



Sygn. akt IV KK 390/12

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 14 marca 2013 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Wiesław Kozielowicz (przewodniczący)

SSN Krzysztof Cesarz (sprawozdawca)

SSN Jarosław Matras

Protokolant Dorota Szczerbiak

przy udziale prokuratora Prokuratury Generalnej Małgorzaty Wilkosz-Śliwy,
w sprawie J. S. M. i K. M. G. oskarżonych z art. 90 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. -
Prawo budowlane i innych
po rozpoznaniu w Izbie Karnej na rozprawie
w dniu 14 marca 2013 r.,
kasacji, wniesionej przez prokuratora
od wyroku Sądu Okręgowego w K.
z dnia 27 czerwca 2012 r., utrzymującego w mocy wyrok Sądu Rejonowego w K.
z dnia 6 lipca 2011 r.,

**uchyla zaskarżony wyrok wobec J. S. M. i K.M. G. w części
utrzymującej w mocy rozstrzygnięcie co do czynu z pkt I i w tym
zakresie przekazuje sprawę Sądowi odwoławczemu do
ponownego rozpoznania.**

UZASADNIENIE

Sąd Rejonowy wyrokiem z dnia 6 lipca 2011 r., na podstawie art. 414 § 1 k.p.k. w zw. z art. 17 § 1 pkt 2 k.p.k. uniewinnił **J. S. M. i K. M. G. od popełnienia czynów:**

- I. *wypełniającego dyspozycje art. 90 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane (Dz. U. z 2010 r., nr 243 poz. 1623 ze zm. – dalej pr. bud.) i art. 108 ust. 1 ustawy z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami w zw. z art. 11 § 2 k.k. i 12 k.k., opisanego w ten sposób, że oskarżeni od bliżej nieustalonego dnia czerwca 2005 r. do 4 listopada 2009 r. w K., działając wspólnie i w porozumieniu, w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, w krótkich odstępach czasu, prowadzili bez odpowiedniego zezwolenia organu architektoniczno-budowlanego w przypadku określonym w art. 48 pr. bud. oraz Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków, roboty budowlane w kamienicy zlokalizowanej w K. przy ul. R. 2, znajdującej się w Dzielnicy /.../, której układ urbanistyczny – rozplanowanie określone granicą zewnętrzną P. – decyzją Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków z dnia 22 maja 1933 r. – uznano za zabytek, wpisanej nadto w dniu 24 listopada 1965 r. przez Miejskiego Konserwatora Zabytków do rejestru zabytków Miasta K. pod numerem A-142 jako „K.”, a w szczególności:*
- w okresie od bliżej nieustalonego dnia czerwca 2005 r. do bliżej nieustalonego dnia kwietnia 2009 r. prowadzili bez zezwolenia organu architektoniczno-budowlanego roboty budowlane polegające na:
 - trwałej przebudowie i rozbudowie oficyny zachodniej, poprzez wymianę dotychczasowych stropów na żelbetowe i ich poszerzenie nad wszystkimi kondygnacjami oficyny oraz wykonanie nowej ściany nośnej zewnętrznej na wysokości od I do III kondygnacji i wykonanie w dotychczasowej ścianie zewnętrznej na I i II kondygnacji otworów, a nadto wyburzeniu ściany nośnej zewnętrznej na III kondygnacji i w to miejsce wykonanie słupów murowanych,
 - trwałej przebudowie oficyny tylnej południowej poprzez wymianę dotychczasowych stropów na żelbetowe z otworami przeznaczonymi na szyb dźwigu osobowego, rozbiórkę i wykonanie nowej żelbetowej klatki schodowej oraz wykonanie otworów w dotychczasowych ścianach tej oficyny,
 - nadbudowie polegającej na wykonaniu płyty żelbetowej na V kondygnacji w obrębie dotychczasowego poddasza oraz tarasu na IV kondygnacji budynku frontowego, a nadto przesunięciu kalenicy budynku frontowego w kierunku

północnym, powodujących zakłócenie sylwety pierzei południowej R., co skutkowało całkowitym przekształceniem zabudowy unikalnej działki lokacyjnej, a zwłaszcza zabudową podwórka i likwidacją układu oficynowego, powodując trwałe zniszczenie zabytkowego układu zabudowy XVII-wiecznej na posesji z zachowanymi granicami lokacyjnymi z XIV wieku, a także w okresie od nieustalonego dnia grudnia 2008 r. do dnia 4 listopada 2009 r. bez zezwolenia organu architektoniczno-budowlanego oraz pozwolenia konserwatorskiego roboty budowlane polegające na:

