



Poznań, 6 maja 2009 r.
(rev.)

OPINIA

do projektu rozporządzenia Ministra Środowiska w sprawie gatunków dziko występujących zwierząt objętych ochroną

(wersja bez daty, dostępna na stronie internetowej Ministerstwa Środowiska od 21.04.2009)

Polskie Towarzystwo Ochrony Przyrody pozytywnie ocenia niektóre zmiany, które projekt rozporządzenia wprowadza w stosunku do rozporządzenia z 2004 r., a w szczególności:

- zniesienie wyłączenia wydry, kormorana i czapli spod ochrony na stawach rybnych (usunięcie jednej z niezgodności z prawem europejskim),
- włączenie pod ochronę brzanki,
- przeniesie gołębia miejskiego pod ochronę częściową,
- dodanie symbolu (1) dla chomika, wilka, żbika, żubra, bobra, wydry.

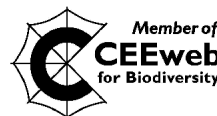
Jednocześnie stwierdzamy, że niestety wiele niezgodności z prawem wspólnotowym czy wad merytorycznych nie zostało usuniętych, a dodatkowo pojawiły się nowe błędy. Poniżej przedstawiamy najważniejsze zastrzeżenia do poszczególnych części projektu. Nie odnosimy się tutaj zasadniczo do braków, błędów oraz sprzeczności z prawem krajowym i wspólnotowym przepisów ustawowych dotyczących ochrony gatunkowej, gdyż ich korekta wymaga nowelizacji ustawy i wykracza poza przedmiot niniejszej Opinii.

I. Tytuł rozporządzenia

1. Zgodnie z § 120 ust. 5. Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej” (zwanego dalej „Zasadami techniki prawodawczej”) zawarte w tytule określenie przedmiotu rozporządzenia „powinno być sformułowane możliwie najzwięźle”. Nie powtarza się w nim dosłownie wskazanego w upoważnieniu ustawowym zakresu spraw przekazanych do uregulowania w rozporządzeniu, chyba że zakres spraw został w tym upoważnieniu wskazany w sposób zwięzły.

W opiniowanym projekcie rozporządzenia bezkrytycznie powtórzono tytuł poprzedniego rozporządzenia regulującego to zagadnienie. Tymczasem:

- tytuł ten jest powtórzeniem wyrażenia zawartego w upoważnieniu i wcale nie jest możliwe zwięzły;
- ponad 4 lata obowiązywania poprzedniego rozporządzenia o tym tytule wykazały, że w praktyce nikt tego tytułu nie używa i wszyscy i tak stosują jego skróconą, zwięzłą formę;
- tytuł ten już poprzednio był niezbyt trafiony merytorycznie, gdyż zasadniczym przedmiotem rozporządzenia są nie gatunki, lecz ich ochrona (choć gatunki te są także wymienione w załącznikach);



- dość skomplikowana składnia tego tytułu sprzyja próbom błędnej interpretacji, że rozporządzenie dotyczy jedynie zwierząt dziko występujących.

W związku z powyższym proponujemy zastosowanie tytułu zwięzłego, czytelnego, poprawnego merytorycznie oraz i tak funkcjonującego w powszechnym stosowaniu: **Rozporządzenie <...> w sprawie ochrony gatunkowej zwierząt.**

II. Tekst rozporządzenia

2. W § 6 pkt 5, wykonując ustawowe upoważnienie do wprowadzenia zakazu „niszczenia siedlisk i ostoi” zwierząt chronionych, wprowadzono tylko zakaz niszczenia „miejsc rozrodu i odpoczynku” tych zwierząt.

Wprawdzie pojęcie „miejsc rozrodu i odpoczynku” mieści się w pojęciu „siedlisk i ostoi”, jest to więc zawężenie, a nie wykroczenie poza delegację ustawową. Mimo różnych interpretacji prawnych w tym względzie, można przyjąć, że takie zawężające wykonanie upoważnienia ustawowego jest dopuszczalne pod względem techniki prawodawczej, jeśli nie brać pod uwagę innych przepisów.

Jednak zawężenie to jest **istotne merytorycznie i może mieć negatywne skutki**. Dla niektórych gatunków jest to znaczące pogorszenie reżimu ochrony. Np. dla wielu gatunków ważnymi, kluczowymi dla przeżycia populacji siedliskami są także miejsca żerowania czy zimowiska, które trudno uznać za „miejsca odpoczynku”). Dla nietoperzy kluczowymi siedliskami, oprócz miejsc rozrodu, schronień letnich („miejsc odpoczynku”), żerowisk i zimowisk, są także miejsca tzw. rojenia (*swarming*) oraz wodopoje. Dla niektórych gatunków ptaków ważnymi siedliskami są także miejsca pierzenia...

Można przypuszczać, że intencją autora projektu było ściśle dostosowanie reżimu ochrony do wymogu z art. 12 Dyrektywy Siedliskowej, tym bardziej że w zakresie miejsc rozrodu i odpoczynku zakaz, zgodnie z Dyrektywą, dotyczyć musi nawet nieumyślnego niszczenia.

Należy jednak zwrócić uwagę, że zakaz „niszczenia siedlisk i ostoi” miał także i inne funkcje wobec prawa europejskiego. Zakaz ten transponował nie tylko art. 12 ust. 1 lit. d Dyrektywy Siedliskowej, ale również był jednym ze środków realizacji obowiązku z art. 3 ust. 1 i ust. 2 lit. b oraz art. 4 ust. 4 zdanie drugie Dyrektywy Ptasiej w stosunku do siedlisk ptaków. Należy przy tym zaznaczyć, że przymiotnik „naturalne” pojawiający się każdorazowo przy wyrazie „siedliska” w oficjalnym tłumaczeniu Dyrektywy Ptasiej jest wynikiem twórczej inwencji tłumacza i nie występuje w innych wersjach językowych tego aktu.

Ponadto jak, zgodnie z ustawą z dnia 13 kwietnia 2007 r. o zapobieganiu szkodom w środowisku i ich naprawie, skutecznie wymagać „zakazu” niszczenia **wszystkich** ważnych siedlisk gatunków chronionych i naprawy ewentualnych szkód poczynionych w tych siedliskach, jeśli część siedlisk ważnych dla gatunków chronionych nie będzie objęta ochroną, a więc ich niszczenie nie będzie penalizowane?

Brak ochrony innych niż miejsca rozrodu i odpoczynku siedlisk nietoperzy będzie sprzeczne z postanowieniami Porozumienia EUROBATS, którego Polska jest stroną...

Rozwiązaniem, które ewentualnie mieściłoby się w delegacji ustawowej i realizowałoby zamierzony cel legislacyjny, byłoby wprowadzenie wobec gatunków chronionych zakazu: „niszczenia ich miejsc rozmnażania i odpoczynku oraz umyślnego niszczenia innych ich siedlisk i ostoi”. Jednak rozwiązanie takie należałoby poddać szczegółowej analizie pod kątem zgodności z innymi akrami prawa. Np. w przypadku wspomnianej wyżej ustawy szkodowej umyślność czynu nie wpływa na odpowiedzialność sprawcy. Również pod względem merytorycznym takie rozróżnienie nie znajduje uzasadnienia.

Dlatego uważamy, że najbardziej wskazany pod względem skuteczności ochrony i zapewniający najlepszą zgodność z innymi przepisami, byłby powrót go generalnego zapisu o siedliskach i ostojach.

3. W § 6 pkt 11, wykonując ustawowe upoważnienie do wprowadzenia zakazu „umyślnego płoszenia i niepokojenia”, wprowadzono zakaz „umyślnego płoszenia i niepokojenia mogącego mieć znaczący wpływ na stan zachowania populacji gatunku”. Tym samym w miejsce zakazu, do którego wprowadzenia była delegacja ustawowa, wprowadzono zakaz węższy, warunkowy.

