

OPINIA PRAWNA

dotycząca zgodności komercyjnego odstrzału żubrów z unijnymi i polskimi przepisami dotyczącymi ochrony gatunkowej - na przykładzie działań w Nadleśnictwie Borki
sporządzona dnia 10 marca 2017 r.
przez r. pr. Magdalenę Bar
z kancelarii Jendrośka Jerzmański Bar i Wspólnicy. Prawo gospodarcze i ochrony środowiska, sp. z o.o. we Wrocławiu
na zlecenie Greenpeace Polska

Spis treści:

- I. Cel i przedmiot opinii
- II. Stan faktyczny
- III. Analiza prawna
- IV. Podsumowanie

I. Cel i przedmiot opinii

1. Opinia ma na celu przedstawienie prawnych uwarunkowań dotyczących odstrzału żubrów - z uwzględnieniem unijnego i polskiego prawa ochrony środowiska.
2. Opinia sporządzona została w odniesieniu do konkretnego, opisanego niżej, stanu faktycznego, na podstawie dokumentów przedstawionych przez Zamawiającego. Zawiera jednak rozważania bardziej ogólne, dotyczące innych przypadków odstrzału.
3. Opinia nie obejmuje oceny zasadności Strategii ochrony żubra w Polsce¹ ani Programu ochrony żubra w Puszczy Boreckiej; nie zawiera też rozstrzygnięć ani rozważań jakie działania są zasadne i pożądane z punktu widzenia właściwej ochrony tego gatunku. Nie są to bowiem zagadnienia prawne.

II. Stan faktyczny

1. Dnia 1 października 2014 r. Nadleśniczy Nadleśnictwa Kobiór wystąpił do GDOŚ z wnioskiem o wydanie zezwolenia na transport sześciu żubrów, z własnej hodowli w rezerwacie faunistycznym „Żubrowisko” do dalszej hodowli w nadleśnictwie Borki.

¹ Dokument zaakceptowany przez Ministerstwo Środowiska w sierpniu 2007 r.; <http://www.smz.waw.pl/wp-content/uploads/Strategia.pdf>

2. Dnia 27 listopada 2014 r. GDOŚ wydał decyzję zezwalającą na transport zwierząt „do hodowli zlokalizowanej na terenie Nadleśnictwa Borki”. Decyzja ta nie posiada uzasadnienia - organ wskazał, że odstępuje od niego na podstawie art. 107 § 4 Kpa, z uwagi na uwzględnienie w całości żądania strony.

3. Dnia 24 grudnia 2014 r. Nadleśniczy Nadleśnictwa Borki wystąpił do GDOŚ z wnioskiem o zezwolenie na zabicie owych sześciu żubrów przewiezionych z Nadleśnictwa Kobiór oraz na wywiezienie za granicę ich głów i skór.

4. Dnia 23 lutego 2015 r. Państwowa Rada Ochrony Przyrody (PROP) przedstawiła - na wniosek GDOŚ - negatywną opinię odnośnie dopuszczalności wydania zezwolenia na zabicie żubrów. W uzasadnieniu opinii Rada wskazała m.in., że we wniosku o zezwolenie nie przedstawiono celu wnioskowanej czynności, która mieściłaby się w jednej z dozwolonych przesłanek z art. 56 ust. 4 ustawy o ochronie przyrody, a także, że nie wykazano przekonywująco, iż nie ma rozwiązań alternatywnych.

5. Dnia 3 czerwca 2015 r. GDOŚ wydał decyzje odmawiającą wydania zezwolenia na zabicie żubrów.

6. W wyniku ponownego rozpatrzenia sprawy (na skutek wniosku Nadleśniczego Nadleśnictwa Borki) GDOŚ dnia 19 października 2015 r. wydał decyzję, którą uchylił poprzednią decyzję GDOŚ i zezwolił na zabicie żubrów oraz na wywiezienie za granicę ich głów i skór.

W uzasadnieniu tej decyzji GDOŚ wskazał - w ślad za wnioskiem i wyjaśnieniami wnioskodawcy - że żubry, o które chodzi to samce w wieku 4-6 lat, a więc zbyt stare, aby dziko żyjące stado mogło je przyjąć i zaakceptować, a jednocześnie zbyt młode, aby mogły wywalczyć miejsce w stadzie siłą. Wskazano jednocześnie, że obecnie nie planuje się tworzenia innego wolno żyjącego stada, gdzie żubry te mogłyby się znaleźć jako osobniki dominujące.

GDOŚ zaznaczył też, że z punktu wprowadzania żubrów do środowiska naturalnego żubry te były przetrzymywane w hodowli zamkniętej zbyt długo (należało podjąć odpowiednie działania zanim skończyły one 2 lata).

Ponadto GDOŚ wskazał, że fakt, iż we wniosku o transport deklarowano dalszą hodowlę żubrów jest jedynie pośrednio związany z obecnym wnioskiem i analizą możliwości zezwolenia na zabicie żubrów.

GDOŚ wskazał, że eliminacja żubrów nie będzie szkodliwa dla zachowania dziko żyjącej populacji, ponieważ stanowią one będą tylko 2,7% żubrów w hodowli i 0,5% osobników występujących w stadach wolnych.

Dalej w uzasadnieniu podniesiono, że w omawianej sprawie nie ma rozwiązań alternatywnych [nie wskazano jednak rozwiązań „czego”, tj. wypełnienia jakiego celu - przy. aut.], ponieważ hodowle zamknięte „nie są zainteresowane posiadaniem kolejnych osobników samców żubra, natomiast w perspektywie najbliższego roku nie będą tworzone nowe stada wolnościowe”.

Następnie w uzasadnieniu wspomina się, że zabicie żubrów leży w interesie populacji dziko występującej, ponieważ „dalsze ich utrzymywanie w zagrodach będzie blokowało miejsce dla potencjalnych samic, które w dużym stopniu decydują o przyroście populacji i możliwości narodzin nowych osobników, które to młode osobniki (w wieku poniżej 2,5 roku) będzie można dołączyć do wolnożyjących stad”.