- wykonaniu otworów: w ścianie nośnej południowej pomieszczenia północno-wschodniego na I piętrze budynku frontowego i w ścianie nośnej południowej pomieszczenia północno-wschodniego na II piętrze budynku frontowego umożliwiających komunikację z klatką schodową tego budynku o wymiarach odpowiednio: wysokości ok. 2,84 m i szerokości ok. 3,16 m oraz wysokości ok. 2,80 m i szerokości ok. 2,75 m, usunięciu kominka wraz z lustrem i obudową z charakterystycznym ornamentem usytuowanego na I piętrze w ścianie południowej pomieszczenia północno-wschodniego w budynku frontowym, skutkujące zaburzeniem układu i wystroju wnętrza tego pomieszczenia, czym doprowadzili do zniszczenia zabytku;
- II. wyczerpującego znamiona art. 164 § 1 k.k. i polegającego na tym, że oskarżeni w okresie od bliżej nieustalonego dnia czerwca 2005 r. do 8 grudnia 2009 r. w K., działając wspólnie i w porozumieniu, poprzez prowadzenie i realizacje, bez zezwolenia organu architektoniczno-budowlanego robót budowlanych w kamienicy zlokalizowanej w K. przy R., polegających na nadbudowie budynku frontowego poprzez wykonanie płyty żelbetowej na V kondygnacji w obrębie dotychczasowego poddasza oraz tarasu na IV kondygnacji, a nadto przesunięciu kalenicy budynku frontowego w kierunku północnym, pomimo braku ekspertyzy dotyczącej ewentualnych skutków tej nadbudowy na sąsiednie zabudowania w aspekcie bezpieczeństwa użytkowania istniejących w sąsiednich budynkach przewodów kominowych dymowych, wentylacyjnych, spalinowych i powietrzno-spalinowych, a to w kamienicach przy ul. B. 1 i przy R., doprowadzili do naruszenia w tychże budynkach odpowiednich parametrów bezpieczeństwa użytkowania poszczególnych kominów i przewodów kominowych, określonych w normie PN-B-10425-1989, a zwłaszcza w budynku przy ul. B. 1: przewodów dymowych z mieszkań nr 2 i 3, przewodów

wentylacyjnych grawitacyjnych mieszkań nr 3 i 4 oraz w budynku przy R.: przewodu dymowego mieszkania nr 5 i przewodów wentylacyjnych grawitacyjnych mieszkań nr 4, 5, 6 czym sprowadzili bezpośrednio niebezpieczeństwo rozprzestrzeniania się tamże substancji trujących, i duszących w postaci spalin i dymu, zagrażające życiu lub zdrowiu wielu osób.

Apelację od tego wyroku na niekorzyść oskarżonych złożył prokurator, zarzucając:

- 1) obrazę prawa materialnego przez wyrażenie błędnego poglądu prawnego, że zalegalizowanie w trybie art. 48 ust. 2 pr. bud. samowoli budowlanej, polegającej na prowadzeniu robót budowlanych bez odpowiedniego pozwolenia organu architektoniczno-budowlanego, skutkowało ustaniem możliwości penalizacji występku z art. 90 pr. bud.,
- 2) mającą wpływ na treść orzeczenia obrazę przepisów postępowania, a w szczególności:
 - a) art. 410 k.p.k. i 7 k.p.k. w zw. z art. 4 k.p.k., polegającą na wybiórczej analizie i dowolnej ocenie zeznań wymienionych świadków, wyjaśnień oskarżonych i opinii wskazanych biegłych, bez uwzględnienia zasad prawidłowego rozumowania oraz wskazań wiedzy i doświadczenia życiowego i pominięciu istotnych dokumentów,
 - b) art. 424 § 1 i 2 k.p.k., polegającą na niewskazaniu w uzasadnieniu wyroku w sposób jednoznaczny, logiczny i przejrzysty, jakie okoliczności zaważyły na uniewinnieniu oskarżonych od czynu polegającego na realizacji części robót bez wymaganego zezwolenia na budowę, wyczerpującego znamiona art. 90 pr. bud., pomimo obowiązku rzetelnego przedstawienia podstaw faktycznych i prawnych orzeczenia,
 - c) art. 170 § 2 k.p.k. i 366 § 1 k.p.k.,
 - d) art. 193 § 1 k.p.k. i art. 196 § 3 k.p.k. w zw. z art. 366 § 1 k.p.k.,
 - e) art. 201 k.p.k. i art. 366 § 1 k.p.k.,
w sposób wskazany w tych zarzutach.

