



Warszawa, dnia 6 lutego 2006 r.

KANCELARIA SENATU
BIURO LEGISLACYJNE

**Opinia prawna o uchwalonej przez Sejm w dniu 26 stycznia 2006 r.
ustawie o zmianie ustawy o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami**

I. Cel i przedmiot ustawy

Celem uchwalonej przez Sejm w dniu 26 stycznia 2006 r. ustawy o zmianie ustawy o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami, określanej dalej jako "ustawa", jest z jednej strony wykonanie prawa Unii Europejskiej, objętego dyrektywą Rady 93/7/EWG z dnia 15 marca 1993 r. w sprawie zwrotu dóbr kultury wyprowadzonych niezgodnie z prawem z terytorium Państwa Członkowskiego, z drugiej zaś – dokonanie merytorycznych lub doprecyzowujących zmian przepisów ustawy o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami na tle dotychczasowej praktyki ich stosowania. W zakresie wykonania prawa Unii Europejskiej ustawa dokonuje modyfikacji unormowań statuujących kategorie zabytków, w odniesieniu do których może być prowadzone postępowanie dotyczące ich restytucji. Pozostałe zmiany dotyczą problematyki wpisu zabytku ruchomego do rejestru zabytków, finansowania kosztów badań archeologicznych i ich dokumentacji, sprawowania nadzoru konserwatorskiego, wywozu zabytku za granicę, a także odpowiedzialności karnej z tytułu podrobienia lub przerobienia zabytku w celu użycia go w obrocie zabytkami oraz z tytułu zbycia rzeczy ruchomej jako zabytku ruchomego albo zbycia zabytku jako innego zabytku, przy posiadaniu wiedzy, że są one podrobione lub przerobione.

II. Uwagi szczegółowe

1. Art. 1 pkt 2 ustawy nadaje nowe brzmienie art. 31 ust. 1 ustawy o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami. Zgodnie z tym przepisem osoba fizyczna lub jednostka organizacyjna, która zamierza realizować:

- 1) roboty budowlane przy zabytku nieruchomym wpisanym do rejestru lub objętym ochroną konserwatorską na podstawie ustaleń miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego albo
 - 2) nowe zalesienia lub zmianę charakteru dotychczasowej działalności leśnej na terenie, na którym znajdują się zabytki archeologiczne
- jest obowiązana pokryć koszty badań archeologicznych oraz ich dokumentacji, jeżeli przeprowadzenie tych badań jest niezbędne w celu ochrony tych zabytków.

W aktualnym stanie prawnym art. 31 ust. 1 ustawy o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami stanowi, iż osoba fizyczna lub jednostka organizacyjna, która zamierza finansować roboty budowlane przy zabytku nieruchomym wpisanym do rejestru lub objętym ochroną konserwatorską na podstawie ustaleń miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego, jest obowiązana pokryć koszty badań archeologicznych oraz ich dokumentacji, jeżeli przeprowadzenie tych badań jest niezbędne dla ochrony zabytków archeologicznych. Zgodnie z ust. 2 i 3 tego artykułu, które nie zostały poddane nowelizacji, szczegółowy zakres i rodzaj niezbędnych badań archeologicznych przy zabytku nieruchomym, o którym mowa w ust. 1, wojewódzki konserwator zabytków ustala w drodze decyzji, przy czym egzemplarz dokumentacji tych badań podlega po ich zakończeniu nieodpłatnemu przekazaniu wojewódzkiemu konserwatorowi zabytków.

Porównanie treści art. 31 ust. 1 ustawy o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami w brzmieniu obecnie obowiązującym i w brzmieniu nadanym opiniowaną ustawą prowadzi do wniosku, że rozszerza ona obowiązek finansowania kosztów badań archeologicznych oraz ich dokumentacji na podmioty, które zamierzają realizować "nowe zalesienia lub zmianę charakteru dotychczasowej działalności leśnej na terenie, na którym znajdują się zabytki archeologiczne". Tymczasem już obowiązujące przepisy art. 31 ustawy o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami należy uznać za sprzeczne z Konstytucją RP. Podczas postępowania ustawodawczego w Senacie V kadencji nad uchwaloną przez Sejm ustawą o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami Biuro Legislacyjne Kancelarii Senatu zajęło negatywne stanowisko w odniesieniu do art. 31 tej ustawy, opowiadając się za jego skreśleniem. Nadanie przepisowi art. 31 ust. 1 przez opiniowaną ustawę jeszcze bardziej rygorystycznego unormowania przy jednoczesnym pozostawieniu dotychczasowej treści ust. 2 i 3 tego artykułu nie tylko nie zdezaktualizowało tego stanowiska, lecz wzmocniło ówczesną argumentację. Mając to na względzie konieczne jest zwrócenie uwagi na cztery zasadnicze zastrzeżenia.

