Trybunał stwierdził, że: „Stosowanie wobec tej samej osoby, za ten sam czyn sankcji administracyjnej, określanej przez zaskarżoną ustawę jako «dodatkowe zobowiązanie podatkowe» i odpowiedzialności za wykroczenia skarbowe w postępowaniu przed finansowymi organami orzekającymi narusza zasadę państwa prawa wyrażoną w art. 2 konstytucji. Kumulowanie odpowiedzialności administracyjnej i odpowiedzialności za wykroczenia skarbowe stanowi bowiem wyraz nadmiernego fiskalizmu i nie uwzględnia w żadnym stopniu interesu podatnika, który poniósł wskazaną karę administracyjną”. Z kolei w wyroku z 18 listopada 2010 r. (sygn. akt P 29/09) sąd konstytucyjny przywołał Rekomendację Komitetu Ministrów Rady Europy nr R 1/(91) w sprawie sankcji administracyjnych przyjętą 13 lutego 1991 r. Jak zauważył: „[R]ekomendacja zawiera szereg zasad wyznaczających minimalny standard postępowania się karami administracyjnymi. Jedną z zasad tego standardu jest dyrektywa, że osoba nie może być karana administracyjnie dwukrotnie za to samo zachowanie na podstawie tej samej normy prawnej albo norm chroniących ten sam interes społeczny (*rules protecting the same social interest*). Należy ją więc interpretować jako zakazującą także karania za ten sam czyn na podstawie

przepisów umieszczonych w różnych aktach prawnych, ale chroniących ten sam interes społeczny (zob. M. Wincenciak, *Sankcje w prawie administracyjnym i procedura ich wymierzania*, Warszawa 2008, s. 36)".

Należy zauważyć, że w swoim orzecznictwie Trybunał Konstytucyjny zajmował się także problematyką charakteru i stosowania sankcji administracyjnych. W wyroku z 14 października 2009 r. (sygn. akt Kp 4/09), wskazując, że dopuszczalność stosowania sankcji administracyjnych nie budzi co do zasady wątpliwości ani w doktrynie, ani w orzecznictwie, stwierdził: „Ustawodawca, przyjmując odpowiedzialność administracyjną, ma na celu usprawnienie procesu wymierzania kary w stosunku do deliktów cechujących się stosunkowo niewielkim ładunkiem dezaprobaty w społeczeństwie. Proces stosowania kary jest wówczas odformalizowany, ponieważ subsumcja stanu faktycznego sprowadza się do ustalenia, czy określone działanie wyczerpało znamiona wskazane w ustawie. Stąd też «oderwanie» winy od deliktu ułatwia stosowanie prawa”. Porównując sankcje administracyjne z karnymi, Trybunał wskazał, że: „Powszechnie przyjmuje się, że istotą sankcji karnych jest represja, natomiast kar administracyjnych – profilaktyka i prewencja. Nie oznacza to oczywiście, że dane typy sankcji powinny spełniać tylko i wyłącznie te funkcje. To właśnie spełnianie wspomnianych funkcji przesądza jednakże o tym, czy dana sankcja jest ze swej istoty karna, czy administracyjna. Kara administracyjna nie jest zatem, w myśl wskazanej koncepcji, odpłatą za popełniony czyn, lecz stanowi jedynie środek przymusu służący zapewnieniu realizacji wykonawczo-zarządzających zadań administracji”.

Z kolei w wyroku z 15 stycznia 2007 r. (sygn. akt P 19/06) Trybunał Konstytucyjny skonstatował: „W prawie administracyjnym sankcja odgrywa bardzo ważną rolę, gdyż przez zapowiedź negatywnych konsekwencji, jakie nastąpią w wypadku naruszenia obowiązków wynikających z dyrektyw administracyjnych, zapewnia ich poszanowanie i efektywne urzeczywistnianie. Dzięki temu normy sankcjonujące motywują adresatów norm sankcjonowanych do postaw legalistycznych. W doktrynie tej gałęzi prawa uważa się, że aby akty administracyjne były skuteczne, powinny być wyposażone w sankcje. Organ administracyjny musi posiadać środki do realizacji swej woli, w postaci przymusu administracyjnego, w przeciwnym bowiem razie efektywne administrowanie nie byłoby możliwe (...)”. Stanowisko to Trybunał uzupełnił następnie w wyroku z 12 kwietnia 2011 r. (sygn. akt P 90/08): „Kwestię dublowania czy multiplikacji sankcji (niezależnie od tego, jaki

poszczególne z nich mają charakter) należy jednak rozważyć w aspekcie proporcjonalności reakcji państwa na naruszenie prawa, wyprowadzanej z art. 2 Konstytucji. «Nadmierna represywność» powodująca, że oceniane rozwiązanie normatywne uzna się za nieproporcjonalnie uciążliwe, może bowiem mieć swe źródło w nagromadzeniu różnych negatywnych następstw jednej sytuacji: nie tylko sankcji penalnych, lecz także kar administracyjnych, ich wymiaru, obostrzeń proceduralnych, dowodowych itd”.

2. *Nullum crimen, nulla poena sine lege poenali anteriori*

1. W doktrynie prawa i orzecznictwie sądowym powszechnie przyjmuje się, że w art. 42 ust. 1 Konstytucji wyrażona została fundamentalna zasada prawa karnego *nullum crimen, nulla poena sine lege poenali anteriori* (zob. np. A. Wąsek, *Kodeks karny. Komentarz*, tom I, Gdańsk 1999, s. 16; wyrok TK z 8 lipca 2003 r., sygn. akt P 10/02; postanowienie SN z 29 stycznia 2009 r., sygn. akt I KZP 29/08). Wymaga przy tym zauważenia, że regulacja o analogicznej treści znajduje się również w art. 1 § 1 k.k.

Z ogólnej zasady *nullum crimen, nulla poena sine lege poenali anteriori* wyprowadzane są następujące zasady szczególne:

1) *nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*, zgodnie z którą źródłem określenia przestępstwa i kary kryminalnej może być tylko ustawa bądź też akty prawne równe ustawie (np. przedwojenne rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej i powojenne dekrety Rady Państwa);

2) *nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*, zgodnie z którą w prawie karnym zabronione jest stosowanie analogii (*legis* lub *iuris*) mającej na celu poszerzenie zakresu kryminalizacji lub penalizacji, jak również dokonywanie wykładni rozszerzającej przepisu karnego na niekorzyść sprawcy;

3) *nullum crimen, nulla poena sine lege certa*, zgodnie z którą określenie przestępstwa i kary powinno charakteryzować się dostateczną precyzyjnością;

4) *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*, zgodnie z którą zabronione jest wsteczne działanie ustawy karnej w takim zakresie, w jakim pogarsza to sytuację sprawcy (zob. np. R. Dębski, *Pozaustawowe znamiona przestępstwa. O ustawowym charakterze norm prawa karnego i znamionach typu czynu zabronionego nie określonych w ustawie*, Łódź 1995, s. 19–20; A. Grześkowiak, *Nullum crimen, nulla*

poena sine lege anteriori [w:] *Prawa człowieka. Model prawny*, red. R. Wieruszewski, Wrocław–Warszawa–Kraków 1991, s. 506; A. Wąsek, *Kodeks...*, s. 19-20).

Wyłącznie ustawy w zakresie prawa karnego materialnego nie oznaczają, że ustawy te powinny być „zamknięte” w tym sensie, że wszelkie elementy czynów zabronionych muszą zostać wyczerpująco ustalone wprost na podstawie tekstu ustawy. W odniesieniu do typizacji przestępstw dopuszczalne jest bowiem odwoływanie się w przepisach do pewnych sformułowań ocennych (np. „ciężkie” uszkodzenie ciała, „silne” wzburzenie), pozostawiających orzekającemu organowi (sądowi) ostateczną decyzję o występowaniu lub nie zarzucanego czynu (zob. P. Sarnecki [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. L. Garlicki, t. III, Warszawa 2003, komentarz do art. 42, s. 5). W piśmiennictwie wyrażany jest również pogląd, że określając czyny zabronione pod groźbą kary ustawodawca nie może odwoływać się do innych systemów normatywnych, jako podstawy odpowiedzialności karnej, np. do zwyczaju, zasad współżycia społecznego, zasad uczciwego obrotu itd. (*ibidem*). Podobnie uznaje się, że ustawa powinna w sposób precyzyjny, niebudzący jakichkolwiek wątpliwości pozwolić na wskazanie czynu (zachowania zabronionego) i definiować wszystkie jego znamiona tworzące zarys typu przestępstwa (B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 229).

2. Wynikająca z art. 42 ust. 1 Konstytucji dyrektywa określoności przepisów karnych (represyjnych) była szeroko omawiana w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego. Przed wejściem w życie Konstytucji z 1997 r. Trybunał rekonstruował ją na podstawie ogólnych założeń klauzuli demokratycznego państwa prawnego. Przykładowo w postanowieniu z 13 czerwca 1994 r. (sygn. akt S 1/94) Trybunał wskazał, że przez dostateczną określoność należy rozumieć precyzyjne wyznaczenie dopuszczalnego zakresu ingerencji oraz trybu, w jakim podmiot ograniczony w swoich prawach i wolnościach może bronić się przed nieuzasadnionym naruszeniem jego dóbr osobistych. Podobnie w orzeczeniu z 19 czerwca 1992 r. (sygn. akt U 6/92) Trybunał podniósł, że przepisy prawne muszą stwarzać podmiotowi odpowiedzialności karnej możliwość uprzedniego i dokładnego rozeznania, jakie mogą być prawnokarne konsekwencje jego postępowania. Materialne elementy czynu uznanego za przestępny powinny być zdefiniowane w ustawie (zgodnie z konstytucyjną zasadą wyłączności ustawy)

w sposób kompletny, precyzyjny i jednoznaczny. Natomiast w wyroku z 26 listopada 2003 r. (sygn. akt SK 22/02) sąd konstytucyjny wskazał, że 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.

Istotne znaczenie mają również późniejsze wypowiedzi Trybunału Konstytucyjnego, w których sformułował on standardy określoności normy prawnokarnej.