Skarżący się wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania.

Wyrokiem z dnia 27 czerwca 2012 r., Sąd Okręgowy w K. utrzymał w mocy zaskarżony wyrok, uznając apelację za oczywiście bezzasadną.

W kasacji na niekorzyść J. M. i K. G. prokurator zarzucił:

- 1) „rażącą obrazę przepisów prawa materialnego, która miała istotny wpływ na treść orzeczenia, tj. art. 90 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane, poprzez zaakceptowanie i inkorporowanie w swoim orzeczeniu błędnego poglądu prawnego Sądu Rejonowego, izby zakończenie postępowania administracyjnego ostateczną decyzją legalizacyjną nr .../06 z dnia 4 grudnia 2006 r. w sprawie samowoli budowlanej polegającej na prowadzeniu robót budowlanych bez odpowiedniego pozwolenia architektoniczno - budowlanego w obrębie posesji przy R. w zakresie wykonania stropów żelbetowych w oficynach tylnej i zachodniej, wykonaniu w oficynie tylnej wewnętrznej klatki schodowej o konstrukcji żelbetowej, rozebranie istniejącego dachu oficyn, przemurowanie istniejącej w oficynie ściany w kształcie łuków na słupach murowanych, a nadto niezakończenie postępowania administracyjnego w sprawie legalizacji robót budowlanych w pozostałym zakresie wskazanym w zarzucie I aktu oskarżenia przez organ nadzoru budowlanego, skutkowało ustaniem możliwości penalizacji występku z art. 90 tej ustawy, zarzucanego oskarżonym K. G. i J. M., skutkującą utrzymaniem uniewinniającego wyroku Sądu I instancji wobec wymienionych w tym zakresie”,
- 2) „rażącą obrazę przepisów prawa procesowego, która miała istotny wpływ na treść orzeczenia, tj. art. 457 § 3 kpk i art. 433 § 2 kpk w zw. z art. 7 kpk, polegającą na nierzetelnym rozważeniu i ustosunkowaniu się w stopniu niewystarczającym - z naruszeniem zasad: obiektywizmu, prawidłowego rozumowania, wskazań wiedzy i doświadczenia życiowego - zarzutów i wniosków podniesionych w apelacji prokuratora od wyroku Sądu Rejonowego w zakresie świadomości oskarżonych odnośnie popełnienia występku z art. 90 pr. bud., pomimo takiego obowiązku nałożonego wprost na Sąd Odwoławczy, skutkującym zaakceptowaniem w pełni założeń i poglądów co do świadomości K. G. i J. M. w zakresie wyczerpania znamion czynu z art. 90 pr. bud., Sądu I instancji i uznaniem, jako prawidłowego, logicznego, bezstronnego oraz rzetelnego, opartego na swobodnej ocenie dowodów sposobu procedowania Sądu *meriti* w niniejszej sprawie i utrzymaniem zaskarżonego wyroku w mocy, pomimo że obiektywna, wszechstronna, rzetelna i racjonalna ocena tych wniosków i całości argumentacji prokuratora wyrażonej w środku odwoławczym prowadzić

powinna do ustalenia konieczności uchylenia zaskarżonego wyroku Sądu I instancji w zakresie uniewinnienia oskarżonych K. G. i J. M. o od zarzucanego im przestępstwa z art. 90 pr. bud. i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania”.