Po pierwsze, punktem wyjścia do rozważań nad wyżej wymienioną kwestią jest art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. Stanowi on, że ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanawiane tylko w ustawie i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób, przy czym nie mogą one naruszać istoty wolności i praw. Dla potrzeb niniejszej opinii kardynalne znaczenie ma z jednej strony ocena konieczności dokonywania ograniczeń zawartych w art. 31 ust. 1 ustawy o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami z punktu widzenia powołanej wyżej zasady proporcjonalności, z drugiej zaś – enumeratywnie wyliczony w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP katalog przesłanek wprowadzenia takich ograniczeń. W zakresie pierwszego zagadnienia należy podkreślić, że brak jest związku przyczynowego pomiędzy prowadzeniem robót budowlanych przy zabytku nieruchomym, realizowaniem nowych zalesień lub dokonywaniem zmiany charakteru dotychczasowej działalności leśnej na terenie, na którym znajdują się zabytki archeologiczne a koniecznością pokrywania kosztów badań archeologicznych i ich dokumentacji. Odnosząc się natomiast do przesłanek dopuszczalności dokonywania ograniczeń konstytucyjnych praw i wolności konieczne jest podkreślenie, że art. 31 ust. 3 Konstytucji RP nie przewiduje możliwości dokonywania takich ograniczeń ze względu na ochronę zabytków.

Po drugie, art. 31 ust. 3 Konstytucji RP statuuje zasadę wyłączności ustawy w zakresie dopuszczalności ograniczenia konstytucyjnych wolności i praw. Tymczasem nie poddany nowelizacji przez opiniowaną ustawę art. 31 ust. 2 ustawy o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami stanowi, że szczegółowy zakres i rodzaj niezbędnych badań archeologicznych przy zabytku nieruchomym, o którym mowa w ust. 1, wojewódzki konserwator zabytków ustala w drodze decyzji. Abstrahując od blankietowości tego przepisu, nie do przyjęcia jest, aby zakres świadczeń finansowych określała decyzja wojewódzkiego konserwatora zabytków. Na gruncie dotychczasowego orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego oraz doktryny zasada wyłączności ustawy w omawianym zakresie nie dotyczy wyłącznie ustanowienia konkretnych ograniczeń konstytucyjnych praw i wolności. Zawiera ona także nakaz kompletności ustawowego uregulowania, co oznacza z jednej strony obowiązek ustanowienia danego ograniczenia tylko w ustawie, z drugiej zaś – obowiązek ustanowienia go w takim zakresie, że spełnia on postulat zupełności regulacji ustawowej¹.

¹ A. Łabno [w:] B. Banaszak, A. Preisner: *Prawa i wolności obywatelskie w Konstytucji RP*, Warszawa 2002, s. 704.

Warto w tym miejscu podkreślić znaczenie stanowiska Trybunału Konstytucyjnego, wedle którego w odniesieniu do sfery wolności i praw człowieka zastrzeżenie wyłącznie ustawowej rangi unormowania ich ograniczeń należy pojmować dosłownie, z wykluczeniem dopuszczalności subdelegacji, tj. przekazania kompetencji normodawczej innemu organowi, analogicznie do wykluczenia takiej możliwości w odniesieniu do rozporządzeń wykonawczych względem ustaw. Ponadto, zdaniem Trybunału, w żadnym wypadku, w sytuacji sporu pomiędzy jednostką a organem władzy publicznej o zakres czy sposób korzystania z wolności i praw, podstawa prawna rozstrzygnięcia tego sporu nie może być oderwana od unormowania konstytucyjnego, ani mieć rangi niższej od ustawy².