W wyroku z 13 stycznia 2005 r. (sygn. akt P 15/02) Trybunał zaakcentował, że: „[F]akt niejednoznaczności przepisu i w związku z tym jego możliwej różnej interpretacji językowej, nie oznacza sam przez się, iż dokonanie właściwej wykładni jest niemożliwe (...) Zastosowanie wszystkich dostępnych metod wykładni prowadzi, bądź co najmniej może prowadzić, do powstania wielu wariantów normy prawnej, a zadaniem organu orzekającego jest zawsze wybór tego, który jest właściwy. Z punktu widzenia normy wyrażonej w art. 42 ust. 1 Konstytucji postawiony przepisowi zarzut nieokreśloności byłby więc zasadny wówczas, gdyby usankcjonowane praktyką sądową reguły interpretacyjne nie mogły, z uwagi na niejasność i nieprecyzyjność użytych w przepisie pojęć, bądź ich sekwencji, doprowadzić do jednoznacznej wykładni treści sankcjonowanej normy prawnej”. W przywołanym orzeczeniu Trybunał wyraził pogląd, zgodnie z którym osiągnięcie przez przepis (i w konsekwencji przez normę prawną) takiego stanu precyzji, aby jego stosowanie nie wymagało dokonywania przez sąd właściwej wykładni, nie jest w zasadzie możliwe, a co najmniej wymagałoby kazuistyki przekraczającej granice racjonalności.

W wyroku z 12 września 2005 r. (sygn. akt SK 13/05) Trybunał stwierdził, że konstytucyjny standard określoności przepisów prawnych w zakresie regulacji penalnej, jakkolwiek stawiający wyższe wymagania ustawodawcy, nie oznacza obowiązku jasności czy komunikatywności wyrażenia zakazu lub nakazu prawnego w stopniu absolutnym, wskazując także, że ani sama konieczność wykładni przepisu prawa, ani fakt posłużenia się odesłaniem (międzygałęziowym, np. do prawa podatkowego) w zakresie definiowania cech czynu nie przesądzają o niekonstytucyjnym przekroczeniu przez ustawodawcę standardu rzetelnej procedury, i to nawet jeśli chodzi o regulację penalną.

Z kolei w sprawie o sygn. akt P 13/02, badając zgodność z Konstytucją przepisów nienależących do gałęzi prawa represyjnego, Trybunał zaprezentował fundamentalny pogląd o przesłankach uznawania przepisu za niekonstytucyjny z powodu jego niejasności, w myśl którego: „Pozbawienie mocy obowiązującej określonego przepisu z powodu jego niejasności winno być traktowane jako środek ostateczny, stosowany dopiero wtedy, gdy inne metody usuwania skutków niejasności treści przepisu, w szczególności przez jego interpretację w orzecznictwie sądowym, okażą się niewystarczające. Z reguły niejasność przepisu powodująca jego niekonstytucyjność musi mieć charakter «kwalifikowany», przez wystąpienie określonych dodatkowych okoliczności z nią związanych, które nie mają miejsca w każdym przypadku wątpliwości co do rozumienia określonego przepisu. Dlatego tylko daleko idące, istotne rozbieżności interpretacyjne albo już występujące w praktyce, albo – jak to ma miejsce w przypadku kontroli prewencyjnej – takie, których z bardzo wysokim prawdopodobieństwem można się spodziewać w przyszłości, mogą być podstawą stwierdzenia niezgodności z Konstytucją określonego przepisu prawa. Ponadto skutki tych rozbieżności muszą być istotne dla adresatów i wynikać z niejednolitego stosowania lub niepewności co do sposobu stosowania. Dotykać one winny prawnie chronionych interesów adresatów norm prawnych i występować w pewnym nasileniu” (wyrok TK z 3 grudnia 2002 r., sygn. akt P 13/02, zob. również postanowienie TK z 27 kwietnia 2004 r., sygn. akt P 16/03, w którym Trybunał stwierdził, że brak dostatecznej precyzji jest samoistną podstawą orzeczenia niekonstytucyjności przepisu tylko wówczas, jeżeli nie jest możliwe ustalenie jego treści w drodze wykładni – w tym wykładni dokonywanej w praktyce sądowej; w takiej sytuacji orzeczenie stwierdzające niekonstytucyjność stanowi środek o charakterze *ultima ratio*).

V. Analiza zgodności

1. Zasada proporcjonalności

1. W świetle zarzutu pytającego sądu, ocena naruszenia zasady proporcjonalności wywodzonej z zasady demokratycznego państwa prawnego (art. 2 Konstytucji) odnosi się do ewentualnego przekroczenia przez ustawodawcę zakresu swobody co do intensywności represji uchwalanych przez niego regulacji. Jak

stwierdził Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 13 marca 2007 r. (sygn. akt K 8/07): „Zarzut braku proporcjonalności może bowiem opierać się także na naruszeniu tylko art. 2 Konstytucji (zarzut nierzetelnego, niezrozumiale intensywnego działania ustawodawcy, korzystającego ze swej swobody regulacyjnej) (...)”.

Wprowadzenie przez ustawodawcę przepisu karnego penalizującego dokonanie samowoli budowlanej wiąże się z przyznaniem szczególnej wagi dobrom chronionym przez ten przepis. Ochrona określonych dóbr prawnych stanowi bowiem podstawę do odpowiedniego ukształtowania i sformalizowania procedur budowlanych i w konsekwencji wprowadzenia przez ustawodawcę środków represji prawnokarnej w przypadku ich naruszenia. Jak wskazuje się w doktrynie prawa, dobrami prawnie chronionymi w przypadku art. 90 p.b. są m.in.: ład budowlany, bezpieczeństwo ludzi lub mienia, zasoby środowiska (A. Wiśniewski [w:] *Prawo...*, s. 379), a także właściwe warunki zdrowotne i użytkowe otoczenia (B. Kurzępa, *Prawo...*, s. 603).

2. Waga dóbr prawnych znajduje odzwierciedlenie w dotychczasowych, konsekwentnych działaniach ustawodawcy nakierowanych na ich ochronę (szerzej na temat uregulowań w poszczególnych aktach prawnych zob. m.in.: B. Kurzępa, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 25 czerwca 1996 r., sygn. V KKN 43/96*, „Prokuratura i Prawo” 1998, z. 1, s. 85-86).

Artykuł 399 rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 16 lutego 1928 r. o prawie budowlanym i zabudowie osiedli (Dz. U. Nr 23, poz. 202 ze zm.) wprowadzał sankcję w postaci kary aresztu do 3 miesięcy lub grzywny do 3.000 złotych dla tego, kto wznosi, przebudowuje, użytkuje lub znosi budynek albo inne urządzenie, bez pozwolenia, wymaganego przez przepisy tego rozporządzenia lub przepisy, wydane na jego podstawie.

W ustawie z dnia 31 stycznia 1961 r. – Prawo budowlane (Dz. U. Nr 7, poz. 46 ze zm.) samowolę budowlaną penalizowano na podstawie art. 80 ust. 1: „Kto przystępuje do budowy obiektu budowlanego bez wymaganego przepisami pozwolenia na budowę bądź zgłoszenia albo niezgodnie z warunkami takiego pozwolenia lub zgłoszenia – podlega karze aresztu do 1 roku lub karze grzywny do 50.000 zł albo obu tym karom łącznie”.

Z kolei zgodnie z art. 61 ust. 1 ustawy z dnia 24 października 1974 r. – Prawo budowlane (Dz. U. Nr 38, poz. 229 ze zm.): „Kto przystępuje do budowy lub

zbudował obiekt budowlany bez dopełnienia wymagań określonych ustawą lub przepisami wydanymi na jej podstawie albo zmienia bez zgody właściwego terenowego organu administracji państwowej sposób użytkowania obiektu budowlanego – podlega karze aresztu do 3 miesięcy albo karze grzywny do 2.500.000 zł”.

3. W realiach przedmiotowej sprawy istotne znaczenie ma fakt, że pytający sąd nie kwestionuje penalizacji samowoli budowlanej *in genere*. Jego zarzuty odnoszą się do nazbyt szerokiego katalogu stanów faktycznych, które mogą zostać objęte hipotezą normy prawnokarnej. Wobec powyższego należy przypomnieć, że: „Opis typu czynu zabronionego jest daleko posuniętą generalizacją i tym samym nie może uwzględniać indywidualnych cech konkretnego czynu. Te indywidualne cechy mają istotny wpływ na stopień społecznej szkodliwości danego czynu. Ustawowe zagrożenie odnosi się do abstrakcyjnie ujmowanego, wyobrażonego minimalnego i maksymalnego stopnia społecznej szkodliwości danego czynu zabronionego. Konkretny czyn mimo zrealizowania wszystkich znamion opisu typu czynu zabronionego może być społecznie szkodliwy w stopniu, który nie uzasadnia uznania go za przestępstwo” (W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2010, s. 174).

Pytający sąd zwraca uwagę, że na podstawie art. 90 p.b. penalizowane są czyny o diametralnie różnej społecznej szkodliwości. Badając zgodność kwestionowanej regulacji z art. 2 Konstytucji, należy zatem zwrócić uwagę na dwie okoliczności.

Po pierwsze, trzeba rozważyć zasadność samej decyzji kryminalizacyjnej podjętej przez ustawodawcę oraz sposób jej realizacji. Innymi słowy odwołać się do społecznej szkodliwości czynu w aspekcie abstrakcyjnym, która powinna stać za każdą decyzją kryminalizacyjną, albowiem jak zauważa się w doktrynie prawa: „Ustawodawca nie kreuje społecznej szkodliwości, tylko na rozpoznaną społeczną szkodliwość czynu reaguje” (*ibidem*, s. 301).

Po drugie, ocenić czy istniejące instrumentarium prawne stanowi wystarczające z punktu widzenia gwarancyjnej funkcji prawa karnego zabezpieczenie przed naruszeniem zasady proporcjonalności poprzez penalizację stanów faktycznych o znikomej bądź żadnej społecznej szkodliwości czynu (w jej ujęciu indywidualno-konkretnym).