Proponowane rozwiązanie pozornie odpowiadałoby wymogowi wynikającemu z art. 5 lit. d Dyrektywy Ptasiej, gdyby przyjąć, że „płoszenie i niepokojenie” ściśle odpowiada francuskiemu wyrażeniu „*les perturber*” czy angielskiemu wyrażeniu „*disturbance*” co nie jest prawdą. Pojęcia te są szersze i oznaczają wszelkie zakłócenia, a wyrażenie „płoszenie” użyte w tym miejscu w polskim tłumaczeniu jest kolejnym błędem tłumacza. Biorąc jednak pod uwagę delegację ustawową, konieczne jest pozostawienie zakazu ograniczonego do płoszenia i niepokojenia.

Poważne wątpliwości budzi jednak dodane zastrzeżenie, zawężające zakres zakazu. Po pierwsze jeśli już, to termin „stan zachowania” należałoby zastąpić zdefiniowanym w ustawie pojęciem „stan ochrony”. Przede wszystkim jednak wątpliwe jest, czy byłoby to rozwiązanie poprawne ze względów formalnych. Wydaje się, że jest to niedopuszczalne przekroczenie delegacji ustawowej, która daje podstawę do wprowadzenia lub nie wprowadzania zakazu określonych działań w stosunku do ptaków chronionych, ale nie zawiera podstawy do określania warunków lub warunku, pod którym dane działanie jest zakazane, a który to warunek nie byłby jednoznaczny, lecz pozostawiał dużą swobodę interpretacyjną i musiałby być samodzielnie oceniony przez podmiot wykonujący czynność zakazaną. O ile zakaz, który może być wprowadzony zgodnie z delegacją ustawową, jest normą określającą, że każdy kto mógłby spłoszyć lub zaniepokoić ptaka chronionego, powinien się od tego powstrzymać (ocenić należy jedynie bezpośredni skutek czynności, łatwy to weryfikacji), to zakaz proponowany w projekcie rozporządzenia nakłada na podmiot zamierzający wykonać czynność mogącą powodować płoszenie lub niepokoić ptaków obowiązek dokonania analizy, czy dalekosiężne skutki tej czynności będą miały znaczący wpływ na stan populacji gatunku; a następnie od wyniku tej analizy zależeć będzie dopuszczalność danej czynności. Skąd „płoszący lub niepokojący” ma wiedzieć, czy płoszenie lub niepokojenie będzie miało znaczący wpływ na stan zachowania populacji gatunku ptaka? Takie wnioski wysnuwa się zazwyczaj w skomplikowanych procedurach oceny oddziaływania na środowisko. Sposób funkcjonowania przepisu jest więc zupełnie inny niż przewidziany przez ustawodawcę (brak też jakichkolwiek mechanizmów kontrolnych czy weryfikujących poprawność oceny). Proponowane brzmienie nie tylko wykracza naszym zdaniem poza ustawowe upoważnienie, ale i jest niezgodne z § 25 ust. 1 „Zasad techniki prawodawczej”, zgodnie z którym „*Przepis prawa materialnego powinien możliwie bezpośrednio i wyraźnie wskazywać kto, w jakich okolicznościach i jak powinien się zachować*”.

Wydaje się, że art. 5 pkt. d Dyrektywy Ptasiej powinien być transponowany w ten sposób, że to Minister wydając przepisy o ochronie gatunkowej powinien rozważyć, w jakich warunkach płoszenie i niepokojenie ptaków może wywierać negatywny wpływ na ich populacje, i takiego płoszenia zabronić (lub dopuścić płoszenia niemające negatywnego wpływu). W szczególności mógłby uwzględnić przesłankę z Dyrektywy, podkreślającą szczególne znaczenie przeszkadzania ptakom w tokach i legach.

Powyższe rozważania odnoszą się jednak tylko do ptaków i do zgodności z art. 5 lit. d Dyrektywy Ptasiej. Natomiast w stosunku do gatunków zwierząt z Załącznika IV Dyrektywy Siedliskowej proponowane brzmienie przepisu tworzy ewidentną niezgodność z jej art. 12 ust. 1 lit. b, który wymaga, by zabronić umyślnego płoszenia i niepokojenia gatunków chronionych w szczególności w okresie okresu rozrodu, wychowu młodych, snu zimowego i migracji – nie uzależniając tego od „znaczącego wpływu na stan populacji”.

4. Niektóre punkty § 7 stanowią niedozwoloną derogację w stosunku do gatunków objętych ochroną na podstawie Dyrektywy Ptasiej (tj. wszystkich gatunków ptaków objętych ochroną gatunkową). Dotyczy to w szczególności przepisów wyłączających stosowanie zakazów ochrony gatunkowej wobec:

- usuwania od dnia 16 października do końca lutego gniazd z budek dla ptaków i ssaków (zapis zezwalający na „czyszczenie budek i usuwanie z nich nadmiaru materiału gniazdowego” byłby raczej zgodny z Dyrektywą, ale dyskusyjne jest, czy można go zastosować przy obecnym brzmieniu delegacji ustawowej);
- „usuwania od dnia 16 października do końca lutego gniazd ptasich z obiektów budowlanych oraz z terenów zieleni”;
- „zapobiegania poważnym szkodom, w szczególności w gospodarstwach rolnych, leśnych lub rybackich” (to wyłączenie omówiono szerzej w punktach 7 i 15 Opinii).

Istnieje wprawdzie w dyrektywach upoważnienie do udzielania, pod określonymi warunkami, derogacji (zezwolenia na odstępstwa) od zakazów ochrony gatunkowej, ale to udzielanie derogacji musi następować w trybie indywidualnych decyzji. Zasady udzielania takich zezwoleń na odstępstwo od zakazu są określone w art. 56 ustawy o ochronie przyrody.

Art. 9 Dyrektywy Ptasiej określa wyraźnie, jakie elementy muszą każdorazowo być określone w takim zezwoleniu na odstępstwo od przepisów ochrony gatunkowej ptaków, a poza tym określa, że wykorzystanie derogacji musi być przedmiotem systemowej kontroli i raportowania. Jest oczywiste, że ogólny przepis wyłączający w pewnych sytuacjach zakazy ochrony gatunkowej nie spełnia tych warunków. Jego zastosowanie nie będzie przecież podlegać żadnej kontroli, a przypadki jego zastosowania nie będą w ogóle rejestrowane. Niedopuszczalność takich „ogólnych odstępstw” została wyrażona m.in. w wyrokach Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich w sprawach C-412/85, C-247/85, C-98/03.

5. Art. 52 ust. 2 ustawy o ochronie przyrody zawiera upoważnienie do wprowadzenia przez Ministra, pod pewnymi warunkami, odstępstw wymienionych w punktach 1-8 do tego ustępu. Jednak ustęp 3 tego artykułu wprowadza ograniczenie możliwości wprowadzenia odstępstwa wymienionego w ust. 2 pkt 5, zakazując jego stosowania w odniesieniu do ptaków. Tymczasem w § 7 pkt 5 projektu rozporządzenia wprowadzono to odstępstwo bez żadnych ograniczeń dotyczących taksonów, których miałyby dotyczyć. Jest to więc ewidentnie sprzeczne z art. 53 ust. 3 ustawy. § 7 pkt 5 jest też powtórzony w § 8 (tam jednak ograniczono jego obowiązywanie w odniesieniu do niektórych taksonów, w tym do ptaków). Można więc chyba przyjąć, że pozostawienie pkt 5 w § 7 projektu jest jedynie wynikiem przeoczenia. Zastrzeżenia merytoryczne dotyczące tego ograniczenia zakazów omówiono w punktach 4 i 7 Opinii.