W konkluzji zawarto wnioski o uchylenie obu wyroków i przekazanie sprawy Sądowi Rejonowemu do ponownego rozpoznania.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Na wstępie należy stwierdzić, że wyrok Sądu odwoławczego został zaskarżony jedynie w części utrzymującej w mocy wyrok Sądu I instancji co do czynu z pkt I. Taki zakres zaskarżenia wynika jednoznacznie z treści zarzutów i uzasadnienia kasacji. Dlatego w tych granicach skarga została rozpoznana (art. 536 k.p.k.).

Przechodząc do istoty rzeczy, prokurator na uzasadnienie zarzutu z pkt 2a apelacji podniósł m.in., że na podstawie motywów wyroku Sądu Rejonowego „nie da się jednoznacznie określić, czy Sąd uniewinnił oskarżonych w zakresie art. 90 pr. bud. z uwagi na prezentowany pogląd prawny odnośnie braku możliwości penalizacji tego występku w przypadku uzyskania decyzji legalizacyjnej, czy też uniewinnił oskarżonych z uwagi na uznanie, że nie mieli oni świadomości, iż samowolnie wykonują roboty budowlane” (s. 17 apelacji).

Sąd odwoławczy odparł ten zarzut m.in. następująco: „skoro Sąd Rejonowy w niniejszej sprawie ustalił, że wszelkie roboty budowlane, wskazane w pierwszym zarzucie aktu oskarżenia, wykonane zostały zgodnie z decyzjami nakazowymi Powiatowego Inspektoratu Nadzoru Budowlanego, zezwoleniami na budowę, bądź samowola budowlana została zalegalizowana, bądź nadal trwają postępowania legalizacyjne, brak podstaw do kwestionowania oceny prawnej takiego zachowania oskarżonych K. G. i J. M. (art. 90 prawa budowlanego)”... „Ponadto jednoznacznie wskazać należy, że wyrok Sądu pierwszej instancji, odnośnie zarzutu opisanego w punkcie I aktu oskarżenia, oparty został nie tylko na przyjęciu depenalizacji działań oskarżonych – co do art. 90 prawa budowlanego, ale przede wszystkim na stwierdzeniu, że działaniem swym oskarżeni nie wyczerpali znamion zarzucanego im czynu, bowiem nie dopuścili się go w jakiegokolwiek postaci zamiaru, decydującej o winie umyślnej w ich działaniu. Wątek ten pozostaje poza zarzutami apelacji prokuratora, a fragmentaryczne uwagi dotyczące oceny zeznań świadków w tym względzie bądź konstrukcji sporządzonego przez Sąd uzasadnienia, zapadłego w

sprawie wyroku, nie podnoszą żadnego przekonującego argumentu, który zasługiwałby na uwzględnienie.

Sąd zasadnie i prawidłowo ustalił zakres prac przeprowadzonych w okresie od czerwca 2005 r. do listopada 2009 r., który to czasokres wskazano w akcie oskarżenia, w obiekcie R. w K. Słusznie przyjął, że prace te dotyczyły przebudowy, a tylko wykonanie dodatkowej płyty w obrębie poddasza i poszerzenia stropów oficyny zachodniej stanowiło rozbudowę, gdyż prace te zwiększyły kubaturę obiektu. Zatem tylko na wyżej wymienione roboty budowlane, wymagane było pozwolenie na budowę.

W okresie kiedy faktycznie wykonano te prace, inwestorzy nie posiadali żadnego pozwolenia na wykonywanie tych prac, w sensie pozwolenia na budowę. Niemniej w stosunku do nich zapadły decyzje nakazowe, wydawane w trybie art. 66 ustawy Prawo budowlane.

Decyzje te mogą zaś dotyczyć prac, na które wymagane jest pozwolenie na budowę lub zgłoszenie do właściwego organu i wtedy »Roboty budowlane objęte nakazem z art. 66 ust. 1 Prawa budowlanego nie wymagają uzyskania pozwolenia na budowę« (vide: wyrok NSA w Warszawie z dnia 26.09.2008 r. sygn. akt II OSK 1102/07, tak samo w wyroku NSA w Warszawie z dnia 17.10.2003 r. sygn. akt IV SA 610/02).