4. Społeczna szkodliwość w ujęciu abstrakcyjnym „odnosi się do ujemnej zawartości danej kategorii zachowań (inaczej: płaszczyzny ustawowej określoności typu), gdzie wyraża je jedna z podstawowych zasad prawa karnego: *nullum crimen sine periculo sociali* – adresowana do ustawodawcy” (E. Plebanek, *Karygodność jako element struktury przestępstwa w perspektywie zasady proporcjonalności* [w:] *Zasada proporcjonalności w prawie karnym*, red. T. Dukiet-Nagórska, Warszawa 2010, s. 133). Kierowany do ustawodawcy postulat konkretyzuje się poprzez wskazanie, że: „Celem karania może być (...) wyłącznie ochrona konstytucyjnie chronionych wartości. (...) Konsekwencją tego twierdzenia będzie przyjęcie tezy, że racjonalny ustawodawca w państwie prawa nie może zabraniać, a tym bardziej kryminalizować zachowań, które nie prowadzą do niweczenia ujętych w ustawie zasadniczej celów i wartości, gdyż nie są niebezpieczne dla wyrażonych w niej wartości (*ibidem*, s. 137-138).

W świetle powyższego należy uznać, że decyzja o kryminalizacji samowoli budowlanej powinna zostać uznana za konstytucyjnie dopuszczalną. Jak wskazano, celem kwestionowanej regulacji jest ochrona istotnych dóbr prawnych takich jak np. bezpieczeństwo ludzi i mienia, dla których zagrożeniem może być nierespektowanie wymogów procesu budowlanego. Jednocześnie specyfika przepisów prawa karnego, a także regulowanej w art. 90 p.b. materii (zróznicowanie stosunków społecznych i przejawów działalności człowieka normowanej przez przepisy należące do gałęzi prawa budowlanego), nie pozwalają na kazuistyczne ani tym bardziej taksatywne wyliczenie stanów faktycznych w taki sposób, by jednoznacznie wykluczyć możliwość subsumcji tych z nich, które *in concreto* oceniane mogą być jako nieposiadające cechy społecznej szkodliwości bądź posiadające ją w stopniu na tyle niskim, że nie uzasadnia to ich kryminalizacji. Na marginesie należy przypomnieć, że istotnym komponentem normy prawnokarnej wyrażonej w art. 90 p.b. jest uchybienie formalnym wymogom takim jak np. uzyskanie pozwolenia na budowę, co sprawia że potencjalne podmioty represji prawnokarnej są zobowiązane do odpowiedniego zachowania na mocy innych przepisów, kształtujących procedury stosowane w procesie budowlanym.

5. Przechodząc na płaszczyznę społecznej szkodliwości w ujęciu indywidualno-konkretnym (rozumianej jako zawartą w strukturze przestępstwa

stopniowalną cechę zachowania spełniającego „model” czynu – zob. *ibidem*), należy przypomnieć, że zgodnie z art. 1 § 2 k.k.: „Nie stanowi przestępstwa czyn zabroniony, którego społeczna szkodliwość jest znikoma”. Zatem elementem struktury przestępstwa jest wyższy niż znikomy poziom społecznej szkodliwości czynu realizującego znamiona typu czynu zabronionego. Znikomy stopień szkodliwości społecznej czynu stanowi przesłankę umorzenia postępowania (zob. art. 17 § 1 pkt 3 w związku z art. 414 k.p.k.). Ustawodawca, prezentując w art. 115 § 2 k.k. okoliczności wpływające na ujemną zawartość czynu zabronionego, wskazał m.in. rodzaj i charakter naruszonego dobra, rozmiary wyrządzonej lub grożącej szkody, sposób i okoliczności popełnienia czynu, wprowadzając tym samym mechanizm korygujący kryminalizację zachowań atypowych lub bagatelnych. Ponadto należy przypomnieć, że określony stopień społecznej szkodliwości czynu (wyższy niż znikomy) warunkuje możliwość zastosowania innych instytucji przewidzianych w prawie karnym, takich jak: odstąpienie od wymierzenia kary (art. 59 § 1 k.k.) czy warunkowe umorzenie postępowania (art. 66 § 1 k.k.).

6. Jak już była o tym mowa, ustawodawcy przysługuje swoboda polityczna określania sankcji za naruszenie prawa (zob. wyrok TK z 30 listopada 2004 r., sygn. akt SK 31/04). Swoboda doboru środków prawnych obejmuje również instrumenty z zakresu prawa karnego (zgodnie ze stanowiskiem sądu konstytucyjnego: „Spoczywający na nim [ustawodawcy – uwaga własna] obowiązek dostatecznej ochrony wartości konstytucyjnych obliguje go do ustanowienia odpowiednich uregulowań, a ponadto – takich środków ochrony, które stworzą wystarczające gwarancje ich przestrzegania i egzekwowania. Gwarancje te zaś mogą mieć rozmaity charakter – cywilny, administracyjny, w ostateczności zaś również i karny” – wyrok TK z 9 października 2001 r., sygn. akt SK 8/00). Jak zauważa Trybunał: „Dobór właściwych środków zapobiegania i zwalczania przestępczości jest – w zasadzie – sprawą ustawodawcy (...), on bowiem w pierwszym rzędzie jest odpowiedzialny za realizację wskazanych w art. 5 Konstytucji celów państwa, do których należy także zapewnienie bezpieczeństwa obywateli, obejmującego także ochronę przed zamachami na ich godność, wolność i własność. Ingerencja Trybunału Konstytucyjnego w regulację tych środków byłaby uzasadniona, gdyby ustawodawca wprowadził takie kary, które ze względu na swój rodzaj lub wysokość musiałyby być oceniane jako naruszające postulat zachowania odpowiedniej proporcji między

reakcją prawną i wywołującym ją stanem faktycznym, wynikający z wyrażonego w końcowej części art. 2 Konstytucji nakazu urzeczywistniania sprawiedliwości w stosunkach społecznych” (wyrok TK z 30 października 2006 r., sygn. akt P 10/06).

Odnosząc się do zakresu swobody przyznanej ustawodawcy, Trybunał Konstytucyjny podkreślił, że: „Problem kształtowania prawnokarnej ochrony określonych praw i wolności gwarantowanych konstytucyjnie pozostawia dużo swobody ustawodawcy, w szczególności z tego powodu, iż stosowanie instrumentów ochrony karnej reglamentowane jest szeregiem zasad nie związanych bezpośrednio z faktem naruszenia określonych praw i wolności. Zasady te dotyczą w szczególności celów kary, a z tego powodu mają wyraźny charakter kryminalnopolityczny. Rozważania zaś na płaszczyźnie kryminalnopolitycznej stanowią domenę właściwą działalności ustawodawcy zwykłego” (wyrok TK z 28 maja 1997 r., sygn. akt K 26/96).

Ograniczeniem dla ustawodawcy w zakresie kryminalizacji jest wymóg proporcjonalności jego działań, albowiem przyznanie mu względnie dużej swobody w ustanawianiu sankcji, nie oznacza, że „ustawodawca ma pełną dowolność w sposobie kształtowania ochrony określonych praw i wolności podstawowych, w tym w sposobie ochrony prawnokarnej. Z punktu widzenia kryteriów konstytucyjnych ma to być ochrona dostateczna, proporcjonalna do wagi zagrożonych interesów. Wydanie takiej oceny wymaga jednak kompleksowej analizy całości środków prawnych, przewidzianych przez system prawa dla ochrony określonych praw podmiotowych” (*ibidem*). Z drugiej strony jednak, podejmując decyzję kryminalizacyjną, ustawodawca musi mieć na względzie, że: „Kryminalizacja stanowi z reguły środek najbardziej uciążliwy dla jednostki. Ustanowienie zakazu określonego zachowania pod groźbą kary jest dopuszczalne pod warunkiem, że nie istnieją inne skuteczne środki pozwalające osiągnąć określone skutki. Z zasady konieczności wynika zatem zasada subsydiarności prawa karnego, która nakazuje traktowanie kryminalizacji jako *ultima ratio*. Ustanowienie określonych sankcji karnych jest dopuszczalne tylko wtedy, gdy kary mniej surowe nie pozwalają osiągnąć określonych skutków” (wyrok TK z 30 października 2006 r., sygn. akt P 10/06).

Oceniając art. 90 p.b. pod kątem zgodności z art. 2 Konstytucji, należy zatem, zgodnie ze stanowiskiem Trybunału Konstytucyjnego, wykazać czy ta regulacja jest niezbędna dla ochrony i realizacji interesu publicznego, z którym jest związana, oraz czy jest efektywna i umożliwia osiągnięcie zamierzonych celów, jak również czy jej

efekty pozostają w odpowiedniej proporcji do ciężarów nakładanych na obywatela lub inny podmiot prawny (zob. wyrok TK z 16 lipca 2009 r., sygn. akt Kp 4/08). Mając na względzie katalog dóbr chronionych przez art. 90 p.b., a także, podkreślane w orzecznictwie Trybunału, doniosłe znaczenie sformalizowania procesu budowlanego (które co do zasady służyć ma zapewnieniu bezpieczeństwa prowadzonych inwestycji i robót, a także ochronie praw osób trzecich) należy uznać, że kwestionowana regulacja nie uchybia standardom zakreślonym przez Trybunał Konstytucyjny.

Po pierwsze, kwestionowany przepis związany jest z niedopełnieniem istotnych obowiązków i rygorów nakładanych na uczestników procesu budowlanego. Zapewnienie respektowania odpowiednich nakazów za pomocą sankcji, w tym sankcji prawa karnego, mieści się w przyznanej ustawodawcy swobodzie. Jak się wskazuje na gruncie rozważań dotyczących umieszczenia przepisu prawnokarnego w ustawie prawo budowlane zamiast w kodeksie karnym lub kodeksie wykroczeń: „nie można było dopuścić do tego, aby weszły w życie przepisy bez możliwości sankcjonowania przypadków ich nieprzestrzegania” (R. Dziwiński, P. Ziemiński, *Komentarz do art. 90 ustawy – Prawo budowlane*, LEX/el.). Mając na uwadze dobra chronione, które leżą u podstaw decyzji kryminalizacyjnej, należy uznać, że wprowadzenie jednolitej sankcji za niedochowanie stosownych obowiązków w zakresie procesu budowlanego (z czym mogą się wiązać istotne konsekwencje w zakresie m.in. bezpieczeństwa, praw osób trzecich) było niezbędne z punktu widzenia ochrony i realizacji interesu publicznego. W ocenie Trybunału Konstytucyjnego, w procesie budowlanym zarówno interes publiczny jak i interes indywidualny mają szczególny kształt, a interes publiczny wymaga troski zarówno o zapewnienie warunków należytego rozwoju budownictwa, jak i jego wysokiej jakości, uwzględnienie wymogów przestrzennego zagospodarowania terenu, spełnienie warunków architektonicznych i estetycznych, trwałości, a także zapewnienia bezpieczeństwa w czasie budowy, użytkowania i rozbiórki obiektów (zob. wyrok TK z 26 marca 2002 r., sygn. akt SK 2/01).