6. Zawarte w art. 52 ust. 2 ustawy o ochronie przyrody przesłanki do wprowadzenia odstępstw od zakazów („pod warunkiem braku rozwiązań alternatywnych i jeżeli nie spowoduje to zagrożenia dla dziko występujących populacji gatunków chronionych”) należy rozumieć jako wyliczenie okoliczności, które należy uwzględnić, tworząc rozporządzenie (porównaj art. 66 ust. 1 pkt 5 „Zasad techniki prawodawczej”). Zastrzeżenia te kierowane są do organu wydającego akt wykonawczy, a więc do Ministra Środowiska. Rozważając możliwość wprowadzenia konkretnych dozwolonych w ustawie odstępstw w stosunku do poszczególnych gatunków, powinien on brać pod uwagę, czy wprowadzenie konkretnego odstępstwa dla danego gatunku może mieć negatywny wpływ na populację jakiegokolwiek gatunku chronionego oraz czy nie istnieją wobec danego odstępstwa rozwiązania alternatywne. Zależnie od wyniku takiej analizy (która jak mogłoby się wydawać, powinna być przeprowadzona we współpracy z odpowiednimi ekspertami, np. z PROP), Minister może albo dane odstępstwo wprowadzić w odniesieniu do poszczególnych gatunków, albo nie.

Proponowane w projekcie rozwiązanie nie wykonuje delegacji ustawowej w opisany wyżej sposób, ale przenosi prawo do dokonywania oceny wymienionych okoliczności na podmiot zamierzający naruszyć zakaz ochrony gatunkowej. To taka osoba miałaby samodzielnie oceniać i decydować, czy nie ma zagrożenia dla populacji gatunku ani rozwiązań alternatywnych, a w konsekwencji decydować, czy jej działanie naruszające zakaz mieści się w granicach dozwolonego odstępstwa, czy też nie. Nie ma oczywiście żadnych mechanizmów kontrolnych czy weryfikujących wyniki takich ocen. Zapis taki świadczy o niezrozumieniu intencji ustawodawcy ani zasad techniki prawodawczej.

7. Sformułowanie w § 8 dotyczące „zapobiegania poważnym szkodom, w szczególności w gospodarstwach rolnych, leśnych lub rybackich” nie jest w pełni zgodne z użytym w art. 16 Dyrektywy Siedliskowej sformułowaniem „zapobiegania poważnym szkodom w szczególności w plonach, inwentarzu, lasach, rybostanie lub wodach”. „Szkodą w gospodarstwie” może być np. pogorszenie efektywności finansowej gospodarowania – np. zmniejszenie zysków, niekoniecznie związane ze szkodą w „materialnym przedmiocie gospodarowania” (we własności), np. plonach, lasach lub wodach. Przede wszystkim jednak derogacje („odstępstwa”), o których mowa w art. 16 Dyrektywy Siedliskowej, mogą być jedynie udzielane indywidualnie przez odpowiednie organy i muszą być następnie sprawozdawane Komisji. Znajduje to potwierdzenie m.in. w wyroku Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich w sprawie C-342/05 (wilki w Finlandii), który daje wyraźną wykładnię, że derogacje w trybie art. 16 muszą mieć charakter indywidualnych decyzji, biorących m.in. pod uwagę stan ochrony populacji danego gatunku i to, czy jest on właściwy, czy też nie. Derogacją nie jest ogólnie obowiązujący przepis uchylający zakazy. Zapisu tego (wyłączenia zakazów) nie można więc wprowadzać w odniesieniu do gatunków z Załącznika IV tej Dyrektywy. Tymczasem wiele gatunków z tego Załącznika Dyrektywy w Załączniku 1 rozporządzenia nie jest oznaczona symbolem (1), co wprowadza sprzeczność z prawodawstwem Europejskim (zobacz też punkty 4 i 15 Opinii).

Pod względem legislacyjnym (biorąc pod uwagę spójności z prawodawstwem wspólnotowym) w odniesieniu do gatunków nie umieszczonych w Załączniku IV Dyrektywy Siedliskowej można wprowadzić takie ogólne wyłączenie z zakazów, jednak pod względem merytorycznym budzi to poważne wątpliwości. Dlaczego wyłączenie to wprowadzono w stosunku do wszystkich zakazów? Czy oznacza to, że „zapobieganie szkodom” może upoważniać do wyrabiania, posiadania i przechowywania wydmuszek, preparowania okazów, przewożenia ich przez granicę, handlowania okazami itp.? Tak szerokie uchylenie zakazów jest nieracjonalne.

Nie bez powodu derogacje od zakazów dotyczących gatunków chronionych zgodnie z prawem UE powinny być udzielane przez organ, po indywidualnym rozpatrzeniu sprawy. Tymczasem § 8 omawianego projektu przenosi na obywateli prawo do oceny, kiedy szkoda jest na tyle poważna, że zwalnia z obowiązku przestrzegania zakazów i upoważnia ich do swobodnego decydowania o podejmowanych środkach zaradczych. Oznacza to np., że obywatel dostrzegając możliwość poważnej szkody, może swobodnie zabijać chronione zwierzęta, niszczyć ich siedliska, chwycić je i przetransportować w dowolne inne miejsce itp. Nie musi też nikomu opowiadać się z tych czynności. Rozwiązanie to naszym zdaniem całkowicie podważa sens ochrony gatunkowej. Proponujemy więc wykreślenie tego paragrafu.

8. Zgodnie z § 157 „Zasad techniki prawodawczej” nie stosuje się w akcie normatywnym odesłania do przepisu, który sam zawiera odesłanie. Oznacza to, że gdy w art. 52 ust. 2 pkt 7 ustawy o ochronie przyrody odesłano do punktu 6 tego ustępu, chodziło o **okazy**, określone bezpośrednio w tym punkcie (pozyskane na podstawie zezwolenia odpowiedniego organu), a **nie o gatunki**, które są w tym punkcie opisane przez odesłanie do art. 49 pkt 1 lit. c ustawy. Do takiego rozumienia prowadzi także wykładnia funkcjonalna tego przepisu. Analogicznie więc w § 9

pkt 2 rozporządzenia odwołanie powinno być do okazów, o których mowa w pkt 1 tego paragrafu, a nie do gatunków, o których mowa w § 4.

9. Wstęp § 10 jest bardzo niezgrabny stylistycznie. Zgodnie z i tak mało udaną delegacją ustawową miano w nim podać sposoby ochrony, a nie wyjaśniać, na czym te „sposoby polegają”. Dodatkowo niepotrzebnie skomplikowano ten zapis powtarzając po raz kolejny zastrzeżenie, że chodzi o gatunki „dziko występujące”, którego nie ma w przepisie z delegacją (art. 49 pkt 3 ustawy o ochronie przyrody).

Proponujemy następujący wstęp do tego paragrafu: „§ 10. W celu ochrony gatunków zwierząt stosuje się w szczególności następujące sposoby:”. W przypadku wprowadzenia tej zmiany brzmienie punktów należy odpowiednio dostosować stylistycznie (w punktach 11 i 13 Opinii już to uwzględniono).

10. W § 10 pkt 3 lit. h użyto określenia „korytarzy umożliwiających migrację”. Dla zachowania spójności rozporządzenia z ustawą o ochronie przyrody w zamian należy użyć określenia: „korytarzy ekologicznych” (pojęcie to zostało zdefiniowane w art. 5 pkt 2 ustawy).

11. W § 10 pkt. 4 jest niezbyt czytelny i nie wyczerpuje wskazanego zakresu działań. Proponujemy nadać mu brzmienie: „4) inwentaryzowanie, dokumentowanie i monitorowanie stanowisk, siedlisk i populacji gatunków;”.