Decyzją tą nakazuje się wszelkie niezbędne roboty budowlane konieczne do zapewnienia stanu technicznego nieruchomości, wymaganego przez przepisy i zastępuje ona pozwolenie na budowę, czy zgłoszenie”.

Zatem Sąd Okręgowy mimo zaakcentowania, że powodem uniewinnienia oskarżonych był przede wszystkim brak zamiaru popełnienia czynu z art. 90 pr. bud., to w pierwszej kolejności, podobnie jak Sąd Rejonowy, uznał (czego odzwierciedleniem jest kolejność argumentacji), że odpowiedzialność karną oskarżonych wyłącza działanie na podstawie i w ramach decyzji nakazowych, legalizacja części robót budowlanych oraz trwające postępowanie legalizacyjne, a na końcu dopiero brak świadomości i choćby godzenia się oskarżonych na dokonanie czynu. Ten niekonsekwentny sposób rozumowania Sądu odwoławczego przejęty od Sądu Rejonowego, atakowany najpierw w apelacji, a następnie w zarzutach kasacji i jej uzasadnieniu (s.10), nie jest jedynie zbiorem alternatywnych powodów uniewinnienia oskarżonych, ale wytkniętym w skardze kasacyjnej świadectwem naruszenia art. 433 § 2 k.p.k. w zw. z art. 7 k.p.k. W kasacji to

powielone rozumowanie Sądu zostało określone jako niespójne (s. 10) i ocenie tej nie można odmówić słuszności. Decyzja legalizacyjna wydana na podstawie art. 49 ust. 4 pr. bud. może dotyczyć tylko tych, nielegalnych, robót, które nie były objęte decyzjami nakazowymi, zapadłymi na podstawie art. 66 pr. bud. Dlatego decydujące znaczenie ma ocena Sądu, czy wystąpienie o wydanie decyzji legalizacyjnej, którego pierwszy etap stanowi wniosek o wydanie ostatecznej decyzji o warunkach zabudowy, nie było jednak wyrazem świadomości, że prace budowlane, których ma dotyczyć decyzja legalizacyjna, prowadzono bez zezwolenia budowlanego, czyli – nielegalnie. Nadto, wykluczenie przestępczego zamiaru oskarżonych nie powinno wywołać rozważań Sądu, które roboty budowlane zostały zalegalizowane oraz co do jakich dalszych robót toczy się postępowanie legalizacyjne. Skoro jednak Sąd uznał, że odpowiedzialność karną oskarżonych w pierwszej kolejności znosiły powyższe czynności administracyjne, to jego dodatkowe tylko przekonanie o braku świadomości znamion czynu nie było wystarczające dla zaakceptowania uniewinnienia oskarżonych. I z uwagi na takie stanowisko Sądu Okręgowego, zakwestionowane w kasacji, należało podzielić jej zarzuty, mimo że drugi z nich nie jest pełniej uzasadniony. Nie można jednak pomijać, że prokurator zarzucając naruszenie przepisów postępowania, odwoływał się do argumentów apelacji, które nie zostały należycie rozważone, co zwalniało od powtarzania jej argumentacji.

Odnosząc się kolejno, a więc najpierw do twierdzenia i wywodów Sądu Okręgowego, że decyzja legalizująca samowolę budowlaną powoduje „depenalizację” zachowania wyczerpującego znamiona art. 90 pr. bud., zauważyć trzeba, że:

- organy władzy publicznej, w tym sądy działają na podstawie i w granicach prawa (art. 7 Konstytucji RP),
- w rozdziale 9 zatytułowanym „przepisy karne” ustawy - Prawo budowlane i w innych przepisach tej ustawy brak jest okoliczności wyłączających odpowiedzialność karną, w szczególności za czyn z art. 90,
- nie ma wspomnianego wyłączenia w rozdziale III Kodeksu Karnego z 1997 r., którego przepisy części ogólnej stosuje się do innych ustaw przewidujących odpowiedzialność karną (art. 116 k.k.),
- żadna inna ustawa nie przewiduje depenalizacji rozumianej w sposób określony w art. 4 § 4 k.k., czyli zniesienia karalności, za czyn z art. 90 pr. bud.,