Po drugie, należy przyjąć, że 90 p.b. stanowi regulację efektywną z punktu widzenia zamierzonych przez ustawodawcę celów. Oceniając efektywność (przydatność) danej regulacji należy mieć na względzie, że ocena ta „obejmuje dwa ściśle ze sobą związane aspekty: przydatność kryminalizacji danego zachowania oraz przydatność danej sankcji karnej. Wymóg przydatności musi zostać spełniony

nie tylko przez zakaz określonego zachowania pod groźbą kary, ale również przez karę przewidzianą na wypadek naruszenia danego zakazu” (K. Wojtyczek, *Zasada proporcjonalności jako granica prawa karania*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 1999, z. 2, s. 37). W świetle powyższego za efektywną trzeba uznać sankcję zawartą w art. 90 p.b., albowiem katalog kar w nim przewidzianych obejmuje grzywnę, ograniczenie wolności oraz pozbawienie wolności. Kary przewidziane w przepisie zwiększają elastyczność przepisu i umożliwiają jego adekwatne stosowanie w zróżnicowanych stanach faktycznych. Ponadto należy mieć na uwadze, że obok funkcji represyjnej związanej z odpowiedzialnością indywidualnego podmiotu, sankcje karne pełnią również funkcję prewencyjną. Ochrona wartości usprawiedliwiających ograniczenie praw człowieka (w tym stosowanie sankcji karnych) może bowiem polegać na „oddziaływaniu na ogół adresatów norm prawnych (prewencja ogólna), a także na zabezpieczeniu społeczeństwa przed powtórным naruszeniem dobra prawnego przez konkretną osobę (prewencja indywidualna). Prewencja ogólna obejmuje nie tylko odstraszenie potencjalnych sprawców przestępstw (prewencja negatywna), ale również potwierdzenie obowiązywania normy społecznej zakazującej naruszania tego dobra i wzmacnianie hamulców u osób przestrzegających prawo (prewencja pozytywna)” (*ibidem*, s. 35).

Po trzecie, efekty regulacji przewidzianej w art. 90 p.b. pozostają w odpowiedniej proporcji do ciężarów nakładanych na obywatela lub inny podmiot prawny. Sankcja karna stanowi adekwatny (wobec dóbr prawnie chronionych) i elastyczny (z uwagi na zróżnicowanie kar) mechanizm zabezpieczenia dóbr prawnych.

7. Należy wreszcie przypomnieć, że jedną z podstawowych zasad obowiązujących w postępowaniu przed Trybunałem Konstytucyjnym jest zasada domniemania konstytucyjności ustawy (hierarchicznej zgodności ze wskazanymi wzorcami kontroli). Konsekwencją powyższego jest rozkład ciężaru dowodu w postępowaniu przed sądem konstytucyjnym. To na wnioskodawcy spoczywa obowiązek, jednoznacznego wykazania naruszenia przez zaskarżane przepisy postanowień Konstytucji. W orzeczeniu z 24 lutego 1997 r. Trybunał stwierdził, że: „Kontrola konstytucyjności ustaw przebiega w oparciu o domniemanie, że badane normy są zgodne z konstytucją [...]. Ciężar dowodu spoczywa na podmiocie kwestionującym zgodność ustawy z konstytucją i dopóki nie powoła on konkretnych

i przekonywających argumentów prawnych na rzecz swojej tezy, dopóty Trybunał Konstytucyjny uznawać będzie kontrolowane przepisy za konstytucyjne. W przeciwnym razie naruszeniu uległaby zasada kontradiktoryjności postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym, a Trybunał przekształciłby się w organ orzekający z inicjatywy własnej” (sygn. akt K 19/96; zob. też: wyroki TK z: 9 października 2001 r., sygn. akt SK 8/00; 24 października 2000 r., sygn. akt K 12/00; 16 września 2002 r., sygn. akt K 38/01; 29 października 2002 r., sygn. akt P 19/01; 10 grudnia 2002 r., sygn. akt K 27/02; 27 stycznia 2003 r., sygn. akt SK 27/02; 18 lutego 2003 r., sygn. akt K 24/02; 27 maja 2003 r., sygn. akt K 11/03; 5 listopada 2003 r., sygn. akt K 1/03; 31 maja 2005 r., sygn. akt K 27/04; 6 września 2005 r., sygn. akt K 46/04; 22 września 2005 r., sygn. akt Kp 1/05; 25 lipca 2006 r., sygn. akt K 30/04; 18 września 2006 r., sygn. akt K 27/05; 20 marca 2007 r., sygn. akt K 35/05 oraz postanowienie TK z 29 listopada 2001 r., sygn. akt P 8/01;).

Wobec powyższego wypada przypomnieć, że pytający sąd ograniczył swój zarzut do wskazania, że istnieją stany faktyczne, których szkodliwość społeczna jest żadna bądź znikoma, a które co do zasady wypełniają znamiona typu czynu zabronionego z art. 90 p.b. W szczególności, w kontekście naruszenia zasady proporcjonalności, pytający sąd nie wskazał czy są konieczne, a jeżeli tak to czy istnieją środki równie skuteczne, zmierzające do ochrony wymienianych dóbr prawnych.

8. Odnosząc się do zarzutu stosowania równolegle sankcji karnej z sankcjami o charakterze administracyjnym, należy podkreślić, że powyższy zarzut byłby zasadny w przypadku równoległego stosowania instrumentów o charakterze represyjnym (karnych i administracyjnych). W przeciwnym wypadku należy uznać, że sankcje administracyjne pełnią inne funkcje (mają autonomiczny charakter) i ich jednoczesne stosowanie z sankcjami karnymi nie wpływa na naruszenie zasady proporcjonalności.

Zgodnie ze stanowiskiem pytającego sądu, nakaz rozbiórki (art. 48, art. 49b p.b.), wstrzymanie postanowieniem prowadzenia robót budowlanych (art. 48, art. 49b, art. 50 ust. 1 pkt 1 i 2 p.b.), a także obowiązek uiszczenia opłaty legalizacyjnej (art. 49b ust. 4 i 5 p.b.) stanowią sankcje administracyjne stosowane równolegle z sankcją karną przewidzianą w art. 90 p.b.

Podstawowym problemem w kontekście zarzutu pytającego sądu jest konieczność wykazania, że na gruncie ustawy – Prawo budowlane dochodzi do podwójnego represjonowania tego samego podmiotu w tej samej sytuacji. Z tego względu niewystarczające jest ewentualne stwierdzenie, że w tej samej sytuacji stosuje się sankcje o charakterze administracyjnym i karnym. Wynika to z tego, że pojęcie „sankcja administracyjna” jest wieloznaczne i nie każdemu jej rodzajowi można przypisać charakter represyjny (zob. np. P. Przybysz, *Funkcje sankcji administracyjnych* [w:] *Sankcje administracyjne*, red. M. Stahl, R. Lewicka, M. Lewicki, Warszawa 2011, s. 161 i n.). Sygnalizując powyższą problematykę, należy wskazać, że pojęcie sankcji administracyjnej może być rozumiane na kilka sposobów (*ibidem*). Po pierwsze, jako aksjologicznie neutralna (tzn. mogąca przybierać postać zarówno dolegliwości jak i nagrody) konsekwencja naruszenia normy prawnej (zarówno w koncepcji trójczłonowej budowy normy prawnej jak i teorii norm sprzężonych). Po drugie, przez sankcję administracyjną można rozumieć negatywną reakcję ze strony państwa na niezastosowanie się do nakazu lub zakazu, także wynikającego bezpośrednio z normy prawa (sankcja stanowi środek oddziaływania na podmiot postępujący niezgodnie z ciążącymi na nim obowiązками). W świetle kolejnej koncepcji sankcja administracyjna stanowi element stosunku administracyjnoprawnego i jest konsekwencją zachowania się niezgodnego z jego treścią. Wreszcie sankcja administracyjna może być rozumiana jako prawna możliwość kształtowania przez organy administracji sytuacji prawnej innego podmiotu. Podobnie nie można wskazać jednej podstawowej funkcji sankcji administracyjnej. W doktrynie prawa akcentuje się przede wszystkim funkcje: represyjną (celem sankcji jest dolegliwość), restytucyjną (sankcja ma przywrócić zgodność rzeczywistości ze stanem pożądanym, wynikającym z normy prawa), motywacyjną, ochronną, redystrybucyjną, pomiaru wagi chronionego dobra.

Dla oceny niezgodności art. 90 p.b. z art. 2 Konstytucji niezbędne jest zatem wykazanie represyjnego charakteru nakazu rozbiórki, postanowienia o wstrzymaniu budowy lub opłaty legalizacyjnej.

9. Pośród instrumentów prawnych przewidzianych przez ustawę – Prawo budowlane środkiem najsilniej oddziałującym na sytuację prawną jednostki jest niewątpliwie nakaz rozbiórki. Pomimo to w orzecznictwie i doktrynie prawa jest on postrzegany przede wszystkim jako środek o charakterze restytucyjnym, a nie

represyjnym. W wyroku z 12 stycznia 1999 r. (sygn. akt P 2/98) Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że celem normy zawartej w art. 48 p.b. jest zapewnienie stanu zgodności z prawem („[R]ównież, a może przede wszystkim, w aspekcie generalnej prewencji”). Trybunał rozwinął swoje stanowisko na ten temat (odnośnie do restytucyjnego charakteru nakazu rozbiórki) w wydanym w pełnym składzie wyroku z 26 marca 2002 r. (sygn. akt SK 2/01), wskazując, że: „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”. Innymi słowy nakaz rozbiórki, traktowany jako mechanizm restytucyjny, „[n]ie jest «dodatkową karą», ale środkiem nadzoru rozumianym jako instytucja materialnego prawa administracyjnego, gwarantująca poszanowanie porządku prawnego i przywrócenie stanu zgodnego z prawem”.