7. Żubry objęte zezwoleniem zostały zabite przez myśliwych w ramach tzw. polowania komercyjnego (czyli takiego, w którym nadleśnictwo pobiera od myśliwych opłatę za możliwość zabicia żubra i pozyskania jego głowy i skóry).

III. Analiza prawna

Wprowadzenie

1. Żubr jest gatunkiem chronionym na podstawie prawa międzynarodowego, unijnego, a także polskiego.

Ratyfikowana przez Polskę Konwencja Berneńska² w wymienia w załączniku II (zatytułowanym „Ściśle chronione gatunki fauny”) oraz w załączniku III („Chronione gatunki fauny”) gatunki z rodziny *Bovidae*, do których w Polsce należy m.in. żubr.

Żubr wymieniony jest też w załączniku IV lit. a) dyrektywy habitatowej³, który to załącznik zawiera listę gatunków roślin i zwierząt wymagających ochrony ścisłej.

W prawie polskim żubr wymieniony jest w pkt 2 załącznika 1 (zatytułowanego „Gatunki zwierząt objętych ochroną ścisłą”) do rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 16 grudnia 2016 r. w sprawie ochrony gatunkowej zwierząt⁴, wydanego na podstawie art. 49 ustawy o ochronie przyrody⁵ (dalej też jako: uop).

2. Sytuacja prawna okazów żubrów różni się nieco w zależności od tego, czy mamy do czynienia ze zwierzętami „dziko występującymi” (czyli przebywającymi - i zabijanymi - na wolności), czy znajdującymi się w hodowli.

Mianowicie, zarówno dyrektywa habitatowa, jak i Konwencja Berneńska dotyczą zwierząt żyjących (występujących) dziko. Ich przepisy nie będą więc miały zastosowania do zwierząt przebywających w hodowli. Do tych ostatnich mają jednak zastosowanie określone przepisy prawa polskiego (zob. niżej).

3. Ustawa o ochronie przyrody w art. 5 pkt 15a definiuje m.in. zwierzę dziko występujące jako zwierzę:

„a) nie pochodzące z uprawy lub hodowli,

² Konwencja o ochronie gatunków dzikiej flory i fauny europejskiej oraz ich siedlisk, sporządzona w Bernie dnia 19 września 1979 r. (Dz. U. z 1996 Nr 58, poz. 263 zał.; sprost. Dz. U. z 2000 Nr 12, poz. 154)

³ Dyrektywa Rady 92/43/EWG z dnia 21 maja 1992 r. w sprawie ochrony siedlisk przyrodniczych oraz dzikiej fauny i flory (Dz. Urz. WE L 206 z 22.07.1992 ze zm.)

⁴ Dz. U. z 2016 r., poz. 2183

⁵ Ustawa z dnia 16 kwietnia 2004 r. o ochronie przyrody (tekst jedn. Dz. U. z 2016 r., poz. 2124 ze zm.)

b) wprowadzone do środowiska przyrodniczego w celu odbudowy lub zasilenia populacji”.

Definicja ta została do ustawy o ochronie przyrody wprowadzona ustawą z dnia 13 lipca 2012 r. o zmianie ustawy o ochronie przyrody oraz niektórych innych ustaw⁶.

W uzasadnieniu projektu ustawy zmieniającej⁷ wskazano:

„Zgodnie z zaproponowaną definicją za (...) zwierzę (...) dziko występujące uznawane będą żywe osobniki i ich części, które są w środowisku przyrodniczym lub zostały z niego pozyskane. Pojęcie to nie będzie obejmowało osobników, które pochodzą ze sztucznego rozmnażania, tj. z hodowli lub uprawy, z wyłączeniem tych, które zostały wprowadzone do środowiska przyrodniczego np. w celu restytucji”.

4. Z przytoczonej definicji wynika, że żubry, których dotyczą przekazane przez Zamawiającego dokumenty nie były zwierzętami „dziko żyjącymi” - pochodziły z hodowli, a z przekazanej dokumentacji nie wynika, aby przed zabiciem zostały wprowadzone do środowiska (wręcz przeciwnie, w uzasadnieniu decyzji GDOŚ wskazano, że nie mogły zostać dołączone do stada przebywającego na wolności).

5. Sposób określenia zwierzęcia dziko żyjącego zastosowany w powyższej definicji można odnieść także do prawa unijnego i międzynarodowego, jako że trafnie oddaje ona istotę sytuacji.

6. Ze względu na to, że przedstawiony przez Zamawiającego stan faktyczny dotyczy żubrów w hodowli, poniżej przedstawione zostaną najpierw regulacje prawne dotyczące żubrów znajdujących się w takiej właśnie sytuacji, a następnie - tych występujących dziko (choć trzeba zaznaczyć, że przepisy dotyczące żubrów dziko żyjących są bardziej rozbudowane, natomiast regulacje odnoszące się do zwierząt chronionych z hodowli są niejako pochodną przepisów dotyczących zwierząt na wolności).

Żubry w hodowli (inne niż „dziko występujące”)

7. Zgodnie z art. 52 ust. 1a pkt 1, 3 i 7 uop:

„W stosunku do innych niż dziko występujących zwierząt gatunków objętych ochroną gatunkową mogą być wprowadzone następujące zakazy:

1) umyślnego zabijania; (...)

3) transportu; (...)

7) wwożenia z zagranicy lub wywożenia poza granicę państwa okazów gatunków”.