- w prawie budowlanym nie istnieje pojęcie „wtórnej legalizacji” powodującej, że „nie można sprawcy karać za samowolę budowlaną, bo ta przestaje istnieć” (motywy SO – s. 17),

- nie zaistniało związanie sądu karnego, określone w art. 8 § 2 k.p.k. ponieważ decyzja legalizacyjna jest rozstrzygnięciem organu administracji, a nie sądu,

- wprawdzie odstępstwa od samodzielności jurysdykcyjnej sądu mogą wynikać także z postanowień innych ustaw, ale gdy postanowienia te powodują pierwotne zdekompletowanie znamion czynu (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 1 grudnia 1998 r., IV KKN 492/97, OSNKW 1999, z. 1-2, poz. 5). Na płaszczyźnie odpowiedzialności za czyn z art. 90 pr. bud. taki skutek wywołuje decyzja nakazowa wydana na podstawie art. 66 ust. 1 pr. bud., zastępująca pozwolenie na budowę, wymagane przez art. 28 ust. 1 pr. bud. W razie wydania takiej decyzji nie zachodzi wypadek określony w art. 48 pr. bud., czyli budowa bez wymaganego pozwolenia. Brak tego znamienia wyklucza możliwości przypisania czynu z art. 90 pr. bud. Jednak nie zarzucono oskarżonym prowadzenia robót budowlanych objętych decyzjami nakazowymi,

- nie wystąpiła powaga rzeczy osądzonej (*res indicata*) określona w art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k. Zachodzi ona wówczas, gdy postępowanie **karne** co do tego samego czynu tej samej osoby zostało prawomocnie zakończone. Postępowanie administracyjne w trybie art. 48 ust. 3 i 49 pr. bud. nie jest przymusowe. Prowadzi się je na wniosek inwestora. Wprawdzie wydanie decyzji o zatwierdzeniu projektu budowlanego (decyzji legalizacyjnej) jest uwarunkowane uiszczeniem opłaty legalizacyjnej, ale nie zostanie ona nałożona, jeżeli inwestor nie występuje z wnioskiem o zatwierdzenie takiego projektu. W judykaturze konsekwentnie przyjmuje się, co też umknęło Sądowi odwoławczemu, że legalizacja samowoli budowlanej nie jest obowiązkiem, ale uprawnieniem inwestora (zob. min. wyroki: Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 21 stycznia 2005 r., OSK 1602/04-lex 794114, z dnia 17 lipca 2008 r., II OSK 842/07-lex 484974, Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 25 stycznia 2011 r., VII SA/Wa 2156/10-lex 954430),

- w myśl art. 6 § 1 k.k. czyn zabroniony uważa się za popełniony w czasie, w którym sprawca działał lub zaniechał działania, do którego był obowiązany. Okoliczności, które nastąpiły po tym czasie, nie mają wpływu na subsumpcję

prawną zachowania sprawcy. Dlatego decyzja legalizacyjna może wywołać tylko skutki *ex nunc* (od teraz), a nie – *ex tunc* (zob. też motywy wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 9 października 2012 r., P 27/11 - ZU 2012/9A/104, uzasadnienie postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 29 października 2012 r., I KZP 10/12 – OSNKW 2012, z. 11, poz. 113),

- ze znaczenia słowa „legalizować” oraz treści art. 48 ust. 3 i art. 49 ust. 1-4 pr. bud. (o które rzeczywiście chodzi w zarzucie 1 kasacji) wynika, że legalizacja polega na zaakceptowaniu działań uprzednio nielegalnych,

- postępowanie karne o czyn z art. 90 pr. bud. nie może więc być następstwem postępowania administracyjnego prowadzonego w trybie art. 48 i 49 pr. bud. (zob. wskazany wyrok Trybunału Konstytucyjnego),