Na restytucyjny charakter nakazu rozbiórki zwraca uwagę Naczelny Sąd Administracyjny. Przykładowo w wyroku z 17 kwietnia 2000 r. stwierdził, że art. 48 p.b. „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” (sygn. akt IV SA 394/98). Powyższy pogląd stanowi element ugruntowanej linii orzeczniczej NSA (zob. m. in. wyroki z: 24 czerwca 2004 r., sygn. akt OSK 375/04; 17 marca 2005 r., sygn. akt OSK 1450/04; 1 lutego 2006 r., sygn. akt II OSK 481/05; 11 kwietnia 2007 r., sygn. akt II OSK 607/06; 8 października 2007 r., sygn. akt II OSK 1318/06; 11 stycznia 2008 r., sygn. akt II OSK 1834/06; 24 stycznia 2008 r., sygn. akt II OSK 1927/06; 15 lutego 2008 r., sygn. akt II OSK 32/07; 19 czerwca 2008 r., sygn. akt II OSK 675/07; 16 lutego 2009 r., sygn. akt II OSK 177/08; 3 lutego 2010 r., sygn. akt II OSK 234/09; 10 lutego 2010 r., sygn. akt II OSK 283/09; 23 kwietnia 2010 r., sygn. akt II OSK 708/90; 24 sierpnia 2010 r., sygn. akt II OSK 1320/09).

Analogiczny pogląd prezentuje doktryna prawa. Jak wskazuje S. Serafin: „[W]ymierzana przez sąd kara za popełnienie czynu zabronionego funkcjonuje odrębnie od skutków podjętych rozstrzygnięć w przeprowadzonym postępowaniu administracyjnym. Dlatego nie należy np. orzekanego w drodze decyzji

administracyjnej nakazu rozbiórki samowolnie wykonanego obiektu budowlanego lub jego części, jako środka mającego na celu przywrócenie stanu zgodnego z prawem, utożsamiać z konsekwencjami karnoprawnymi za popełnienie czynu zabronionego” (S. Serafin, *Prawo...*, s. 507).

10. Podobnie, wykazania ewentualnego represyjnego charakteru wymaga postanowienie nakazujące wstrzymanie prowadzenie robót budowlanych.

Zgodnie z art. 48 ust. 2 p.b., jeżeli budowa jest zgodna z przepisami o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym, a w szczególności z ustaleniami obowiązującego miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego albo ustaleniami ostatecznej decyzji o warunkach zabudowy i zagospodarowania terenu, w przypadku braku obowiązującego miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego, a także nie narusza przepisów, w tym techniczno-budowlanych, w zakresie uniemożliwiającym doprowadzenie obiektu budowlanego lub jego części do stanu zgodnego z prawem – właściwy organ wstrzymuje postanowieniem prowadzenie robót budowlanych. W postanowieniu nakazującym wstrzymanie prowadzenia robót budowlanych ustala się wymagania dotyczące niezbędnych zabezpieczeń budowy oraz nakłada obowiązek przedstawienia, w wyznaczonym terminie, dokumentów określonych w art. 48 ust. 3 p.b. Dalszy przebieg postępowania legalizacyjnego uwarunkowany jest przedłożeniem w wyznaczonym czasie wskazanych dokumentów. W przypadku ich braku aktualizuje się obowiązek organu do nakazania rozbiórki obiektu budowlanego. Z kolei po dochowaniu ustawowych przesłanek i przedłożeniu dokumentów organ prowadzi dalsze postępowanie, którego zwieńczeniem jest zatwierdzenie projektu budowlanego, udzielenie pozwolenia na wznowienie robót budowlanych oraz ustalenie w drodze postanowienia wysokości opłaty legalizacyjnej.

W analogicznym trybie wydaje się postanowienie o wstrzymaniu prowadzenia robót budowlanych w przypadku ich prowadzenia bez wymaganego zgłoszenia bądź pomimo wniesienia sprzeciwu przez właściwy organ (art. 49b p.b.).

Wstrzymanie postanowieniem prowadzenia robót budowlanych przewiduje również art. 50 ust. 1 pkt 1 i 2 p.b., na podstawie którego – w przypadkach innych niż określone w art. 48 ust. 1 lub w art. 49b ust. 1 p.b. – właściwy organ wstrzymuje postanowieniem prowadzenie robót budowlanych wykonywanych: bez wymaganego pozwolenia na budowę albo zgłoszenia lub w sposób mogący spowodować

zagrożenie bezpieczeństwa ludzi lub mienia bądź zagrożenie środowiska. Zgodnie z art. 50 ust. 4 p.b., postanowienie o wstrzymaniu robót budowlanych traci ważność po upływie 2 miesięcy od dnia doręczenia, chyba że w tym terminie zostanie wydana decyzja, o której mowa w art. 50a pkt 2 albo w art. 51 ust. 1 p.b. Na podstawie art. 51 ust.1 p.b. organ może, po nakazaniu wstrzymania prowadzenia robót budowlanych, nakazać zaniechanie dalszych robót budowlanych bądź rozbiórkę obiektu budowlanego lub jego części, bądź doprowadzenie obiektu do stanu poprzedniego (art. 51 ust. 1 pkt 1 p.b.); nałożyć obowiązek wykonania określonych czynności lub robót budowlanych w celu doprowadzenia wykonywanych robót budowlanych do stanu zgodnego z prawem, określając termin ich wykonania (art. 51 ust. 1 pkt 2 p.b.) lub w przypadku istotnego odstąpienia od zatwierdzonego projektu budowlanego lub innych warunków pozwolenia na budowę – nałożyć, określając termin wykonania, obowiązek sporządzenia i przedstawienia projektu budowlanego zamiennego, uwzględniającego zmiany wynikające z dotychczas wykonanych robót budowlanych oraz – w razie potrzeby – wykonania określonych czynności lub robót budowlanych w celu doprowadzenia wykonywanych robót budowlanych do stanu zgodnego z prawem (art. 51 ust. 1 pkt 3 p.b.).

Z kolei zgodnie z art. 50a p.b., w przypadku wykonywania robót budowlanych – pomimo wstrzymania ich wykonywania postanowieniem o którym mowa w: (b) art. 48 ust. 2 oraz w art. 49b ust. 2 p.b. – organ nakazuje, w drodze decyzji, rozbiórkę obiektu budowlanego lub jego części; (b) art. 50 ust. 1 p.b. – organ nakazuje, w drodze decyzji, rozbiórkę części obiektu budowlanego wykonanego po doręczeniu postanowienia albo doprowadzenie obiektu budowlanego do stanu poprzedniego.

W świetle zaprezentowanych regulacji, należy zatem uznać, że wstrzymanie prowadzenia robót budowlanych nie jest instytucją represyjną. Stanowi ono jeden z mechanizmów o charakterze tymczasowym, którego stosowanie związane jest z -mówiąc w pewnym uproszczeniu - następczym wydaniem nakazu rozbiórki lub legalizacją prowadzonych robót budowlanych.

11. W dalszej kolejności należy zbadać charakter przewidzianej w art. 48 i art. 49b p.b. opłaty legalizacyjnej. W doktrynie prawa i orzecznictwie brak jednolitego stanowiska w tej kwestii. Z jednej strony można spotkać pogląd o jej represyjnym

charakterze, z drugiej zaś traktowana jest jako instytucja, która nie statuuje kary administracyjnej.

Jak zauważa Z. Niewiadomski, opłata legalizacyjna „jest *sui generis* karą za niedopełnienie obowiązku prawem przewidzianego, tj. braku pozwolenia na budowę” (Z. Niewiadomski [w:] *Prawo budowlane. Komentarz*, red. Z. Niewiadomski, Warszawa 2007, s. 524; por. też D. Szumiło-Kulczycka, *Prawo administracyjno-karne*, Zakamycze 2004, s. 130, gdzie opłata legalizacyjna została uznana za jedną z pieniężnych kar administracyjnych). Zdaniem R. Godlewskiego: „[O]płata ta jest swoistego rodzaju sankcją za dokonanie zalegalizowanej samowoli budowlanej, podkreślającą negatywny charakter i ocenę samowoli” (R. Godlewski [w:] *Prawo budowlane z umowami w działalności inwestycyjnej. Komentarz*, red. H. Kisilowska, Warszawa 2008, s. 221). Najdalej idące uwagi prezentuje P. Burzyński, który - podkreślając znaczną wysokość opłaty legalizacyjnej oraz brak jej uzasadnienia w koniecznych działaniach organów administracji – stwierdza, że opłata legalizacyjna stanowi typową sankcję karną za niedochowanie posłuszeństwa nakazowi prawa wymagającemu uzyskanie stosownego pozwolenia (lub dokonanie zgłoszenia) na rozpoczęcie prac budowlanych. Zdaniem przywołanego autora: „Pełni ona wyłącznie funkcję represyjną, zaś stopień jej dolegliwości jest znaczny. Należy przy tym wskazać, że analizowana sankcja nie znajduje uzasadnienia w funkcjach i celach typowych dla dziedziny prawa administracyjnego (sankcje administracyjne). W wyniku zastosowania przedmiotowej sankcji dochodzi bowiem do nałożenia nowego, wcześniej nieistniejącego obowiązku – obowiązku zapłaty określonej kwoty pieniężnej. Celem tej sankcji nie jest uchylenie niebezpieczeństwa dla określonych dóbr prawnych (obiekt budowlany jest zgodny z wymaganiami materialnego prawa administracyjnego), jak również celem nie jest przywrócenie stanu zgodności z prawem – inna bowiem sankcja – sankcja rozbiórki obiektu budowlanego w razie niepodjęcia działań prawem wymaganych realizuje powyższy cel w sposób niewątpliwie wystarczający (podmiot niepodjęający działań mających na celu «legalizację» samowoli budowlanej musi liczyć się z tym, że organ państwowy zastosuje wobec niego sankcję rozbiórki obiektu budowlanego). Ponadto nałożenie opłaty legalizacyjnej nie jest związane z dopełnieniem wymaganych prawem formalności. Opłata jest ustalana właśnie w razie podjęcia tych czynności. Nie istnieje możliwość uchylenia przedmiotowej sankcji. W istocie rzeczy opłata legalizacyjna jest typową sankcją karną realizującą cele represyjne, a funkcją tej sankcji jest

odstraszenie innych podmiotów od prowadzenia robót budowlanych bez wymaganego prawem pozwolenia lub zgłoszenia (P. Burzyński, *Ustawowe określenie sankcji karnej*, Warszawa 2008, s. 75). Konkluzją przytoczonego wyводу jest uznanie, że w świetle art. 90 p.b. dochodzi do sytuacji, w której podmiot prowadzący roboty budowlane bez wymaganego pozwolenia lub zgłoszenia zostaje dwukrotnie pociągnięty do odpowiedzialności o charakterze represyjnym.