8. Zakazy te zostały wprowadzone wspomnianym już wyżej rozporządzeniem Ministra Środowiska z dnia 16 grudnia 2016 r. w sprawie ochrony gatunkowej zwierząt. Rozporządzenie to w § 7 stanowi:

⁶ Dz. U. z 2012 r., poz. 985

⁷ Sejm RP VII kadencji, nr druku: 441

„§ 7. W stosunku do innych niż dziko występujących zwierząt, należących do gatunków objętych ochroną ścisłą oraz częściową (...) wprowadza się następujące zakazy:

1) umyślnego zabijania;

2) transportu;

(...)

6) wwożenia z zagranicy lub wywożenia poza granicę państwa okazów gatunków.”

9. W czasie kiedy wydawana była omawiana decyzja GDOŚ z dnia 19 października 2015 r. zezwalająca na zabicie żubrów obowiązywało poprzednie rozporządzenie - Ministra Środowiska z dnia 6 października 2014 r. w sprawie ochrony gatunkowej zwierząt⁸, jednak § 7 dawnego rozporządzenia brzmiał identycznie jak w rozporządzeniu obecnym.

10. Co do zasady zatem zabijanie żubrów było i jest prawnie zakazane.

11. Ustawa o ochronie przyrody przewiduje jednak możliwości zwolnienia z obowiązujących zakazów - ale tylko w ściśle określonych przypadkach.

Zwolnienie takie (czyli zezwolenie np. na transport lub zabicie zwierząt) przyznawane jest w drodze decyzji RDOŚ lub GDOŚ wydawanej na podstawie art. 56 ust. 1 uop (w omawianym przypadku właściwy jest GDOŚ).

12. Zgodnie z art. 56 ust. 4 uop zezwolenie może być wydane pod następującymi warunkami:

A. dokonanie wnioskowanych czynności jest uzasadnione jedną z poniższych okoliczności:

- 1) leżą one w interesie ochrony dziko występujących gatunków roślin, zwierząt, grzybów lub ochrony siedlisk przyrodniczych lub
- 2) wynikają z konieczności ograniczenia poważnych szkód w odniesieniu do upraw rolnych, inwentarza żywego, lasów, rybostanu, wody lub innych rodzajów mienia, lub
- 3) leżą w interesie zdrowia lub bezpieczeństwa powszechnego, lub
- 4) są niezbędne w realizacji badań naukowych, działań edukacyjnych lub celów związanych z odbudową populacji, reintrodukcją gatunków roślin, zwierząt lub grzybów, albo do celów działań reprodukcyjnych, w tym do sztucznego rozmnażania roślin, lub
- 5) umożliwiają, w ściśle kontrolowanych warunkach, selektywnie i w ograniczonym stopniu, zbiór, pozyskiwanie lub przetrzymywanie okazów roślin lub grzybów oraz chwytanie, pozyskiwanie lub przetrzymywanie okazów zwierząt gatunków objętych ochroną w liczbie określonej przez wydającego zezwolenie, lub
- 6) w przypadku gatunków objętych ochroną ścisłą, gatunków ptaków oraz gatunków wymienionych w załączniku IV dyrektywy Rady 92/43/EWG z dnia 21 maja 1992 r. w sprawie ochrony siedlisk przyrodniczych oraz dzikiej fauny i flory - wynikają z koniecznych wymogów nadrzędnego interesu publicznego, w tym wymogów o charakterze społecznym lub gospodarczym lub wymogów związanych z korzystnymi skutkami o podstawowym znaczeniu dla środowiska, lub

⁸ Dz. U. z 2014 r. poz. 1348

- 7) w przypadku gatunków innych niż wymienione w pkt 6 - wynikają ze słusznego interesu strony lub koniecznych wymogów nadrzędnego interesu publicznego, w tym wymogów o charakterze społecznym lub gospodarczym lub wymogów związanych z korzystnymi skutkami o podstawowym znaczeniu dla środowiska.

oraz dodatkowo:

B. nie ma rozwiązań alternatywnych oraz

C. nie są szkodliwe dla zachowania we właściwym stanie ochrony dziko występujących populacji chronionych gatunków roślin, zwierząt lub grzybów.

13. Warunki wymienione powyżej w pkt A-C muszą być spełnione łącznie (oczywiście wystarczy tylko jeden spośród celów z punktu A).

14. Wypełnienie wskazanych wyżej warunków ma obowiązek wykazać organ wydający zezwolenie (w tym wypadku: GDOŚ) w ramach prowadzonego postępowania, na podstawie wniosku złożonego przez zainteresowanego dokonaniem określonych działań.

Dowodem na to, że spełnienie warunków zostało prawidłowo sprawdzone i wykazane jest uzasadnienie decyzji (zezwolenia). W uzasadnieniu tym organ powinien opisać (uzasadnić właśnie) na jakiej podstawie uznał opisane wyżej warunki za wypełnione.

W przypadku, gdy postępowanie wykaże, iż powyższe warunki nie są spełnione, organ powinien wydać decyzję odmowną.

15. Uzasadnienie przekazanej przez Zamawiającego decyzji GDOŚ z dnia 19 października 2015 r. zezwalającej na zabicie żubrów nie spełnia powyższych warunków.

Przede wszystkim nie wskazano w nim w zasadzie celu, realizacji którego odstrzał żubrów miałby służyć. Na przedostatniej, 9 stronie uzasadnienia wspomina się jedynie, że zabicie żubrów, o których mowa w decyzji leży w interesie populacji dziko występującej, ponieważ „dalsze ich utrzymywanie w zagrodach będzie blokowało miejsce dla potencjalnych samic, które w dużym stopniu decydują o przyroście populacji i możliwości narodzin nowych osobników, które to młode osobniki (w wieku poniżej 2,5 roku) będzie można dołączyć do wolnożyjących stad”.

Nie wskazano jednak o jakie konkretnie samice chodzi, nie wskazano czy jest już jakiś plan wprowadzenia ich do określonej zagrody, czy one w ogóle istnieją itd.

Uzasadnienia takiego nie można więc uznać za wystarczające.