12. W § 10 pkt. 6 wyraz „reprezentatywnej” jest wątpliwy merytorycznie i niepotrzebny. Proponujemy jego wykreślenie.

13. Lista sposobów ochrony w § 10 jest zdecydowanie niekompletna. Należałoby dodać co najmniej następujące punkty, odnoszące się do sposobów szczególnie szeroko stosowanych lub wynikających z nowo przyjętych przepisów:

- obejmowanie ważnych stanowisk, siedlisk i ostoi gatunków formami ochrony przyrody, o których mowa w art. 6 ust. 1 pkt 1-6 i 8 ustawy o ochronie przyrody,
- działania zapobiegawcze, likwidujące, ograniczające i naprawcze w stosunku do szkód w środowisku dotyczących chronionych gatunków i siedlisk przyrodniczych, w znaczeniu ustawy z dnia 13 kwietnia 2007 r. o zapobieganiu szkodom w środowisku i ich naprawie,
- uwzględnianie potrzeb ochrony gatunków w procesach ocen oddziaływania na środowisko,
- uwzględnianie potrzeb ochrony gatunków w procesach: planowania, zatwierdzania, realizowania, funkcjonowania i likwidowania inwestycji,

14. § 11 mówi o utracie mocy przez poprzednie rozporządzenie „w sprawie dziko występujących zwierząt objętych ochroną”. Jest to postanowienie błędne, wskazujące, że Ministerstwo uwierzyło we własną naciąganą interpretację, jakoby rozporządzenia w sprawie ochrony gatunkowej nie utraciły mocy 15 XI 2008 r., z chwilą wejścia w życie nowelizacji ustawy o ochronie przyrody. Tymczasem § 32 ust. 2 „Zasad techniki prawodawczej” stanowi jednoznacznie, że jeśli w wyniku nowelizacji ustawy zmianie uległy wytyczne dotyczące treści tego aktu wykonawczego, a w ustawie nowelizującej nie przedłużono obowiązywania tego aktu, akt ten traci moc z chwilą wejścia w życie nowelizacji. Argumentacja Ministerstwa opierała się o dwa punkty: że zmienione wytyczne znajdowały się w innym artykule niż delegacja do wydania rozporządzenia oraz że zmiany tych wytycznych są nieznaczące. Tymczasem lokalizacja zmienianych wytycznych nie ma w tym wypadku nic do rzeczy. Co prawda § 67 ust. 1 „Zasad techniki prawodawczej” zaleca zamieszczanie wytycznych w tym samym artykule co delegacja

do wydania rozporządzenia, jednak już ich § 121 ust. 2 przewiduje przypadki, gdy nie zastosowano się do tego zalecenia. Niezgodność niektórych zapisów ustawy o ochronie przyrody z normą § 67 ust. 1 „Zasad techniki prawodawczej” nie podważa w żaden sposób ważności ich § 32 ust. 2. Jeśli chodzi o znaczenie zmian – są one bardzo istotne, gdyż miały usunąć przynajmniej część niezgodności polskiego prawa z prawem wspólnotowym. W efekcie stare rozporządzenia są zdecydowanie sprzeczne z obecnym brzmieniem ustawowych wytycznych. Przyznano to w uzasadnieniu do rozporządzenia, pisząc m.in.: „W stosunku do dziko występujących zwierząt objętych ochroną gatunkową przedmiotowe odstępstwo straciło moc prawną, ponieważ art. 52 ust. 2 znowelizowanej ustawy o ochronie przyrody nie przewiduje możliwości jego wprowadzenia”. Naszym zdaniem nie ma wątpliwości prawnych, że poprzednie rozporządzenie utraciło swą moc prawie pół roku temu, nie można więc rozstrzygać o utracie tej mocy w nowym rozporządzeniu.

III. Załącznik 1 do rozporządzenia

Załącznik 1 określa listę gatunków, które objęte są ochroną ścisłą. Zwracamy uwagę, że Państwowa Rada Ochrony Przyrody przyjęła kilka lat temu kryteria kwalifikacji gatunków do różnych form ochrony. Stoimy na stanowisku, że zmiany na listach gatunków powinny być wynikiem analizy spełnienia przez poszczególne taksony tych kryteriów. Nie powinno się to odbywać na etapie pospiesznego opiniowania gotowego projektu rozporządzenia, lecz podczas jego przygotowywania. Ponieważ czas, jaki pozostawiono nam na przygotowanie niniejszej Opinii nie umożliwia przeprowadzenia pełnej analizy, przedstawiamy poniżej uwagi o charakterze ogólnym, a także odnosimy się do kilku gatunków, w przypadku których analiza taka była możliwa. W odniesieniu do niektórych gatunków wskazujemy na konieczność przeprowadzenia takiej analizy i dyskusji, nie jest to jednak z pewnością lista pełna.

15. W stosunku do wielu gatunków, które powinny być objęte skuteczną ochroną ścisłą zgodnie z wymogami prawa europejskiego (są zamieszczone w Załączniku IV Dyrektywy Siedliskowej), wprowadzono w § 8 projektu rozporządzenia zwolnienie z zakazów ewidentnie niezgodne z wymogami tej Dyrektywy. Zwolnienie to nie jest derogacją, gdyż zgodnie z orzecnictwem TSWE derogacja musi być udzielana indywidualnie, a nie wprowadzana przez ogólnie obowiązujący przepis (omówiono to szerzej w punktach 4 i 7 Opinii). Nie podjęto nawet próby uzależnienia tego zwolnienia z zakazów od warunków dopuszczalności derogacji. Jedynie w stosunku do niektórych gatunków a Załącznika IV Dyrektywy wyłączono wobec nich to zwolnienie, oznaczając je symbolem (1). Przy obecnych rozwiązaniach ustawowych i konstrukcji rozporządzenia symbol ten należałoby dopisać do wielu innych gatunków, wymienionych w Załączniku IV Dyrektywy, np.:

- trzepla zielona *Ophiogomphus cecilia*
- zalotka białoczelną *Leucorrhinia albifrons*
- zalotka spłaszczona *Leucorrhinia caudalis*
- zalotka większa *Leucorrhinia pectoralis*
- żagnica zielona *Aeshna viridis*
- biegacz zmienny *Carabus variolosus*
- biegacz zawadzkiego *Carabus zawadzkkii*
- zgniotek cynobrowy *Cucujus cinnabreinus*
- pływak szerokobrzegi *Dityscus latissimus*
- rozmiażg kolweński *Pytho colvensis*
- kreślinek niziny *Graphoderus bilineatus*
- konarek tajgowy *Phryganophilus ruficollis*

- *Bolbelasmus unicornis*
- barczatka kataks *Eriogaster catax*
- szlaczkoń szafraniec *Colias myrmidone*
- czerwieńczyk nieparek *Lycaena dispar*
- czerwieńczyk fioletek *Lycaena helle*
- modraszek arion *Maculinea arion*
- modraszek nausithous *Maculinea nausithous*
- modraszek telejus *Maculinea telejus*
- strzępotek hero *Coenonympha hero*
- górówka sudecka *Erebia sudetica*
- przeplatka maturalna *Hypodryas maturalna*
- osadnik wiekooki *Lopinga achine*
- niepyłak mnemozyna *Parnassius mnemozine*
- modraszek eroides *Polyommatus eroides*
- ksylomka strix *Xyomoia strix*
- zatoczek łamliwy *Anisus vorticulus*
- skójką gruboskorupowa *Unio crassus*
- kumak nizinny *Bombina bombina*
- kumak górski *Bombina variegata*
- żaba moczarowa *Rana arvalis*
- żaba jeziorkowa *Rana lessonae*
- grzebiuszka ziemna *Pelobates fuscus*
- rzekotka drzewna *Hyla arborea*
- ropucha paskówka *Bufo calamita*
- ropucha zielona *Bufo viridis*
- traszka grzebieniasta *Triturus cristatus*
- traszka karpacka *Triturus montadoni*
- nietoperze – większość gatunków
- koszatka *Dromys nitedula*
- orzesznica *Muscardinus avelanarius*
- darniówka tarzańska *Microtus tatricus*
- smużka *Sicista betulina*
- smużka stepowa *Sicista subtilis*
- morświn *Phocoena phocoena*

Oczywiście jeśli odpowiedniej korekcie ulegną zapisy rozporządzenie (zlikwidowane zostaną ogólne wyłączenia), zamieszczanie tego symbolu może się okazać niepotrzebne.