Teza o braku represyjnego charakteru opłaty legalizacyjnej lub o jej ubocznym skutku represyjnym (nie wpływającym jednak na istotę opłaty) jest prezentowana w orzecznictwie sądów administracyjnych.

W wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Lublinie z 14 grudnia 2004 r. (sygn. akt II SA/Lu 457/04) wskazano, że: „Na gruncie całościowej interpretacji tej instytucji [opłaty legalizacyjnej – uwaga własna] można jedynie wskazać, iż stanowić ma ona łagodniejszą z punktu widzenia finalnych skutków takiej inwestycji formę reakcji organu nadzoru budowlanego. Jej efektem jest umożliwienie pozostawienia samej inwestycji (jej materialnego substratu) pod warunkiem spełnienia wyznaczonych przez organów obowiązków w postaci uiszczenia określonej sumy pieniężnej, stanowiącej, zwłaszcza od strony psychologicznej, rodzaj sankcji (kary, represji) w związku z niezastosowaniem się do wymogów ustawowych. Instytucja ta została jednocześnie unormowana w ten sposób, że stanowi rodzaj rozwiązania alternatywnego w stosunku do podstawowej konsekwencji realizacji inwestycji bez pozwolenia na budowę, jaką pozostaje na gruncie art. 48 ustawy Prawo budowlane nakaz rozbioru obiektu wybudowanego bez wspomnianego pozwolenia na budowę”. Jednocześnie, odnosząc się do funkcji opłaty legalizacyjnej, WSA w Lublinie podkreślił, że: „[S]am charakter instytucji prawnej, wynikający z przepisów prawnych, zawiera element sankcji, z którą odczucie represyjności można wiązać, ale która nie jest ani konsekwencją wyłączną ani też konsekwencją najostrejszą z punktu widzenia skutków niezastosowania przepisów ustawy”.

Na niepenalny charakter opłaty legalizacyjnej wskazuje Wojewódzki Sąd Administracyjny w Lublinie w wyroku z 25 stycznia 2005 r. (sygn. akt II SA/Lu 860/04), który stwierdza, iż: „[O]płata legalizacyjna nie jest karą, ponieważ postępowanie legalizacyjne, w toku którego zapada postanowienie ustalające taką opłatę stwarza dla strony możliwość odstąpienia od nakazania rozbioru samowolnie wybudowanego obiektu budowlanego, z której ma ona prawo, a nie obowiązek

skorzystać” (por. wyrok WSA w Lublinie z 18 lutego 2010 r., sygn. akt II SA/Lu 669/09; wyrok WSA w Bydgoszczy z 4 listopada 2010 r., sygn. akt II SA/Bd 336/10; wyrok WSA w Gdańsku z 9 marca 2011 r., sygn. akt II SA/Gd 778/10). Analogicznie argumentuje WSA w Białymstoku: „[W]drożenie procedury legalizacyjnej nie ma charakteru obligatoryjnego, jest to jedynie alternatywa wobec bezwzględnego nakazu rozbiórki samowolnie wybudowanego obiektu budowlanego. Inwestor nie ma przymusu uiszczenia opłaty legalizacyjnej, niemniej jednak w przypadku jej nieziszczenia musi liczyć się ze skutkami określonymi w treści art. 49 ust. 3 zdanie 2 ustawy prawo budowlane, a konkretnie z tym, że organ wyda decyzję o rozbiórce obiektu budowlanego. (...) Opłata legalizacyjna nie jest karą a jej uiszczenie jest bezwzględnym warunkiem legalizacji obiektu budowlanego zrealizowanego bez wymaganego prawem pozwolenia na budowę” (wyrok WSA w Białymstoku z 23 maja 2006 r., sygn. akt II SA/Bk 23/06). Innymi słowy: „Opłata legalizacyjna nie jest karą, ponieważ postępowanie legalizacyjne, w toku którego zapada postanowienie ustalające taką opłatę daje stronie możliwość uniknięcia nakazu rozbiórki samowolnie wybudowanego obiektu budowlanego – strona ma więc wyłącznie prawo, a nie obowiązek skorzystania z procedury legalizacyjnej. Ponadto należy wyjaśnić, że o ile strona może skorzystać z procedury legalizacyjnej, o tyle organ nadzoru budowlanego w każdym wypadku stwierdzenia samowoli budowlanej ma obowiązek badać czy konkretna inwestycja jest zgodna z obowiązującymi przepisami i jeśli tak, organ ma obowiązek stworzyć stronie możliwość jej zalegalizowania, a więc wszcząć procedurę legalizacyjną, która obejmuje w szczególności ustalenie wysokości opłaty legalizacyjnej” (wyrok WSA w Lublinie z 24 lutego 2011 r., sygn. akt II SA/Lu 27/11). Na nieobligatoryjny charakter postępowania legalizacyjnego zwraca uwagę również Naczelny Sąd Administracyjny, wskazując, że: „[N]akaz rozbiórki obiektu może być orzeczony dopiero wówczas, gdy okaże się, że nie ma prawnych możliwości jego legalizacji, z tym że oczywiście legalizacja samowoli budowlanej nie jest obowiązkiem, a uprawnieniem inwestora” (wyrok NSA z 20 stycznia 2009 r., sygn. akt II OSK 1879/07).

Pogłębioną argumentację na rzecz powyższego stanowiska zaprezentował Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie w wyroku z 21 stycznia 2010 r. (sygn. akt VII SA/Wa 1921/09). Punktem wyjścia dla rozważań sądu administracyjnego był fakultatywny charakter uiszczenia opłaty legalizacyjnej przez podmiot dokonujący samowoli budowlanej. Zdaniem sądu: „Może on bowiem [wspomniany podmiot

dokonujący samowoli budowlanej – uwaga własną] podporządkować się wynikom postępowania legalizacyjnego, wnieść opłatę i zachować oraz użytkować wybudowany obiekt jako odpowiadający wymaganiom prawa albo też zakwestionować wynik takiego postępowania przez złożenie zażalenia na postanowienie ustalające wysokość opłaty legalizacyjnej”. Zatem: „Postanowienie o ustaleniu opłaty legalizacyjnej doprowadza postępowanie legalizacyjne do stadium, w którym adresat uzyskuje możliwość wyboru co do jego dalszego biegu. W przypadku nieuiszczenia w terminie opłaty legalizacyjnej, po ustaleniu, że doszło do samowolnego wzniesienia obiektu, organ winien wydać decyzję nakazującą jego rozbiórkę na podstawie art. 48 Prawa budowlanego. Uwolnić się od tego sposobu przywrócenia porządku prawnego, adresat postanowienia może tylko w przypadku zapłaty opłaty legalizacyjnej w terminie”. Zdaniem sądu administracyjnego prowadzi to do konkluzji, że „ustalenie opłaty legalizacyjnej nie jest środkiem represyjnym w ścisłym tego słowa znaczeniu, ani też nie ma charakteru kary administracyjnej, jest natomiast środkiem do przywrócenia (restytucji) porządku prawnego wynikającego z Prawa budowlanego”. Opłata legalizacyjna, która podobnie jak nakaz rozbiórki obiektu budowlanego jest instytucją o charakterze restytucyjnym „ma więc do spełnienia zupełnie inną funkcję niż kara administracyjna”. Zdaniem sądu, pomimo pewnych podobieństw w warstwie techniczno-organizacyjnej kara administracyjna i opłata legalizacyjna stanowią dwie całkowicie odmienne instytucje. Podobieństwa te przejawiają się zwłaszcza w nakazie odpowiedniego stosowania przepisów o karach administracyjnych. Zgodnie z art. 49 ust. 2 p.b. (regulującego legalizację samowoli budowlanej dokonanej bez wymaganego pozwolenia na budowę): do opłaty legalizacyjnej stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące kar, o których mowa w art. 59f ust. 1 p.b., z tym że stawka opłaty podlega pięćdziesięciokrotnemu podwyższeniu. Z kolei zgodnie z art. 49b ust. 5 p.b. (legalizacja samowoli budowlanej dokonanej bez wymaganego prawem zgłoszenia bądź pomimo wniesienia sprzeciwu przez właściwy organ) odpowiednie zastosowanie ma art. 59g p.b. Rozpatrując *in casu* zakres odpowiedniego stosowania przepisów dotyczących kar administracyjnych do instytucji opłaty legalizacyjnej, sąd administracyjny odwołał się do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 22 września 2009 r. (sygn. akt SK 3/08): „[T]rybunał Konstytucyjny rozważając wątpliwości co do charakteru prawnego kar pieniężnych wymierzanych na podstawie art. 57 Prawa budowlanego (...) wskazał, że cechą kary administracyjnej jest to, że może ona zostać nałożona zarówno na

osobę fizyczną, jak i na osobę prawną, stosowana jest automatycznie, z tytułu odpowiedzialności obiektywnej i ma przede wszystkim znaczenie prewencyjne. Cechy, które przypisuje Trybunał Konstytucyjny karze administracyjnej orzekanej na podstawie art. 57 Prawa budowlanego nie mają żadnego odniesienia do instytucji opłaty legalizacyjnej, ponieważ nie jest ona stosowana automatycznie, gdyż podmiot, który dopuścił się samowoli budowlanej, dokonuje wyboru w toku postępowania legalizacyjnego co do sposobu usunięcia skutków tej samowoli. Wybór ten dokonuje się przez faktyczne wykonanie postanowienia o wstrzymaniu prowadzenia robót budowlanych przez przedłożenie po myśli art. 48 ust. 5 dokumentów, o których mowa w art. 48 ust. 3 Prawa budowlanego. Przedłożenie dokumentów niezbędnych do legalizowania obiektu, co przecież zależy od decyzji sprawcy samowoli, przepis art. 48 ust. 5 Prawa budowlanego traktuje jak złożenie wniosku o pozwolenie na zakończenie robót”.