Budzi też ono wątpliwości w kontekście praktyki zaprezentowanej choćby w omawianej sprawie - skoro tu popełniono wskazany przez GDOŚ błąd polegający na zbyt długim przetrzymywaniu żubrów w hodowli zamkniętej (do wieku 4-6 lat), to nie ma przesłanek aby sądzić, że młode urodzone przez „potencjalne samice” zostałyby potraktowane inaczej.

16. Z określeniem celu wiąże się kolejny warunek, a mianowicie brak rozwiązań alternatywnych. Należy przy tym podkreślić, że chodzi tu o **brak rozwiązań alternatywnych pozwalających na osiągnięcie jednego z wymienionych wyżej celów**. Inaczej mówiąc, po określeniu celu jaki ma być zrealizowany należy rozważyć, czy nie można go osiągnąć w inny

sposób niż przez zniesienie określonego zakazu (np. zakazu zabijania chronionych zwierząt). Podejście takie - w odniesieniu do żubrów dziko żyjących - potwierdza też przedstawiona w wytycznych Komisji Europejskiej interpretacja art. 16 dyrektywy habitatowej (zob. niżej pkt 31). W związku z tym, że polski art. 56 ust. 4 uop dotyczy zarówno zwierząt dziko żyjących, jak i znajdujących się w hodowlach, należy przyjąć, że interpretacja ta rozciąga się także na zwierzęta z hodowli.

Skoro w omawianej decyzji GDOŚ z 19 października 2015 r. nie określono wystarczająco celu działań, to nie można mówić o prawidłowym rozważaniu rozwiązań alternatywnych. Jeśli nawet przyjąć by, że celem jest „nieblokowanie zagród dla przyszłych samic”, co miałyby być z korzyścią dla ochrony zwierząt na wolności, to trzeba zauważyć, że pewne rozważania co do rozwiązań alternatywnych znajdujące się w uzasadnieniu decyzji (dotyczące konieczności zabicia żubrów powołując się na ich wiek, niemożliwość włączenia ich do stad istniejących, braku nowotworzonych stad itd.) są prowadzone „w próżni”, czyli bez żadnego odniesienia do założonego celu, jaki ma być zrealizowany (czyli przesłanki z art. 56 ust. 4 pkt 1-7 uop), a wręcz poprzedzają próbę sformułowania tegoż celu.

Choć rozstrzygnięcie odnośnie tego czy argumenty te są zasadne z punktu widzenia ochrony wolno żyjących żubrów, czy ogólniej przyrody, powinno należeć do specjalistów w tych dziedzinach (nie jest to kwestia prawna), to można zauważyć, że *prima facie* związek logiczny między ochroną dzikiej populacji, a zabiciem żubrów z hodowli wydaje się dość słaby.

Ponadto już sam sposób sformułowania uzasadnienia sugeruje, że w omawianej sprawie nie przeprowadzono wymaganego przepisami ciągu działań polegającego na tym, że najpierw sformułowano cel jaki ma być zrealizowany (uzasadniony jedną z przesłanek z art. 56 ust. 4 uop), a następnie szukano innego alternatywnego sposobu zrealizowania tego celu i wobec jego niezrealizowania zezwolono na zabicie żubrów; uzasadnienie wskazuje raczej, że określenia owego celu dokonano niejako „na siłę”, dla usprawiedliwienia zrealizowania zamiaru zastrzelenia żubrów.

18. Spełnienie kolejnego warunku, a więc wykazanie, że działania, na które wydawane jest zezwolenie nie będą szkodliwe dla zachowania we właściwym stanie ochrony dziko występujących populacji chronionych gatunków roślin, zwierząt lub grzybów również musi być w uzasadnieniu odpowiednio wykazane. W omawianym przypadku ten akurat warunek można chyba uznać za spełniony, jako że postępowanie dotyczyło żubrów z hodowli, a nie dziko żyjących.

19. Jak sygnalizowano wyżej, ocena tego czy w danym przypadku zabicie zwierząt rzeczywiście konieczne jest ze względu na „interes ochrony dziko występujących gatunków”, a także czy tego celu nie można osiągnąć w inny sposób niż poprzez odstrzał i czy nie ucierpi przy tym populacja dziko żyjących żubrów, należy do przyrodników (specjalistów w danej dziedzinie).

Przepisy nakazują jednak, aby ocena taka była dokonywana indywidualnie w każdym przypadku. Nie jest tu wystarczające odwołanie się do ogólnego dokumentu jakim jest np. Strategia ochrony żubra (która zresztą też wskazuje zabijanie żubrów jako ostateczność).

Strategia i inne podobne dokumenty nie mają statusu aktu prawnego; nie zawierają też rozstrzygnięć ani wskazówek, które mogłyby mieć automatyczne zastosowanie do każdej indywidualnej sytuacji.

20. Prawdliwość wydanego zezwolenia, w tym wykazania w nim spełnienia ustawowych przesłanek podlega - jak każda decyzja administracyjna - kontroli sądu administracyjnego. Uruchomienie kontroli sądowej wymagałoby złożenia skargi przez uprawniony do tego podmiot, którym mogłaby być organizacja ekologiczna o ile udałoby się jej włączyć - na prawach strony - do postępowania w sprawie wydania zezwolenia (na podstawie art. 31 Kpa).

21. Należy jednak pamiętać, że w przypadku, gdyby uznano, że przesłanki pozwalające na udzielenie zezwolenia na zabicie żubrów zostały spełnione, to z punktu widzenia obowiązujących przepisów nie ma już znaczenia czy uśmiercenie ich zostanie dokonane w drodze tzw. polowania komercyjnego, czy w inny sposób np. przy użyciu środka farmakologicznego (oczywiście pod warunkiem, że dokonałyby go osoby uprawnione, nie stosowano by zakazanych metod polowania itd.).