16. W odpowiedzi na zarzut Komisji Europejskiej o niezapewnieniu ochrony wszystkim ptakom naturalnie występującym w Europie, wprowadzono pod ochronę gatunki przynajmniej sporadycznie zalatujące do Polski. Pod ochronę gatunkową nie wprowadzono jednak występujących w Europie gatunków ptaków niezalających do Polski, uzasadniając to w następujący sposób: „Włączenie na listę gatunków objętych ochroną gatunkową ścisłą pozostałych gatunków ptaków wymienionych w Dyrektywie Ptasiej nie jest możliwe, bo oznaczałoby objęcie ochroną gatunkową gatunków ptaków obcych rodzimej faunie, co byłoby sprzeczne z art. 120 ustawy o ochronie przyrody oraz z Europejską Strategią Postępowania z Inwazyjnymi Gatunkami”.

Rozwiązanie takie utrzymuje niezgodność prawa polskiego z prawem europejskim i świadczy o niezrozumieniu nie tylko nakazu solidarnej ochrony walorów przyrodniczych, ale i pojęcia „gatunek obcy”.

Skutkiem takiego podejścia jest to, że niewystępujące i niezalające do Polski gatunki europejskich ptaków nie są objęte żadną ochroną, gwarantującą przestrzeganie zakazów:

- posiadania ich jaj i wydmuszek (wymóg art. 5 lit. c Dyrektywy Ptasiej),
- przetrzymywania ptaków z gatunków nielownych (art. 5 lit. e Dyrektywy Ptasiej),
- sprzedaży, transportu w celu sprzedaży, przetrzymywania w celu sprzedaży oraz oferowania do sprzedaży żywych lub martwych ptaków, jak również wszelkich łatwo rozpoznawalnych części lub produktów otrzymanych z tych ptaków (art. 6 ust. 1 Dyrektywy Ptasiej).

Czynności te są w Polsce często wykonywane. Pobieżna analiza rynku wykonana w kwietniu 2009 r. wykazała, że na polskich serwisach internetowych można bez problemu znaleźć oferty sprzedaży żywych ptaków lub wykonanych z nich produktów (np. „trofeów”) z obcych gatunków europejskich, które powinny podlegać ochronie. Wiele takich ptaków znajduje się w prywatnych hodowlach. Czynności te są obecnie zgodne z polskim prawem i nie podlegają penalizacji, choć mogą powodować zagrożenie dla zagranicznych populacji, które powinniśmy solidarnie chronić.

Należy też zaznaczyć, że gatunek może być obcy także w kraju, w którym naturalnie występuje. Każdy gatunek staje się „obcy”, gdy znajdzie się poza granicami swojego naturalnego zasięgu. Np. gatunek górski może być obcy na niżu. Granice administracyjne nie mają tu większego znaczenia merytorycznego (zobacz definicję gatunku obcego w art. 5 pkt 1c ustawy o ochronie przyrody). Gatunki mogą być jednocześnie obce i objęte w danym kraju ochroną gatunkową. Zwracamy uwagę, że obecnie ustawa o ochronie przyrody wyraźnie dopuszcza ochronę gatunkową nie tylko taksonów rodzimych, ale i obcych polskiej faunie, lecz występujących w innych państwach członkowskich Unii Europejskiej (art. 46 ust. 2 ustawy o ochronie przyrody). Trudno dociec, dlaczego zakaz sprzedaży, transportu czy posiadania miałby być niekorzystny w odniesieniu do gatunków obcych. Nie wyjaśniono też, z jakim punktem Europejskiej Strategii Postępowania z Inwazyjnymi Gatunkami wprowadzenie takich zakazów miałoby być sprzeczne. Przeciwnie – objęcie posiadania i obrotu jakimś gatunkiem ograniczeniami wynikającymi z ochrony gatunkowej może jedynie sprzyjać zapobieganiu jego przenoszenia przez człowieka poza naturalny zasięg.

Można się zgodzić, że wprowadzanie zakazów chwytania, niszczenia siedlisk czy gniazd ptaków, które nie występują w Polsce, byłoby nieracjonalne, gdyż pozbawione znaczenia praktycznego (choć ustawa wprowadza np. zakaz eksploracji jaskiń w rezerwach, w których żadnych jaskiń nie ma). Jednak wprowadzenie zakazów, które wymieniono powyżej, jest w pełni uzasadnione nie tylko ze względu na obowiązek wynikający z Dyrektywy Ptasiej, ale i z powodów merytorycznych.

Wprowadzenie tych zakazów wobec obcych polskiej faunie gatunków ptaków występujących naturalnie na terenie Unii Europejskiej można wprowadzić w różny sposób. Można np. do Załącznika 1 dodać pozycję: „pozostałe gatunki ptaków występujących naturalnie na terenie państw Unii Europejskiej z wyjątkiem tych, które spotyka się wyłącznie na Grenlandii” i oznaczyć tę pozycję symbolem (3). W tekście rozporządzenia należałoby wówczas doprecyzować, które zakazy dotyczą (lub które nie dotyczą) gatunków oznaczonych tym symbolem. Należy także zapisać, że zakazy związane ze sprzedażą (wynikające z art. 6 ust. 1 Dyrektywy Ptasiej) nie dotyczą okazów ptaków, które zostały wymienione w Załączniku 4, pod warunkiem, że osoba wykonująca daną czynność może wykazać, że okaz został upolowany, schwytany, lub uzyskany w inny legalny sposób.

17. Podobnie jak w przypadku niewystępujących w Polsce ptaków, w Załączniku 1 pominięto również obce naszej faunie taksony innych zwierząt, które zgodnie z Dyrektywą Siedliskową powinniśmy solidarnie objąć ścisłą ochroną gatunkową ze względu na zamieszczenie ich w Załączniku IV tej Dyrektywy. Argumentację dotyczącą prawnej i merytorycznej konieczności i zasadności uwzględnienia ich ochrony gatunkowej w polskim prawie przedstawiono w punkcie 16 Opinii, dotyczącym ptaków. O ile zakazy wymienione w art. 12 ust. 1 lit. a-d Dyrektywy Siedliskowej mogą być wprowadzane wyłącznie w granicach naturalnego zasięgu tych gatunków,

to zakazy wymienione w art. 12 ust. 2 należy wprowadzić we wszystkich państwach członkowskich w odniesieniu do wszystkich gatunków. Dotyczy to: przetrzymywania, transportu, sprzedaży lub wymiany oraz oferowania do sprzedaży lub wymiany okazów uzyskanych ze stanu dzikiego, z wyjątkiem tych uzyskanych legalnie przed wprowadzeniem w życie Dyrektywy.

Podobnie jak w przypadku ptaków, na Polskim rynku można spotkać w sprzedaży okazy obcych polskiej faunie gatunków z Załącznika IV Dyrektywy Siedliskowej, uzyskane nielegalnie z wolności. Dotyczy to w szczególności żywych płazów i gadów chwytych do celów terrarystycznych czy martwych bezkręgowców do celów kolekcjonerskich. Prawne dopuszczenie do takiej sytuacji stanowi ewidentne naruszenie prawa wspólnotowego.

Podobnie jak w wypadku ptaków, istnieje kilka możliwości wprowadzenia ochrony wobec tych gatunków. Można dodać wszystkie te taksony do Załącznika 1, np. oznaczając je symbolem (4) i w tekście rozporządzenia przyporządkowując im odpowiednie zakazy (co najmniej wszystkie te, które wymienione są w art. 12 ust. 2 Dyrektywy). Takie rozwiązanie dodatkowo komplikowałoby jednak listę gatunków chronionych, tworząc mieszaną listę gatunków o różnych reżimach ochronnych. Proponujemy raczej wprowadzenie dla gatunków obcych osobnego Załącznika 1b i przyporządkowanie mu odpowiednich zakazów (w Załączniku tym można by też zamieścić obce gatunki ptaków oraz płetwonogie – patrz punkty 16 i 26 Opinii).