- powołanie się obu Sądów na poglądy wyrażone w niektórych komentarzach do Prawa budowlanego (zob. stanowisko odmienne zawarte w komentarzu pod red. A. Glinieckiego, Warszawa 2012, s. 700-703) nie ma zatem żadnego znaczenia, bo poglądy te – jak wykazano – nie posiadają żadnego prawnego zakotwiczenia. Tym bardziej chybiona jest teza, że toczące się postępowanie legalizacyjne mogło mieć jakikolwiek wpływ na ocenę, czy zostały wypełnione znamiona z art. 90 pr. bud.,

- poza uwagą Sądu odwoławczego znalazły się argumenty zawarte w judykatach Sądu Najwyższego, przytoczone już w uzasadnieniu apelacji, z których wynika, że wskazany przepis kryminalizuje samowolę budowlaną także poprzedzającą decyzję organów nadzoru budowlanego (wyrok z dnia 25 czerwca 1996 r., V KKN 43/96 – OSNKW 1997, z. 1-2, poz. 17, uchwała z dnia 27 lutego 2001 r., I KZP 1/01 – OSNKW 2001, z. 5-6, poz. 44, ale także wyrok z dnia 3 listopada 2010 r., IV KK 149/10- lex 733701 i powołane postanowienie z dnia 29 października 2012r., I KZP 10/12). Już z dwóch pierwszych judykatów łatwo wywieść, że byt przestępstwa z art. 90 pr. bud. nie zależy od tego, czy zapadła decyzja legalizująca samowolę budowlaną, a tym bardziej od toczącego się postępowania legalizacyjnego.

Sumując, decyzja o zatwierdzeniu projektu budowlanego, wydana na podstawie art. 49 ust. 4 ustawy Prawo budowlane (decyzja legalizacyjna) nie znosi odpowiedzialności karnej za występki określony w art. 90 pr. bud.

Przechodząc do drugiego zarzutu, wbrew zapatrywaniu Sądu odwoławczego (s. 19 motywów) kwestia zamiaru oskarżonych nie pozostała poza zarzutami apelacji. Prokurator podważał ustalenie o braku świadomości oskarżonych w jej

zarzucie drugim, zwłaszcza w pkt b oraz w uzasadnieniu na s. 52 – 54, kiedy to odwoływał się do depozycji św. M. S. – J., i na s. 58 *in fine* – 62, przywołując wyniki kontroli inspektorów nadzoru budowlanego. Sąd Okręgowy wytknął prokuratorowi, że nie wskazał „wyników toczących się po ich zakończeniu postępowań administracyjnych, które stanowiły podstawę ustaleń i wniosków Sądu Rejonowego” (s. 54 motywów). Rzecz jednak w tym, że w apelacji kwestionowano stanowisko, iż te wyniki – w postaci decyzji legalizacyjnej i kolejnego toczącego się postępowania legalizacyjnego – mogą wyłączyć odpowiedzialność karną oskarżonych. Z zacytowanych wyżej fragmentów uzasadnienia Sądu Okręgowego i innych nadto wynika, że zaaprobował on pogląd Sądu Rejonowego oparty na wyjaśnieniach osk. K. G., jakoby wybór procedury legalizacyjnej to „szybszy sposób na dalsze prowadzenie robot niż ustalenie, że decyzje nakazowe były ważne” i że zawierały treść upoważniającą do wykonania określonych prac. W efekcie „droga legalizacji nie wskazuje, że ktoś wcześniej musiał mieć świadomość niedozwolonego wykonania prac budowlanych” (s. 452 uzasadnienia Sądu I instancji). Aprobata ta wyrażona została powtórzeniem za Sądem Rejonowym również zdania: „Fakt, iż inwestorzy co do części prac zdecydowali się na procedurę legalizacyjną, nie oznacza, że w okresie od lipca 2006 r. czy w czasie wykonywania poszczególnych prac mieli świadomość działania poza zakresem decyzji nakazowych” (tamże SR i s. 20 motywów SO). Nie spełnia jednak wymogów art. 433 § 2 k.p.k. w zw. z art. 7 k.p.k. i 457 § 3 k.p.k. uznanie przez to, że wybór długotrwałego postępowania legalizującego przeciw samowoli budowlanej (w którym najpierw zostaje ustalona opłata legalizacyjna o stawce podlegającej pięćdziesięciokrotnemu podwyższeniu i opłata ta musi być uiszczona, co powinno być przedmiotem ustaleń Sądu, a nadto konieczne jest wykonanie innych czynności, w tym przedłożenie ostatecznej decyzji o warunkach zabudowy uzgodnionych z konserwatorem) **zamiast** prostszego, krótszego i nieodpłatnego postępowania zmierzającego do uzupełnienia decyzji nakazowej (art. 111 k.p.a.) lub wyjaśnienia wątpliwości co do treści decyzji (art. 113 § 2 k.p.k.) albo zmiany tej decyzji na skutek odwołania, jeżeli jej zakres nie był oczywisty, też nie wyklucza braku „świadomości działania poza zakresem decyzji nakazowych”.