Żubry dziko występujące

22. Odnośnie żubrów dziko żyjących ustawa o ochronie przyrody i rozporządzenie Ministra Środowiska z dnia 16 grudnia 2016 r. w sprawie ochrony gatunkowej zwierząt także przewidują zakaz ich umyślnego zabijania, transportu oraz wwożenia z zagranicy lub wywożenia poza granicę państwa okazów gatunków.

Zakazy te zawarte są odpowiednio w art. 52 ust. 1 pkt 1, 4 i 11 uop oraz w § 6 ust. 1 pkt 1, 4 i 11 rozporządzenia.

23. Podobnie jak w przypadku żubrów z hodowli, także i w odniesieniu do żubrów dziko żyjących GDOŚ (w niektórych przypadkach RDOŚ) może udzielić zezwolenia na odstępstwo od wymienionych wyżej zakazów.

Także w tym wypadku zezwolenie takie wydawane jest na podstawie powołanego już wyżej art. 56 ust. 4 uop.

Zastosowanie mają tu więc te same warunki dopuszczalności wydania zezwolenia, jakie opisano wyżej w odniesieniu do żubrów z hodowli - i w taki sam sposób muszą one być wykazane i uzasadnione przez organ wydający zezwolenie.

24. Żubrów dziko żyjących dotyczą także przepisy dyrektywy habitatowej.

25. Zgodnie z art. 12 ust. 1-3 tej dyrektywy:

„1. Państwa członkowskie podejmą wymagane środki w celu ustanowienia systemu ścisłej ochrony gatunków zwierząt wymienionych w załączniku IV lit. a) w ich naturalnym zasięgu, zakazujące:

a) jakichkolwiek form celowego chwytania lub zabijania okazów tych gatunków dziko występujących

- b) celowego niepokożenia tych gatunków, w szczególności podczas okresu rozrodu, wychowu młodych, snu zimowego i migracji*
- c) celowego niszczenia lub wybierania jaj*
- d) pogarszania stanu lub niszczenia terenów rozrodu lub odpoczynku.*

2. W odniesieniu do tych gatunków państwa członkowskie wprowadzają zakaz przetrzymywania, transportu, sprzedaży lub wymiany oraz oferowania do sprzedaży lub wymiany okazów pozyskanych ze stanu dzikiego, z wyjątkiem tych pozyskanych legalnie przed wprowadzeniem w życie niniejszej dyrektywy.

3. Zakazy przewidziane w ust. 1 lit. a) i b) i w ust. 2 odnoszą się do wszystkich etapów życia tych zwierząt, do których stosuje się niniejszy artykuł.”

Jak wskazano wyżej, żubr jest wymieniony w załączniku IV lit. a), a zatem powyższy przepis dotyczy tego gatunku.

26. Zgodnie natomiast z art. 16 ust. 1 dyrektywy:

„1. Pod warunkiem że nie ma zadowalającej alternatywy i że odstępstwo nie jest szkodliwe dla zachowania populacji danych gatunków we właściwym stanie ochrony w ich naturalnym zasięgu, państwa członkowskie mogą wprowadzić odstępstwa od przepisów art. 12, 13, 14 i 15 lit. a) i b):

- a) w interesie ochrony dzikiej fauny i flory oraz ochrony siedlisk przyrodniczych;*
- b) aby zapobiec poważnym szkodom, w szczególności w odniesieniu do upraw, zwierząt gospodarskich, lasów, połowów ryb, wód oraz innych rodzajów własności;*
- c) w interesie zdrowia i bezpieczeństwa publicznego lub z innych powodów o charakterze zasadniczym wynikających z nadrzędnego interesu publicznego, w tym z powodów o charakterze społecznym lub gospodarczym oraz powodów związanych z korzystnymi skutkami o podstawowym znaczeniu dla środowiska;*
- d) do celów związanych z badaniami i edukacją, z odbudową populacji i ponownym wprowadzeniem określonych gatunków oraz dla koniecznych do tych celów działań reprodukcyjnych, włączając w to sztuczne rozmnażanie roślin;*
- e) aby umożliwić, w ściśle nadzorowanych warunkach, w sposób wybiórczy i w ograniczonym stopniu, pozyskiwanie lub przetrzymywanie niektórych okazów gatunków wymienionych w załączniku IV, w ograniczonej liczbie określonej przez właściwe władze krajowe.”*

27. Powyższe przepisy dyrektywy są transponowane do polskiego prawa przez powołane wyżej art. 52 ust. 1 pkt 1, 4 i 11 uop i § 6 ust. 1 pkt 1, 4 i 11 rozporządzenia (art. 12 dyrektywy) oraz przez art. 56 ust. 4 uop (art. 16 dyrektywy). W związku z tym te przepisy polskie muszą być interpretowane w zgodzie z dyrektywą, a także dotyczącym jej orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE) i wytycznymi Komisji Europejskiej.

28. Interpretacja cytowanych wyżej przepisów dyrektywy została przedstawiona w przygotowanych przez Komisję Europejską wytycznych „*Guidance document on the strict protection of animal species of Community interest under the Habitats Directive 92/43/EEC*”⁹.

29. Odnośnie stosowania derogacji wytyczne wskazują przede wszystkim, że:

*“Derogation provisions need to be **interpreted narrowly**: they must deal with precise requirements and specific situations. It is up to the competent authority with the greatest territorial overview to ensure that the totality of derogations in a Member State **does not lead to effects that go against the objectives of the Directive.**”*¹⁰¹¹ (str. 54).

Obowiązek zawężającej interpretacji warunków, w których dozwolone jest udzielenie derogacji podkreśla też Trybunał Sprawiedliwości UE, który w wyroku w sprawie C-6/04 (KE vs. Wielka Brytania) stwierdził, że „*art. 16 dyrektywy siedliskowej precyzyjnie określa warunki, w których państwa członkowskie mogą odstąpić od art. 12–14 i art. 15 lit. a) i b) tej dyrektywy, w związku z czym art. 16 powinien być interpretowany zawężająco*”¹².