Na temat opłaty legalizacyjnej wypowiadał się również Trybunał Konstytucyjny. W wyroku z 21 września 2009 r. (sygn. akt P 46/08) sąd konstytucyjny wskazał, że zalegalizowanie samowoli budowlanej jest możliwe w przypadku łącznego spełnienia trzech kategorii przesłanek: materialnych, formalnych i fiskalnych. Spełnienie przesłanek materialnych uzależnione jest od „zgodności budowy z przepisami o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym, a w szczególności z ustaleniami obowiązującego miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego albo, w przypadku jego braku, z ostateczną, w dniu wszczęcia postępowania, decyzją o warunkach zabudowy i zagospodarowania terenu oraz nienaruszania przepisów, w tym techniczno-budowlanych; w przeciwieństwie do legalizacji samowoli wybudowanych bez pozwolenia na budowę spełnienie warunków wypadku procedury ujętej w art. 49b prawa budowlanego musi być bezwzględne (nie ma możliwości zalegalizowania samowoli budowlanej pod warunkiem doprowadzenia robót budowlanych do stanu zgodnego z prawem)”. Wypełnienie przesłanek formalnych wymaga „przedłożenia przez inwestora w terminie 30 dni tych samych dokumentów, które powinien on załączyć do zgłoszenia, a także projektu zagospodarowania działki lub terenu oraz zaświadczenia wójta, burmistrza albo prezydenta miasta o zgodności budowy z ustaleniami obowiązującego miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego (dalej: zaświadczenie) albo ostatecznej, w dniu wszczęcia postępowania, decyzji o warunkach zabudowy i zagospodarowania terenu,

w przypadku braku obowiązującego planu zagospodarowania przestrzennego (art. 49b ust. 2 prawa budowlanego)”. Przesłanki fiskalne polegają na zapłaceniu „określonej przez właściwy organ w drodze postanowienia tzw. opłaty legalizacyjnej”. Jak konkluduje Trybunał: „Jeżeli powyższe warunki są spełnione, właściwy organ wydaje postanowienie o zezwoleniu na dokończenie budowy, uchylające wydane wcześniej postanowienie o wstrzymaniu prowadzenia robót budowlanych (por. art. 49b ust. 2 i 6 prawa budowlanego)”. W zaprezentowanym ujęciu opłata legalizacyjna traktowana jest zatem jako jeden z równoważnych elementów procedury legalizacji samowoli budowlanej. Innymi słowy: „Uiszczenie opłaty legalizacyjnej kończy procedurę legalizacyjną w trybie art. 49b Prawa budowlanego” (wyrok WSA w Warszawie z 6 marca 2006 r., sygn. akt VII SA/Wa 1541/05). Trybunał Konstytucyjny zauważa jednocześnie, że: „Dokonanie legalizacji nie wyklucza przy tym ukarania za popełnienie samowoli budowlanej na podstawie art. 90 prawa budowlanego”, a „[p]opełniona przez nich [osoby dokonujące samowoli – uwaga własna] samowola budowlana powoduje wszczęcie odpowiedzialności w trybie administracyjnym, skutkującej m.in. nałożeniem opłaty legalizacyjnej lub wydaniem decyzji o rozbiórce (por. jednak teza o restytucyjnym, a nie represyjnym celu postępowania rozbiórkowego, wyrażona w powołanym wyroku o sygn. SK 2/01 w ślad za wyrokiem NSA z 17 kwietnia 2000 r., sygn. akt IV SA 394/98, OSP z. 7-8/2001, poz. 107) i karnym (na podstawie art. 90 prawa budowlanego)”.

Za ujęciem opłaty legalizacyjnej jako jednego z etapów postępowania legalizacyjnego, a nie środka represji, przemawia również regulacja zawarta w art. 49a p.b, dotycząca zwrotu opłaty legalizacyjnej. Mianowicie, w przypadku uchylecia w postępowaniu odwoławczym decyzji o zatwierdzeniu projektu budowlanego (o której mowa w art. 49 ust. 4 p.b.) i wydaniu decyzji o nakazie rozbiórki, opłata legalizacyjna podlega zwrotowi.

Jak wynika z zaprezentowanych poglądów doktryny prawa i orzecznictwa charakter opłaty legalizacyjnej nie jest jednoznaczny, aczkolwiek przeważająca część stanowisk skłania się do tezy o restytucyjnej, a nie represyjnej naturze tej instytucji. Z pewnością nie można też bez zastrzeżeń i nie dających się usunąć wątpliwości – jak oczekiwałby pytający sąd – zakwalifikować opłaty legalizacyjnej do kategorii sankcji administracyjnych o charakterze represyjnym. Stąd, zdaniem Sejmu, w wypadku uiszczenia opłaty legalizacyjnej oraz wszczęcia postępowania karnego na podstawie art. 90 p.b. nie dochodzi do podwójnego ukarania sprawcy samowoli

budowlanej, co ewentualnie mogłoby przesądzić o niekonstytucyjności zaskarżonego przepisu.

Ocena, czy dana sankcja (instytucja) administracyjna ma charakter represyjny, była dokonywana przez Trybunał Konstytucyjny *a casu ad casum*. Trybunał przyjmował m.in. surowość i nieodwracalność za jedne z wyznaczników represyjnego charakteru takiej sankcji (zob. A. Błachnio-Parzych, *Sankcja administracyjna a sankcja karna w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego oraz Europejskiego Trybunału Praw Człowieka* [w:] *Sankcje administracyjne*, red. M. Stahl, R. Lewicka, M. Lewicki, Warszawa 2011 r., s. 658 i n. wraz z przywoływanym orzecznictwem). Wskazywał również, że o represyjnym charakterze sankcji administracyjnej decyduje jej cel. W sprawie, w której przedmiotem orzekania Trybunału było jednoczesne stosowanie sankcji administracyjnej (kary pieniężnej) i systemu punktowego karania kierowców dopuszczających się naruszeń przepisów ruchu drogowego, sąd konstytucyjny stwierdził, że o tym czy dana sankcja jest ze swej istoty karna czy administracyjna decyduje jej represyjny bądź też prewencyjny i profilaktyczny charakter (wyrok TK z 14 października 2009 r., sygn. akt Kp 4/09 wraz ze zdaniem odrębnym sędziego Z. Cieślaka, który stwierdził, że: „[C]elem wprowadzenia punktowej oceny naruszeń przepisów ruchu drogowego jest przede wszystkim – jak zauważył sam Trybunał – «przeciwdziałanie powtarzającym się naruszeniom dopuszczalnych prędkości», a tym samym dążenie do zapewnienia bezpieczeństwa ruchu drogowego. Zatem celem tym nie jest odpłata za dokonany czyn [wyrządzenie dolegliwości sprawcy], czemu mają służyć przede wszystkim sankcje o charakterze karnym. Tutaj przeważają elementy profilaktyki i prewencji”; zob. też wyrok TK z 5 maja 2009, sygn. akt P 64/07).

W wyroku z 18 listopada 2010 r. (sygn. akt P 29/09) Trybunał Konstytucyjny uznał, że sankcję administracyjną o charakterze represyjnym stanowi opłata dodatkowa wymierzana za nieopłacenie lub opłacenie w zaniżonej wartości składek na ubezpieczenie społeczne lub innych składek pobieranych przez ZUS. Należy jednak zauważyć, że na ocenę opłaty dodatkowej jako środka represyjnego mógł mieć wpływ jej fakultatywny charakter, jako środka wymierzanego – zgodnie z *ratio legis* przepisu – w konsekwencji „zawinionego” nieopłacenia lub opłacenia w zaniżonej wartości należnych składek (zob. przywoływany przez Trybunał wyrok SN z 20 maja 2004 r., sygn. akt II UK 403/03). W wypadku opłaty legalizacyjnej fakultatywność nie występuje po stronie organu wymierzającego opłatę, ale

podmiotu, który może zdecydować o jej uiszczeniu lub poddaniu się nakazowi rozbiórki będącemu konsekwencją samowolnego prowadzenia robót budowlanych.

Należy zatem uznać, że funkcja prewencyjna opłaty legalizacyjnej stanowi *ratio* funkcjonowania tej instytucji w porządku prawnym, a sama opłata legalizacyjna nie ma charakteru represji (odpłaty).

13 Reasumując powyższe uwagi trzeba podkreślić, że podmiot dokonujący samowoli budowlanej nie jest zobligowany do poniesienia opłaty legalizacyjnej. Może on dokonać wyboru i przywrócić stan zgodności z prawem naruszony samowolą budowlaną przez poddanie się nakazowi rozbiórki. Należy także przypomnieć, że zgodnie ze stanowiskiem Trybunału Konstytucyjnego dokonanie legalizacji nie wyklucza pociągnięcia sprawcy samowoli do odpowiedzialności z art. 90 p.b. (zob. wyrok TK z 21 września 2009 r., sygn. akt P 46/08).

14. Konkludując ten wątek rozważań, należy stwierdzić, że regulacje zawarte w przepisach, do których odsyła art. 90 p.b., nie mają na celu represji, a jedynie doprowadzenie do stanu zgodności z prawem poprzez restytucję lub legalizację.

15. Biorąc powyższe pod uwagę należy uznać, że art. 90 p.b. **jest zgodny** z zasadą proporcjonalności wywodzoną z art. 2 Konstytucji.

2. Zasada określoności przepisu karnego

1. Pytający sąd argumentuje, że art. 90 p.b. narusza wyrażoną w art. 42 ust. 1 w związku z art. 2 Konstytucji zasadę ustawowego opisu czynu zabronionego i związanych z nią warunków należytej określoności przepisów prawa karnego. Wymaga zatem wykazania, czy uznane metody wykładni pozwalają na jednoznaczne odczytanie normy prawnokarnej wyrażonej w art. 90 p.b.