18. W odniesieniu do niektórych gatunków ponownie podano ich nazwy na poziomie gatunku, pomimo że w Polsce spotykany jest jedynie ich jeden lub więcej podgatunków, a inne podgatunki są poza Polską niezagrożone i niechronione na mocy dyrektyw przyrodniczych. Dotyczy to np.:

- modliszki zwyczajnej (w Polsce występuje rzadka *Mantis religiosa polonica*, gatunek ten jest kosmopolityczny i populacje niektórych innych podgatunków – np. z południowej Europy czy z innych kontynentów – są niechronione i niezagrożone);
- świstaka (w Polsce występuje podgatunek *Marmota marmota latirostris*, chroniony także na podstawie Dyrektywy Siedliskowej, podczas gdy świstak alpejski *M. m. marmota* jest taksonem łownym i wykonane z niego produkty – głównie maści pochodzące z Austrii – są w Polsce pospolicie spotykane w handlu);
- kozicy (w Polsce występuje kozica tatrzańska *Rupicapra rupicapra tatrlica*, a czasami zachodzi także obcy, introdukowany w Czechach podgatunek alpejski *R. r. rupicapra*; zgodnie z Dyrektywą Siedliskową obowiązek ochrony dotyczy podgatunków *R. r. tatrlica*, *R. r. balcanica*, *R. r. ornata*, a w Polsce dość często spotykane są w obrocie trofea myśliwskie *R. r. rupicapra* pochodzące z Austrii).

Problem dotyczy także niektórych gatunków ptaków (np. blaszkodziobych), których obce podgatunki są utrzymywane przez hodowców „drobiu ozdobnego”. Nie zgłaszamy obecnie postulatu zawężenia ochrony do rodzimych podgatunków. Za ochroną całych gatunków mogą przemawiać takie argumenty jak łatwiejsze egzekwowanie przepisu (kłopoty z rozróżnianiem podgatunków) czy ochrona rodzimych populacji przed zawleczeniem okazów innych podgatunków. Jednak decyzja o tym powinna być świadoma i uwzględniać to, czy jest to zgodne z przepisami dotyczącymi swobodnego handlu na terenie Unii. Jeśli chronione będą nadal całe gatunki – powinno to być konsekwentnie egzekwowane.

19. Pająk tygrzyk paskowany (poz. 115) jest obecnie gatunkiem pospolitym i ekspansywnym, spotykanym praktycznie na terenie całego kraju. Pomimo atrakcyjnego wyglądu nie obserwuje się zagrożenia wynikającego z chwytności go celów handlowych, hodowlanych czy kolekcjonerskich. Biorąc pod uwagę obecny stan jego populacji, nawet gdyby zniesienie ochrony spowodowało wzrost pozyskiwania okazów tego gatunku ze środowiska, nie powinno to stanowić dla niego istotnego zagrożenia. Oznacza to, że takson ten przestał spełniać kryteria kwalifikujące go do ochrony gatunkowej i proponujemy wykreślenie go z Załącznika 1.

20. Spośród gatunków rodzimych na liście gatunków chronionych zabrakło szarańczaka *Isophya stysi*, występującego co najmniej w Bieszczadach. Jest on ujęty w Załączniku IV Dyrektywy Siedliskowej, więc jego ścisła ochrona gatunkowa jest obligatoryjna.

21. Jak się okazało, widniejąca w załącznikach Dyrektywy Siedliskowej pachnica dębowa (*Osmoderma eremita*) w rzeczywistości należy do kompleksu kilku gatunków zamieszkujących w różnych regionach Unii. W Polsce występuje gatunek *Osmoderma barnabita*. Oczywiście wszystkie gatunki pachnicy, które w chwili wpisywania *Osmoderma eremita* do Załączników Dyrektywy Siedliskowej były traktowane jako należące do tego taksonu, są nadal objęte postanowieniami tej Dyrektywy. Przyjmuje się w takich wypadkach celowościową wykładnię przepisu – bezsprzecznie intencją ustawodawcy była ochrona wszystkich taksonów pachnic w granicach Wspólnoty. Oznacza to jednak, że w Załączniku 1 w pozycji dotyczącej rodzimego gatunku pachnicy należałoby podać nazwę naukową *Osmoderma barnabita*. W pozycji dotyczącej nierodzimych gatunków z Załącznika IV Dyrektywy siedliskowej (patrz punkt 17 Opinii) zamiast wymieniać wszystkie obecnie wyróżniane gatunki europejskie można wpisać np.: „inne niż *Osmoderma barnabita* europejskie gatunki pachnic należące do *Osmoderma eremita* complex”.

22. W naszej opinii postęp wiedzy w zakresie przynależności taksonomicznej jesiotrów dawniej występujących w wodach Polski jest przesłanką do uznania *Accipenser oxyrinchus* za gatunek chroniony, a nie do skreślenia *Accipenser sturio* z listy gatunków chronionych. Gdy wpisywano jesiotra zachodniego do Załącznika II oraz IV Dyrektywy Siedliskowej, ochrona gatunkowa miała obejmować zarówno populacje jesiotrów przynależne wg współczesnej wiedzy do gatunku *Accipenser sturio* (np. we Francji), jak i populacje ze zlewni Morza Bałtyckiego, o których obecnie wiemy, że należą do gatunku *Accipenser oxyrinchus*. Zgodnie interpretacją stosowaną przez Komisję Europejską w podobnych przypadkach (np. w odniesieniu do brzanki *Barbus peloponnesius* i *B. meridionalis*, czy w opisanym w punkcie 21 Opinii przypadku pachnicy dębowej), rozwój wiedzy nie może powodować wyłączenia spod ochrony taksonów, które raz zostały ochroną objęte. Oznacza to, że pod pojęciem „jesiotr zachodni” w załącznikach Dyrektywy Siedliskowej należy rozumieć także *Accipenser oxyrinchus*. Jednocześnie fakt, że *Accipenser sturio* nie występuje obecnie w Polsce w stanie dzikim nie zwalnia nas z obowiązku jego solidarnej ochrony (omówiono to szerzej w punkcie 17 Opinii). Ochrona gatunkowa jest także skuteczniejszą formą do zapewnienia właściwej realizacji programu przywracania tego gatunki faunie Polski (porównaj – opinia PROP z 10 lutego 2009 w sprawie ochrony jesiotrów).

23. W poz. 170 należy skorygować nazwę naukową występującej w Polsce brzanki. Powinno być: *Barbus meridionalis*.

24. Wężowi Eskulapa (poz. 185) nadaje się dziś nazwę *Zamenis longissimus*, lokującą go wśród połozów, lecz w innym niż do tej pory rodzaju. Taką więc nazwę naukową należy podać w załącznikach 1 i 5. Ewentualnie ze względu na silne ugruntowanie starej nazwy w literaturze i aktach prawnych (także UE), można ją pozostawić w nawiasie, obok nowej nazwy.

25. Propozycja, by wyłączyć spod ochrony bernikłę kanadyjską, jest zasadna, ale powinna być powiązana z równoczesnym jej włączeniem jej na listę ptaków łownych. Bez tego bernikła stałaby się gatunkiem bez żadnego statusu ochronnego, podczas gdy fakt, że jest wymieniona w Załączniku II-1 do Dyrektywy Ptasiej jest przesłanką, że należy ją traktować jako jeden z przedmiotów regulacji Dyrektywy, pomimo że jej występowanie na terenie Wspólnoty nie ma charakteru naturalnego.