30. Zamawiający nie przedstawił do przygotowania niniejszej opinii stanu faktycznego dotyczącego zabijania żubrów żyjących na wolności, w związku z tym nie sposób pokusić się tu o ocenę, czy stosowana w Polsce praktyka zezwalania na zabicie żubrów wolnożyjących nie prowadzi do sytuacji niezgodnych z celem dyrektywy (czego cytowane wytyczne nie dopuszczają).

Na marginesie można tylko zaznaczyć, że gdyby wyglądała ona podobnie jak ta dotycząca żubrów z hodowli (zezwolenie na transport żubrów, odnośnie których z góry można było przewidzieć, że nie zaadoptują się do życia w nowym miejscu, w związku z czym metodą faktów dokonanych doprowadzono do sytuacji, w której zaczęto twierdzić, że nie wiadomo co z nimi zrobić, w związku z czym należy je zabić; brak jakiejkolwiek odpowiedzialności podmiotów zajmujących się hodowlą za zaistniałą sytuację itd.) - to z pewnością można by uznać, że prowadzi to do sytuacji sprzecznej z celem dyrektywy.

Zgodnie z wytycznymi, zapobieganie takim sytuacjom należy do organu krajowego o najszerzej właściwości miejscowej (*with the greatest territorial overview*) - w przypadku Polski do GDOŚ.

31. Odnośnie sprawdzenia, czy wypełniane są przewidziane przepisami warunki udzielania derogacji, w wytycznych Komisji wskazano:

„Article 16 sets three preconditions, all of which must be complied with before granting a derogation: 1) the demonstration of one or more of the reasons listed in Article 16(1) (a)-

⁹ February 2007, http://ec.europa.eu/environment/nature/conservation/species/guidance/index_en.htm

¹⁰ Wszystkie podkreślenia od autorki

¹¹ Przepisy dotyczące derogacji muszą być **interpretowane zawężająco**: muszą być one stosowane z uwzględnieniem precyzyjnych wymagań i konkretnych sytuacji. Właściwy organ krajowy o najszerzej właściwości terytorialnej ma obowiązek zapewnić, aby ogół derogacji udzielanych w państwie członkowskim **nie doprowadził do sytuacji, która byłaby sprzeczna z celem dyrektywy**. (tłum. własne)

¹² Wyrok z dnia 20 października 2005 r., pkt 111

(e), 2) the absence of a satisfactory alternative and 3) the assurance that a derogation is not detrimental to the maintenance of populations at a favourable conservation status.

Before the second and third preconditions can be examined, precondition 1 must be met: in practical terms, there is little point examining the issue of satisfactory alternatives and impact on conservation status if the actions concerned by the derogation do not come under Article 16(1) (a)-(e)¹³ (str. 54).

I dalej:

„The type and weight of the reason must also be seen in relation to the interest of the protected species **in the concrete and specific circumstances in question in order to judge the appropriateness of a derogation**”¹⁴ (str. 58).

Potwierdza to przedstawiony wyżej pogląd, że w pierwszej kolejności należy rozważyć jakiemu celowi ma służyć udzielenie derogacji, a dopiero potem - czy istnieją rozwiązania alternatywne.

32. Odnośnie rozważania alternatyw wytyczne wskazują, że:

„Based on the case law of the Court on derogations under Article 9 of Directive 79/409/EEC¹⁵, especially in Case C-10/96, an analysis of whether there is "no other satisfactory alternative" can be considered as having three parts: What is the problem or specific situation that needs to be addressed? Are there any other solutions? If so, will these resolve the problem or specific situation for which the derogation is sought? The following remarks are based on the case law of the Court on Article 9 of the Birds Directive and apply the approach adopted by the Court to Article 16.

(...)

The analysis of whether “there is no other satisfactory alternative” presumes that a specific problem or situation exists and needs to be tackled. The competent national authorities are called upon to solve this problem or situation by choosing, among the possible alternatives, the most appropriate that will ensure the best protection of the species while solving the problem/situation. To ensure the strict protection of species, these alternatives must be assessed with regard to the prohibitions listed in Article 12. They could involve alternative locations (or routes), different development scales or designs, or alternative activities, processes or methods. In any case, recourse to Article 16 derogations must be a **last resort**.

¹³ Art. 16 ustanawia trzy warunki, które muszą być spełnione łącznie, aby derogacja mogła być przyznana: 1) wykazanie, że istnieje jeden lub więcej powodów spośród wymienionych w art. 16(1) (a)-(e), 2) brak zadowalającej alternatywy oraz 3) zapewnienie, że przyznanie derogacji nie będzie szkodliwe dla zachowania populacji danych gatunków we właściwym stanie ochrony.

Przed sprawdzeniem czy spełniony jest warunek drugi i trzeci, spełniony musi być warunek pierwszy: w praktyce nicelowe byłoby sprawdzanie istnienia zadowalającej alternatywy i wpływu na właściwy stan ochrony populacji, jeżeli planowane działania nie mieszczą się na liście zawartej w art. 16(1) (a)-(e).

¹⁴ Rodzaj i waga powodu [dla którego przyznawana jest derogacja] muszą być rozpatrywane w odniesieniu do interesów chronionych gatunków **w danych konkretnych okolicznościach, tak aby można ocenić zasadność derogacji.**

¹⁵ Judgment of 12 December 1996, Ligue royale belge pour la protection des oiseaux ASBL and Société d'études ornithologiques AVES ASBL v Région Wallonne, Case C-10/96, ECR p.6775; judgment of 16 October 2003, Ligue pour la protection des oiseaux and Others v Premier ministre and Ministre de l'Aménagement du territoire et de l'Environnement, Case C-182/02

The essential common characteristic of any derogation system is that it has to yield to other requirements laid down in the Directive in the interest of conservation".¹⁶ (str. 58-59).