2. Punktem wyjścia do rozważań w powyższej kwestii można uczynić katalog dóbr chronionych przez art. 90 p.b. W ocenie Sejmu są to m.in. bezpieczeństwo, a także porządek i ład architektoniczny. W tym kontekście nieprawidłowa wydaje się metoda wykładni dopuszczająca stosownie sankcji zawartej w art. 90 p.b. tylko do prowadzenia robót budowlanych po właściwej reakcji organu administracji, np.

wydaniu nakazu rozbiórki. Do naruszenia bądź narażenia na niebezpieczeństwo dobra prawnego dochodzi bowiem (lub może dojść) nie tylko w przypadku kontynuowania robót budowlanych wbrew stanowisku organu, ale również w przypadku samowolnego ich rozpoczęcia. Wydanie pozwolenia na budowę poprzedzone jest badaniem przez organ administracji szeregu czynników. Przykładowo, zgodnie z art. 35 p.b. przed wydaniem decyzji o pozwoleniu na budowę lub odrębnej decyzji o zatwierdzeniu projektu budowlanego właściwy organ sprawdza m.in. zgodność projektu budowlanego z ustaleniami miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego albo decyzji o warunkach zabudowy i zagospodarowania terenu w przypadku braku miejscowego planu, a także wymaganiami ochrony środowiska; zgodność projektu zagospodarowania działki lub terenu z przepisami, w tym techniczno-budowlanymi. Na doniosły charakter pozwolenia na budowę zwrócił uwagę Trybunał Konstytucyjny w wydanym w pełnym składzie wyroku z 26 marca 2002 r. (sygn. akt SK 2/01): „Potraktowanie pozwolenia na budowę jako formalnego wymogu prawa budowlanego jest wyrazem niezrozumienia roli jaką w porządku prawnym spełnia ta instytucja. Istotą typowego pozwolenia administracyjnego jest wiążące ustalenie w oparciu o obowiązujące przepisy, że nie ma przeszkód w podjęciu określonej działalności czy wskazanych w pozwoleniu zachowań. W procesie budowlanym zarówno interes publiczny, jak i interes indywidualny mają szczególny kształt i zakres. Interes publiczny wymaga troski zarówno o zapewnienie warunków należytego rozwoju budownictwa, jak i jego wysokiej jakości, uwzględnienie wymogów przestrzennego zagospodarowania terenu, spełnienie warunków architektonicznych i estetycznych, trwałości, a także zapewnienia bezpieczeństwa w czasie budowy, użytkowania i rozbiórki obiektów. Budowa i eksploatacja obiektu może prowadzić do negatywnych następstw dla użytkowników terenów sąsiednich (St. Jędrzejewski, *Postępowanie administracyjne w procesie budowlanym, Księga Pamiątkowa profesora Eugeniusza Ochendowskiego, Toruń 1999, s. 160*)”.

W świetle powyższego całkowicie nieuprawniona wydaje się taka wykładnia art. 90 p.b., która dopuszcza penalizację jedynie tych przypadków samowoli budowlanej, które wykonywane są pomimo właściwej reakcji organu administracji. W takim ujęciu podstawowym dobrem chronionym musiałby pozostawać posłuch dla władczych decyzji organów administracji, a penalizowane byłoby ich nierespektowanie przez podmioty prowadzące roboty budowlane. Podobnie

w przypadku procedury zgłoszenia robót budowlanych wykonanie tego obowiązku nie ma jedynie znaczenia formalnego. Na podstawie art. 30 ust. 6 pkt 2 p.b. właściwy organ wnosi sprzeciw jeżeli budowa lub wykonywanie robót budowlanych objętych zgłoszeniem narusza ustalenia miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego lub inne przepisy. Nie ma natomiast potrzeby odtwarzania katalogu dóbr chronionych w przypadku odesłania do art. 50 ust. 1 pkt 2 p.b. Z jego brzmienia wynika *explicite*, że penalizowane są sytuacje, w których roboty budowlane wykonywane są w sposób mogący spowodować zagrożenie bezpieczeństwa ludzi lub mienia bądź zagrożenie środowiska.

Z zaprezentowaną powyżej argumentacją koresponduje wprowadzenie przez ustawodawcę osobnych typów czynów zabronionych, związanych z respektowaniem decyzji organów administracji. Zabronione jest zatem: udaremnianie określonych ustawą czynności właściwych organów (art. 91 ust. 1 pkt 1 p.b.), utrudnianie określonych ustawą czynności właściwych organów (art. 92 ust. 1 pkt 3 p.b.), niestosowanie się, pomimo zastosowania środków egzekucji administracyjnej, do wydanych, na podstawie ustawy, decyzji właściwych organów (art. 92 ust. 2 pkt 1 p.b.). Penalizacja wskazanych zachowań przemawia na rzecz takiej wykładni art. 90 p.b., która nie jest związana z zachowaniem organu, lecz z samowolnym podjęciem i prowadzeniem robót budowlanych.

3. Powyższy pogląd znajduje odzwierciedlenie w orzecznictwie sądowym. W wyroku z 25 czerwca 1996 r. (sygn. akt V KKN 43/96) Sąd Najwyższy stwierdził *explicite*, że: „[A]rt. 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”. Analogiczne stanowisko zajął w (przywoływanej w pytaniu prawnym) uchwale SN z 27 lutego 2001 r. (sygn. akt I KZP 1/01). Sąd Najwyższy wskazał tam, że odpowiedzialność karna na podstawie art. 90 w związku 50 ust. 1 pkt 1 p.b. nie jest uzależniona 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. W przywołanej uchwale Sąd Najwyższy podkreślił też, iż brzmienie art. 90 p.b. nie uzasadnia takiej jego wykładni, zgodnie z którą penalizowane miałyby być

niestosowanie się do odpowiednich postanowień organów administracji, albowiem ustawodawca nie wskazał tego w przepisie w sposób wyraźny i jednoznaczny. Ponadto, w realiach sprawy będącej przedmiotem orzekania przez Sąd Najwyższy: „[Z]a przyjętą wykładnią przemawia oczywisty wniosek, wynikający wprost z treści art. 90 w zw. z art. 50 ust. 1 pkt 2 Prawa budowlanego (...), 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”. Argument ten stanowi wskazówkę dla interpretacji całego art. 90 p.b. Zgodnie z art. 50 ust. 1 pkt 2 p.b. organ wstrzymuje postanowieniem prowadzenie robót budowlanych wykonywanych w sposób mogący spowodować zagrożenie bezpieczeństwa ludzi lub mienia bądź zagrożenie środowiska. Gdyby przyjąć, że art. 90 p.b. panalizuje jedynie sytuacje, w których doszło do niezastosowania się do właściwych decyzji organu administracji, przepis karny straciłby istotne *ratio* w postaci ochrony bezpieczeństwa ludzi, mienia oraz środowiska. To właśnie ochrona tych dóbr nakazuje interpretację art. 90 p.b., zgodnie z którą penalizowana jest samowola budowlana niezależnie od tego, czy nastąpiła reakcja właściwego organu.

Wreszcie Sąd Najwyższy odwołał się do wykładni teleologicznej, argumentując, że: „Odmienna 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)”.

Tezy wyrażone w przywołanych judykatach zostały podtrzymane w wyroku Sądu Najwyższego z 3 listopada 2010 r. (sygn. akt IV KK 149/10).

4. Zaprezentowane stanowisko znajduje również aprobatę i potwierdzenie w doktrynie prawa (zob. m.in. B. Kurzępa, *Prawo...*, s. 606-607; S. Serafin, *Prawo...*,

s. 506; A. Wiśniewski [w:] *Prawo...*, s. 378; Z. Kostka, *Prawo budowlane. Komentarz*, Gdańsk 2007, s. 233; J. Dessoulavy-Śliwiński [w:] *Prawo...*, s. 794; J. Siegień, *Prawo budowlane. Komentarz*, Warszawa 2003, s. 385; B. Kurzępa, *Glosa...* s. 88).

5. W przypadku kwestionowanej regulacji (niezależnie od ewentualnej zasadności postulatów *de lege ferenda* dotyczących redakcji art. 90 p.b. – zob. m.in. B. Kurzępa, *Glosa...*, s. 88; J. Dessoulavy-Śliwiński [w:] *Prawo...*, s. 791), nie zachodzą zatem przesłanki stwierdzenia niezgodności przepisu z uwagi na uchybienie standardom określoności. Zgodnie bowiem z przywoływanymi już wypowiedziami Trybunału Konstytucyjnego: „[B]rak dostatecznej precyzji jest samoistną podstawą orzeczenia niekonstytucyjności przepisu tylko wówczas, jeżeli nie jest możliwe ustalenie jego treści w drodze wykładni – w tym wykładni dokonywanej w praktyce sądowej (postanowienie TK z 27 kwietnia 2004 r., sygn. akt P 16/03), a „[p]ozbawienie mocy obowiązującej określonego przepisu z powodu jego niejasności winno być traktowane jako środek ostateczny, stosowany dopiero wtedy, gdy inne metody usuwania skutków niejasności treści przepisu, w szczególności przez jego interpretację w orzecznictwie sądowym, okażą się niewystarczające” (wyrok TK z 3 grudnia 2002 r., sygn. akt P 13/02). Przypomnieć także należy, że jak zauważył Trybunał, z punktu widzenia normy wyrażonej w art. 42 ust. 1 Konstytucji postawiony przepisowi zarzut nieokreśloności byłby zasadny, gdyby usankcjonowane praktyką sądową reguły interpretacyjne nie mogły, z uwagi na niejasność i nieprecyzyjność użytych w przepisie pojęć bądź ich sekwencji, doprowadzić do jednoznacznej wykładni treści sankcjonowanej normy prawnej (zob. wyrok TK z 13 stycznia 2005 r., sygn. akt P 15/02).

6. Wobec powyższego należy uznać, że art. 90 p.b. **jest zgodny** z art. 42 ust. 1 w związku z art. 2 Konstytucji.

MARSZAŁEK SEJMU



Ewa Kopacz