26. W dniu 5 maja 2009 Parlament Europejski przegłosował zakaz sprowadzania do Unii i komercyjnego wykorzystywania produktów z fok, uchatek i morsów. Spośród gatunków jeszcze w Polsce nie chronionych dotyczy to przede wszystkim (choć nie wyłącznie) fok grenlandzkich i kapturowych. Znajdują się one w Załączniku V Dyrektywy (wobec niektórych gatunków z tego załącznika wprowadziliśmy już ochronę ścisłą – np. zająca bielaka). Kraje członkowskie będą musiały wprowadzić do swojego systemu prawnego penalizację łamania tych zakazów. Najlepszym, bo najprostszym rozwiązaniem byłoby objęcie tych gatunków ścisłą ochroną gatunkową i wprowadzenie wobec nich odpowiednich zakazów. Można by zastosować wobec nich tę samą metodę, co do innych gatunków obcych (np. wpisanie wszystkich „pozostałych płetwonogich” do Załącznika 1b – patrz punkt 17 Opinii).

27. Jak podnoszą niektórzy specjaliści, łasica (poz. 329) jest dziś w kraju dość pospolita, a miejscami tak liczna, że może tam stanowić istotny czynnik limitujący występowanie innych gatunków chronionych – np. ptaków (niszcząc lęgi). Można rozważyć, czy nie jest wskazane obniżenie jej statusu ochronnego i przeniesienie do Załącznika 2, aby w razie potrzeby łatwiejsze było lokalne obniżanie jej liczebności, jeśli taka potrzeba wynikałaby z programu ochrony innych gatunków.

IV. Załącznik 2 do rozporządzenia

28. Co prawda wykonano krok w dobrą stronę znosząc wyłączenie ochrony wydry na stawach uznanych za obręby hodowlane, jednak nadal pozostawiono ten gatunek w Załączniku 2, co oznaczałoby, że jest objęta ochroną częściową. Gatunek ten jest umieszczony w Załączniku IV Dyrektywy Siedliskowej, wskazującym gatunki, które należy objąć ochroną ścisłą. W przeciwieństwie do bobra, w odniesieniu do wydry Polska nie zgłosiła zastrzeżenia w Traktacie akcesyjnym. Naszym zdaniem skutkiem tego powinno być objęcie go ochroną ścisłą w myśl krajowych przepisów, co nie wyklucza wydawania indywidualnych derogacji od zakazów przez organy ochrony przyrody. Zwiększyłyby to czytelność przepisów i usunęłyby wątpliwości dotyczące zgodności z prawem UE. Objęcie wydry ochroną częściową stanowi dla hodowców ryb zachętę do wnioskowania o „redukcję populacji” tego gatunku, zamiast do podejmowania działań zabezpieczających (jak np. montaż pastuchów elektrycznych).

29. Zgłaszano wątpliwości, czy utrzymywanie dość pospolitych gatunków jak mysz zaroślowa, mysz zielna czy karczownik pod ochroną częściową ma sens i jest potrzebne, skoro gatunki te z jednej strony i tak podlegają ochronie na podstawie art. 125 ustawy o ochronie przyrody oraz na mocy ustawy o ochronie zwierząt, a z drugiej i tak nikt tej ochrony nie przestrzega. Istnienie przepisów nieegzekwowalnych zmniejsza skuteczność przestrzegania wszystkich pozostałych. Jednak czas, jaki dano na przygotowanie tej Opinii uniemożliwia przeprowadzenie szczegółowej analizy zasadności usunięcia tych gatunków spod ochrony gatunkowej.

IV. Załącznik 3 do rozporządzenia

30. Propozycja wprowadzenia ruchomego terminu zbioru winniczków jest interesująca. Jednak jej uzasadnienie budzi wątpliwości. Jako główny cel tej zmiany podano zalegalizowanie występującej obecnie nielegalnej praktyki wcześniejszych zbiorów ślimaków. Tymczasem należałoby raczej rozważyć, jaki skutek może mieć proponowana zmiana dla populacji tego gatunku. Czas, jaki pozostawiono na przygotowanie tej Opinii, uniemożliwia przeprowadzenie takiej analizy.

V. Załącznik 4 do rozporządzenia

Załącznik 4 obejmuje 9 gatunków ptaków. W założeniu Załącznik ten ma zapewniać transpozycję przepisów art. 6 ust. 2 i 3 Dyrektywy Ptasiej oraz jej załączników III-1 i III-2. Niestety, nie tylko nie ma on właściwego i skutecznego umocowania w ustawie o ochronie przyrody czy w ustawie Prawo Łowieckie (problem ten nie jest przedmiotem tej Opinii) czy innych postanowieniach omawianego rozporządzenia, ale jest także sprzeczny z postanowieniami Dyrektywy.

31. Zgodnie z art. 6 ust. 2 DP taksony wymienione w jej Załączniku III-1 mają (moga) być popuszczone do obrotu pod warunkiem ich legalnego uzyskania („nabycia” wg oficjalnego polskiego tłumaczenia). Tymczasem w Załączniku 4 rozporządzenia nie uwzględniono czterech taksonów z Załącznika III-1 Dyrektywy – góropatwy berberyjskiej (*Alectoris barbara*), góropatwy czerwonej (*Alectoris rufa*), pardwy – podgatunku nominatywnego (*Lagopus lagopus lagopus*) oraz pardwy szkockiej (*L. l. scoticus et hibernicus*). Przyjmując nawet prawo państw członkowskich do stasowania przepisów bardziej restrykcyjnych w celu ochrony swoich walorów przyrodniczych, należy zwrócić uwagę, że żaden z tych gatunków nie jest rodzimy dla Polski, a wszystkie i tak znajdują się w Polsce w obrocie (PTOP „Salamandra” – niepublikowane dane z monitoringu handlu chronionymi gatunkami zwierząt w Internecie). Brak więc przesłanek merytorycznych do wykluczenia ich z Załącznika 4. Oczywiście ich uwzględnienie musi się wiązać z dodaniem generalnego zakazu handlu gatunkami naturalnie występującymi w Europie w stanie dzikim.

32. Zgodnie z art. 6 ust. 3 Dyrektywy Ptasiej, państwa mogą dopuścić, z pewnymi ograniczeniami, czynności wymienione w ust. 1 tego artykułu w stosunku do taksonów wymienionych w Załączniku III-2 Dyrektywy, pod warunkiem, że wcześniej skonsultują to z Komisją, a ta poinformuje je o braku zastrzeżeń. W przypadku wprowadzenia takiego ograniczonego zwolnienia z zakazu, państwa członkowskie mają obowiązek regularnie kontrolować przestrzeganie warunków, na jakich je udzielono.

W Załączniku 4 uwzględniono 4 taksony z Załącznika III-2: gęgawę (*Anser anser*), cyraneczkę (*Anas crecca*), głowienkę (*Aythya ferina*) i czernicę (*Aythya fuligula*). Czy przeprowadzono wcześniej obowiązkową konsultację i otrzymano od Komisji potwierdzenie braku zastrzeżeń? Nie wprowadzono żadnych ograniczeń dotyczących stosowania tego wyłączenia, ani mechanizmów umożliwiających jego skuteczną kontrolę.

33. W załączniku 4 uwzględniono także gęś białoczelną (*Anser albifrons*). Tymczasem w Załączniku III-2 znajduje się obecnie jedynie jej podgatunek nominatywny (*A. a. albifrons*). Oznacza to, że z zastrzeżeniami opisanymi w punkcie 32 Opinii tylko w stosunku do niego można wprowadzić takie zwolnienie z zakazów. Podgatunek *Anser albifrons flavirostris* jest zamieszczony w Załączniku I Dyrektywy.

34. W Załączniku 4 uwzględniono także gęś zbożową (*Anser fabalis*), która nie została zamieszczona ani w załączniku III-1, ani III-2, a więc nie można w stosunku do tego gatunku wprowadzać takiego zwolnienia z zakazów (choć na razie i tak zakazu tego nie wprowadzono – patrz punkt 35 Opinii).