I dalej:

*„The second consideration is whether there is a satisfactory alternative to the derogation sought, i.e. whether the problem the authority is faced with can be solved in a way that does involve a derogation”*¹⁷ (str. 58).

33. Podobnie jak w przypadku żubrów z hodowli, w przypadku, gdyby uznano, że przesłanki pozwalające na udzielenie zezwolenia na zabicie żubrów zostały spełnione, to z punktu widzenia obowiązujących przepisów nie ma znaczenia czy uśmiercenie ich zostanie dokonane w drodze tzw. polowania komercyjnego, czy w inny sposób.

34. Jak wskazano wyżej, żubr wymieniony jest w załącznikach II i III do Konwencji Berneńskiej o ochronie gatunków dzikiej flory i fauny europejskiej oraz ich siedlisk.

Zgodnie z art. 6, 7 i 9 ust. 1 tej konwencji:

Artykuł 6

Każda z umawiających się stron podejmie właściwe i niezbędne przedsięwzięcia ustawodawcze i administracyjne, aby zapewnić szczególną ochronę gatunków dzikiej fauny, wymienionych w załączniku II. W odniesieniu do zwierząt tych gatunków muszą być przede wszystkim zakazane:

- a) wszystkie formy umyślnego chwytania, przetrzymywania i umyślnego zabijania;*
- b) umyślne uszkodzanie lub niszczenie miejsc rozrodu lub odpoczynku;*
- c) umyślne niepokojenie dzikich zwierząt, zwłaszcza w okresie rozrodu, wychowu młodych lub snu zimowego, jeżeli takie postępowanie będzie miało znaczące skutki w odniesieniu do celów niniejszej konwencji;*
- d) umyślne niszczenie lub wybieranie jaj oraz posiadanie jaj, a nawet wydmuszek;*

¹⁶ Zgodnie z orzecznictwem Trybunału dotyczącym derogacji przyznawanych na podstawie art. 9 dyrektywy 79/409/EWG, w szczególności w sprawie C-10/96, analiza tego, czy brak jest „innych zadowalających alternatyw” musi być obejmować trzy części: Jaki problem czy konkretna sytuacja muszą być rozwiązane? Czy są inne rozwiązania? Jeśli tak, czy doprowadzą one do rozwiązania problemu bądź konkretnej sytuacji, dla których miałyby być udzielona derogacja? Zalecenia te są oparte na orzecznictwie Trybunału dotyczącym art. 9 dyrektywy ptasiej, ale przedstawiają podejście Trybunału do art. 16.

(...)

Analiza tego czy „nie ma innej zadowalającej alternatywy” zakłada, że konkretny problem czy sytuacja istnieją i wymagają rozwiązania. Właściwe organy krajowe mają za zadanie rozwiązanie tego problemu lub sytuacji poprzez wybranie, spośród możliwych rozwiązań alternatywnych, najbardziej odpowiednie, zapewniające najlepszą ochronę gatunków przy jednoczesnym rozwiązaniu problemu/sytuacji. Dla zapewnienia ochrony gatunków, rozwiązania alternatywne muszą być oceniane w kontekście zakazów wymienionych w art. 12. Rozwiązania te mogą dotyczyć alternatywnej lokalizacji, innego określenia wielkości lub projektu przedsięwzięcia, albo innych działań, procesów czy metod. W każdym razie, zastosowanie derogacji musi być traktowane jako **ostateczność**.

Kluczową wspólną cechą wszelkich systemów przyznawania derogacji jest to, że muszą one ustępować pierwszeństwa tym wymaganiom dyrektywy, które służą interesowi ochrony.

¹⁷ Jako drugie z kolei rozważane jest pytanie czy istnieje zadowalająca alternatywa dla wnioskowanej derogacji, tj. czy problem, przed którym stoi organ może być rozwiązany w taki sposób, aby stosowanie derogacji nie było potrzebne.

e) posiadanie i handel wewnętrzny tymi zwierzętami, żywymi lub martwymi, włączając w to zwierzęta wypchane oraz łatwo rozpoznawalne części zwierząt lub produkty z nich pochodzące, w przypadku gdy środek ten przyczyni się do zwiększenia skuteczności postanowień niniejszego artykułu.

Artykuł 7

1. Każda z umawiających się stron podejmie właściwe i niezbędne środki ustawodawcze i administracyjne, aby zapewnić ochronę gatunków dzikiej fauny, wymienionych w załączniku III.

2. Wszelka eksploatacja dzikiej fauny, wymienionej w załączniku III, powinna być regulowana przepisami tak, aby populacja nie była zagrożona, z uwzględnieniem wymogów określonych w art. 2.

3. Podejmowane przedsięwzięcia powinny obejmować:

- a) wyznaczenie okresów ochronnych i/lub inne procedury regulujące eksploatację;
- b) wprowadzenie tymczasowego lub lokalnego zakazu eksploatacji populacji, stosownie do potrzeb, w celu przywrócenia jej zadowalającej liczebności;
- c) uregulowanie, stosownie do potrzeb, sprzedaży, przetrzymywania w celu sprzedaży, transportu i wystawiania na sprzedaż żywych lub martwych dzikich zwierząt.