Sąd odwoławczy wyraził również pogląd „że oskarżeni nie dysponując decyzjami właściwych organów w przedmiocie samowoli budowlanej, nie mieli wcześniej świadomości w tym przedmiocie”, co było także oceną Sądu Rejonowego

(s. 59 motywów SO), podważaną w apelacji. W konsekwencji jednak, rozważaniami Sądów powinna zostać objęta kwestia, czy dopuszczalne jest przyjęcie, że dopiero decyzja legalizacyjna kształtowała świadomość oskarżonych co do tego, co jest legalne a co nielegalne, i czy nie działali z zamiarem ewentualnym, ze względu na powody i rygory procedury legalizacyjnej oraz jej wybór przez oskarżonych.

W apelacji zarzucono min. wybiórczą i dowolną ocenę zeznań M. S. – J., pełnomocnika oskarżonych w kluczowym okresie, dla oceny strony podmiotowej (ich świadomości co do samowoli budowlanej). Wywód Sądu odwoławczego, dotyczący tego zarzutu, nie odpowiada wymaganiom art. 433 § 2 k.p.k. Świadek składał zeznania już po uprawomocnieniu się wydanego wobec niego wyroku. Odrzucenie jego zeznań nie zostało jasno wytłumaczone. Sąd przytoczył szereg stwierdzeń świadka, ale nie wyjaśnił, dlaczego część z nich nie odpowiada prawdzie, zaś które z pozostałych twierdzeń nie mają znaczenia dla oceny co do zamiaru oskarżonych. Wiarygodność M. S. – J. należało badać przede wszystkim przez pryzmat treści złożonych przez niego wniosków o wydanie decyzji nakazowych w trybie art. 66 pr. bud. i faktu uzgadniania ich z oskarżonymi. Następnie – porównać zakres tych wniosków z decyzjami nakazowymi. Konkluzje płynące z tego porównania i zeznań wspomnianego świadka, z doświadczenia zawodowego i życiowego oskarżonych, rodzaju i miejsca usytuowania kamienicy, przesłanek procedury legalizacyjnej dwukrotnie tu zastosowanej i wybranej zamiast np. interpretacji decyzji nakazowych (art. 113 § 2 k.p.a.) muszą łącznie być poddane ocenie spełniającej kryteria wymienione w art. 7 k.p.k. w postaci wskazań wiedzy i doświadczenia życiowego oraz prawideł logicznego rozumowania.

Podsumowując, doszło przed Sądem Odwoławczym do rażącego naruszenia prawa, wskazanego w zarzutach kasacyjnych, co mogło mieć istotny wpływ na treść zaskarżonego wyroku. Dlatego został on uchylony.

Ponownie rozpoznając sprawę Sąd Okręgowy będzie:

- respektował wyrażone wyżej zapatrywanie prawne co do decyzji legalizacyjnej wydawanej w trybie art. 48 ust. 3 i 49 pr. bud.,
- miał na względzie, że kasacja nie kwestionowała rozstrzygnięcia co do czynu z pkt II, a w zakresie czynu z pkt I – niewypełnienia przez oskarżonych znamion art. 108 ust. 1 ustawy z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków,
- procedował i ewentualnie sporządzał uzasadnienie zgodnie z wymogami określonymi w art. 433 § 2 k.p.k. i 457 § 3 k.p.k.