35. Zasadnicze wątpliwości budzi w ogóle zamieszczanie w tym załączniku gatunków łownych, w stosunku do których w Polskim prawie nie ma zakazu sprzedaży (co jest sprzeczne z Dyrektywą Ptasią). W stosunku do nich załącznik ten niczego nie reguluje. Sens miałoby to

tylko wówczas, gdyby wprowadzić odpowiedni zakaz do Prawa Łowieckiego lub przepisów pokrewnych i odwołać się do tego załącznika jako wskazującego wyjątki od zakazu. Zamieszczenie innych gatunków niż łowne (brakujących gatunków obcych) będzie miało sens tylko wówczas, jeśli w tekście rozporządzenia doda się odpowiedni zakaz oraz odwołanie do Załącznika 5 jako określającego wyjątki od niego (porównaj pkt 17 Opinii).

VI. Załącznik 5 do rozporządzenia

Załącznika 5 nie zmieniono w stosunku do poprzedniej wersji rozporządzenia, pozostawiając wszystkie dotychczasowe błędy.

36. W Załączniku 5 powtórzono za poprzednią wersją rozporządzenia pomieszany porządek systematyczny wymienionych tam gatunków ptaków. Różne rodziny z rzędu szponiastych są poroździelane innymi rzędami. Należy konsekwentnie zastosować kolejność taką jak w Załączniku 1.

37. Niezależnie od wątpliwości, czy określanie terminów ochrony w strefach ochrony okresowej mieści się w ramach upoważnienia z delegacji do wydania tego rozporządzenia, powtórzono niezrozumiały błąd w nagłówku kolumny szóstej tabeli w Załączniku 5. Zamiast „Okresowy termin ochrony” powinno być „Terminy ochrony okresowej”.

38. Rozważyć można, czy maksymalna strefa ochronnej okresowej dla gniewosza o promieniu 500 m od stanowiska nie jest zbyt duża. Być może wystarczająca byłoby np. strefa 200 m. Jednak dla podjęcia tej decyzji wskazane byłoby zebranie informacji – ile stref dla tego gatunku utworzono i o jakich rozmiarach?

39. W „Poradniku ochrony siedlisk i gatunków Natura 2000” proponowane jest wprowadzenie stref ochronnych dla sóweczki i włochatki, o promieniu 50 m od ich gniazd. Proponujemy uwzględnienie tego postulatu.

40. Również w odniesieniu do cietrzewia i głuszca należałoby przeprowadzić podsumowanie skuteczności dotychczasowych stref ochronnych i ew. rozważyć korektę zapisów dla tych gatunków. Nie jest to jednak możliwe w czasie, który dano na opracowanie niniejszej Opinii.

VII. Uzasadnienie projektu rozporządzenia

41. Istotne wątpliwości nasuwa wykładnia prawna zawarta w uzasadnieniu do projektu rozporządzenia, a dotycząca pojęcia „umyślności”, w tym w szczególności jego zastosowania do gospodarki leśnej prowadzonej na podstawie planu urządzenia lasu.

Można zgodzić się z interpretacją, że jeżeli plan urządzenia lasu został poddany **właściwie wykonanej** ocenie oddziaływania na środowisko, w zakres której wchodziła m.in. ocena ryzyka oddziaływania tego planu na **dane** gatunki chronione, i w wyniku oceny ustalono, że ryzyko naruszania zakazów ochrony gatunkowej nie ma, to wówczas wykonywanie działań przewidzianych w tym planie, nawet jeżeli spowoduje nieświadome zniszczenie stanowiska gatunku chronionego, nie powinno być ocenione jako wykroczenie umyślne (za wyjątkiem oczywiście sytuacji, gdy prowadzący gospodarkę ma konkretną informację o występowaniu

w danym miejscu gatunku chronionego i zagrożeniu, jakim mogą być dla niego prace leśne – wówczas zniszczenie gatunku w wyniku tych prac byłoby zdecydowanie umyślne).

Jednak nie jest wcale pewne, czy oceny oddziaływania planów urządzania lasu na środowisko będą w ogóle zawierać ten zakres. Można bowiem oceny te ograniczyć do zagadnienia ewentualnego znaczącego oddziaływania na obszar Natura 2000 (czyli wyłącznie do zakresu wynikającego wprost z art. 6 ust. 3 Dyrektywy Siedliskowej). Wówczas zagadnienie ryzyka naruszania zakazów ochrony gatunkowej pozostanie poza przedmiotem oceny. Oczywiście jest, że taka ocena nie mogłaby wówczas dawać podstaw do automatycznego kwalifikowania jako „nieumyślne” wszystkich szkód w gatunkach chronionych, powodowanych przez gospodarke prowadzoną na podstawie takiego planu.

Oczywiście, można zakres oceny oddziaływania planu urządzania lasu na środowisko rozszerzyć ponad wymóg art. 6 ust. 3 Dyrektywy Siedliskowej i włączyć do niego zagadnienie oddziaływania na gatunki chronione (w tym ocenę ryzyka naruszania zakazów ochrony gatunkowej). Byłoby to bliskie wykładni dokonanej orzecznictwem TSWE, w myśl której „system ścisłej ochrony” wymagany artykułem 12 Dyrektywy Siedliskowej, to nie tylko zbiór zakazów, ale system spójnych i wzajemnie powiązanych działań prewencyjnych (por. sprawy C-518/04 *Vipera schweitzeri* on Milos, C-103/00 *Caretta caretta* on Zakynthos). Odpowiednią prewencyjną ocenę ryzyka można uznać za element takiego systemu (por. sprawa C-183/05).

Należy zauważyć, że przepisy ochrony gatunkowej wymagają w większości przypadków zabronienia określonych działań wobec gatunku, niezależnie czy ich oddziaływanie na ten gatunek jest „znaczące”. Ustalenie braku ryzyka „znaczącego negatywnego oddziaływania” na gatunek nie będzie tożsame z brakiem ryzyka naruszania zakazów jego ochrony gatunkowej.

42. Należy podkreślić, że art. 12 ust. 1 lit. b Dyrektywy Siedliskowej zobowiązuje do zabronienia nawet **nieumyślnego** niszczenia lub uszkodzenia miejsc rozrodu i odpoczynku zwierząt z jej Załącznika IV. Prawo polskie transponuje ten zakaz, nie przewidując jednak za jego naruszenie żadnej sankcji (budzi to pewne wątpliwości co do efektywności przepisu i tym samym co do prawidłowości takiej transpozycji).

Autorzy uzasadnienia do projektu rozporządzenia błędnie utożsamiają brak zagrożenia karą z brakiem zakazu, sugerując, że nieumyślne naruszenie któregokolwiek z zakazów ochrony gatunkowej nie stoi w sprzeczności z prawem ochrony przyrody. Taka praktyka interpretacyjna pogłębia wątpliwości, czy transpozycja w formie „zakazu bez sankcji” jest wystarczająca. Jeżeli nawet przygotowujący projekt pracownicy Generalnej Dyrekcji Ochrony Środowiska uważają, że naruszenie zakazu, dopóki nie jest wykroczeniem, nie stoi w sprzeczności z prawem, to tym samym deklarują, i to z ramienia właściwego w tej sprawie organu, „przyzwolenie” na nieumyślne niszczenie lub uszkodzenie miejsc rozrodu i odpoczynku gatunków chronionych, co stoi w wyraźnej sprzeczności z art. 12 ust 1 lit. d Dyrektywy. Należy przypomnieć, że w myśl orzecznictwa TSWE (C-441/02, C-342/05) nie tylko sama treść przepisów, ale i „praktyka administracyjna o pewnym stopniu powtarzalności i powszechności” może stanowić uchybienie obowiązkowi wynikającym z Dyrektywy.

W imieniu Zarządu PTOP „Salamandra”



dr Andrzej Kepel
prezes