Artykuł 9

1. O ile nie istnieje żadne inne zadowalające rozwiązanie, każda z umawiających się stron może stosować wyjątki od postanowień art. 4, 5, 6, 7 niniejszej konwencji i od zakazu stosowania środków określonych w art. 8, pod warunkiem że stosowanie wyjątku nie będzie miało ujemnego wpływu na przetrwanie danej populacji. Wyjątki można stosować z następujących powodów:

- w celu ochrony flory i fauny,
- w celu zapobieżenia poważnym szkodom w uprawach, pogłowie żywego inwentarza, lasach, gospodarstwach rybnych, wodach i innych formach własności,
- w celu ochrony zdrowia publicznego i bezpieczeństwa publicznego, bezpieczeństwa ruchu powietrznego oraz dla innych nadrzędnych interesów publicznych,
- ze względu na potrzeby prac badawczych i dydaktycznych, ponowne zasiedlanie, reintrodukcję i hodowlę,
- w celu zezwolenia, w ściśle kontrolowanych warunkach, wybiórczo i w ograniczonym stopniu, na pozyskiwanie, przetrzymywanie lub inne rozsądne wykorzystywanie niewielkiej liczby niektórych dzikich zwierząt i roślin.

35. Konwencja reguluje zatem kwestię zakazów zabijania żubrów i ewentualnych zwolnień z tego zakazu podobnie jak dyrektywa habitatowa i prawo polskie; analogicznie też należy interpretować jej przepisy.

Zezwolenie na transport żubrów (decyzja GDOŚ z 27 listopada 2014 r.)

36. Kilku słów komentarza wymaga też przedstawiona przez Zamawiającego decyzja GDOŚ z dnia 27 listopada 2014 r. zezwalająca na transport zabitych potem sześciu żubrów.

37. Przede wszystkim należy zauważyć, że transport chronionych gatunków także jest co do zasady zakazany (w odniesieniu do zwierząt z hodowli stanowi o tym art. 52 ust. 1a pkt 3 uop).

Derogacja polegająca na zezwoleniu na transport okazów chronionych gatunków podlega takim samym zasadom jak inne derogacje: należy wskazać jeden z celów, jakim służyć ma derogacja (spośród wymienionych w art. 56 ust. 4 uop), następnie rozważyć czy nie jest możliwe zrealizowanie tego celu w inny sposób (bez udzielenia derogacji) oraz sprawdzić czy nie będzie to szkodliwe dla zachowania we właściwym stanie dziko występującej populacji danego gatunku.

Decyzja GDOŚ z 27 listopada 2014 r. nie wykazuje spełnienia powyższych warunków. Wskazano jedynie dość enigmatycznie cel transportu („do dalszej hodowli”) - który zresztą okazał się nieprawdziwy.

Odstąpiono w niej od sporządzenia uzasadnienia. Co prawda Kpa w art. 107 § 4 pozwala na odstąpienie od uzasadnienia decyzji „gdy uwzględnia ona w całości żądanie strony” (w tym wypadku wnioskującego o zezwolenie nadleśnictwa).

Niemniej jednak należy wskazać, że w sytuacji takiej jak opisywana, gdzie obowiązkiem organu jest wykazanie, że spełnione zostały ściśle określone w przepisach warunki dopuszczalności wydania takiej decyzji, udowodnienie, że owe warunki są spełnione należy uznać za obowiązkowe. Odstąpienie od uzasadnienia rodzi zatem podejrzenie, że organ ustawowych przesłanek w ogóle nie rozważał.

Dodatkowo zarzucić można, że organ wydający zezwolenie nie zweryfikował czy zadeklarowany cel transportu (do dalszej hodowli) jest prawdziwy i możliwy do spełnienia. Zarówno stan zagrody w Nadleśnictwie Borki, jak i wiek żubrów i związana z tym możliwość dołączenia ich do stada wolnożyjącego były możliwe zweryfikowania na etapie prowadzonego postępowania w sprawie zezwolenia na transport.

38. Dodatkowo zarzut niewłaściwego postępowania postawić można wnioskodawcy - Nadleśniczego Nadleśnictwa Kobiór, który we wniosku o zezwolenie na transport oświadczył, że ma on celu przekazanie żubrów do Nadleśnictwa Borki w celu dalszej hodowli. Skoro we wniosku zadeklarował określony cel transportu, to należy założyć, że możliwość jego zrealizowania została przez Nadleśniczego sprawdzona i uzgodniona z nadleśnictwem docelowym (inaczej mówiąc - że bierze on odpowiedzialność za swoje słowa). W rozpatrywanej sprawie okazało się, że oświadczenie przedstawione we wniosku było bezpodstawne.

IV. Podsumowanie

1. Żubry dziko żyjące są objęte ochroną na podstawie przepisów międzynarodowych, unijnych i polskich.

Ich zabijanie (a także transport) są dopuszczalne tylko po spełnieniu ściśle określonych przesłanek sformułowanych w omówionych wyżej przepisach - po uzyskaniu decyzji właściwego organu zezwalającej na uśmiercenie (transport) zwierząt (tzw. derogacji).

Zastosowanie derogacji powinno być traktowane jako ostateczność.

2. Żubrów w hodowli nie dotyczą wprawdzie opisane wyżej przepisy międzynarodowe i unijne, ale obejmują je przepisy polskie. Zgodnie z uop transport i zabijanie takich zwierząt są dopuszczalne po spełnieniu takich samych ściśle określonych przesłanek, które dotyczą żubrów dziko żyjących.

Po analizie przedstawionej dokumentacji można stwierdzić, że w rozważanym przypadku organ wydający zezwolenie nie wykazał spełnienia tych przesłanek.

3. Podsumowując należy podkreślić, że ustanowiony system ochrony żubrów i derogacji od zabijania okazów tego gatunku świadczy niezbicie, że nie można w praktyce traktować tych zwierząt jak „zwierząt hodowlanych”, odośnie których z góry zakłada się, że część osobników („nadprogramowych samców”) zostanie przeznaczona do zabicia. Skoro obecnie hodowla jest zorganizowana w taki sposób, że prowadzi do tego typu sytuacji, to być może należy przemyśleć sposób jej prowadzenia. Rutynowe dopuszczanie do zabijania żubrów stoi bowiem w sprzeczności z opisanymi wyżej wymaganiami prawnymi.

Magdalena Bar

Radca prawny