Po trzecie, ponoszenie kosztów finansowych z tego powodu, iż przeprowadzenie badań jest niezbędne dla ochrony zabytków archeologicznych, przy braku precyzyjnych przesłanek występowania takiej sytuacji, budzi zasadnicze zastrzeżenia z punktu widzenia zasady demokratycznego państwa prawnego z uwagi na niedochowanie wymogom należytej określoności przepisów prawnych.

Po czwarte, przepisy art. 31 ustawy o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami nie określają trybu postępowania w sprawie finansowania kosztów badań archeologicznych i ich dokumentacji. Istnienie luki prawnej w tym zakresie nakazuje uznać, że wadliwość tych przepisów skutkuje naruszeniem konstytucyjnej zasady przyzwoitej legislacji.

Niezależnie od wyżej wymienionych zastrzeżeń natury konstytucyjnej, należy zasygnalizować skutek merytoryczny obowiązywania art. 31 ust. 1 pkt 1. Użyte w nim sformułowanie "realizować roboty budowlane" oznacza wykonywanie robót budowlanych w rozumieniu art. 3 pkt 7 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane (Dz.U. z 2003 r. Nr 207, poz. 2016 ze zm.), czyli budowę, a także prace polegające na przebudowie, montażu, remoncie lub rozbiórce obiektu budowlanego. Przykładowo należy więc zauważyć, że jeżeli roboty te będą polegały na budowie budynku mieszkalnego lub lokalu mieszkalnego przy zabytku nieruchomym wpisanym do rejestru lub objętym ochroną konserwatorską na podstawie ustaleń miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego, to z ekonomicznego punktu widzenia ciężar sfinansowania kosztów przeprowadzenia badań archeologicznych oraz ich dokumentacji przerzucony będzie na osoby nabywające te budynki lub lokale od inwestora.

² Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 19. 05. 1998 r. (U 5/97).

2. W myśl art. 43 ustawy o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami wojewódzki konserwator zabytków wydaje decyzję o wstrzymaniu wykonywanych bez jego pozwolenia lub w sposób odbiegający od zakresu i warunków określonych w pozwoleniu:

- 1) prac konserwatorskich, restauratorskich, badań konserwatorskich lub architektonicznych przy zabytku wpisanym do rejestru;
- 2) robót budowlanych przy zabytku wpisanym do rejestru lub w jego otoczeniu;
- 3) badań archeologicznych;
- 4) innych działań, o których mowa w art. 36 ust. 1 pkt 6-8 i 10-12.

Cytowany wyżej przepis nie podlega wprawdzie nowelizacji na mocy opiniowanej ustawy, jednakże art. 1 pkt 4 nadał nowe brzmienie art. 44 ust. 1 pkt 2, zgodnie z którym decyzja, o której mowa w art. 43, wygasa po upływie 2 miesięcy od dnia jej doręczenia, jeżeli w tym terminie wojewódzki konserwator zabytków nie wyda decyzji nakładającej obowiązek uzyskania, w terminie nie dłuższym niż 30 dni od dnia jej doręczenia, pozwolenia wojewódzkiego konserwatora zabytków na prowadzenie wstrzymanych badań, prac, robót lub innych działań przy zabytku. Nie kwestionując motywu, którym kierował się ustawodawca sejmowy, dokonując zmiany tego przepisu, należy zwrócić uwagę na iluzoryczność zawartego w nim unormowania. Skoro jego *ratio legis* ma polegać na umożliwieniu uzyskania pozwolenia wojewódzkiego konserwatora zabytków na prowadzenie wstrzymanych działań przy zabytku, to określony w nim 30-dniowy termin na jego uzyskanie może się okazać w niektórych przypadkach nierealny. Zgodnie z art. 35 § 3 Kodeksu postępowania administracyjnego, określanego dalej jako "Kpa", załatwienie sprawy wymagającej postępowania wyjaśniającego powinno nastąpić nie później niż w ciągu miesiąca, a sprawy szczególnie skomplikowanej – nie później niż w ciągu dwóch miesięcy od dnia wszczęcia postępowania. Oznacza to, że nawet w przypadku złożenia przez zainteresowany podmiot wniosku o wydanie pozwolenia już w następnym dniu po doręczeniu decyzji, o której mowa w art. 44 ust. 1 pkt 2, nie będzie on miał możliwości uzyskania pozwolenia, jeżeli w przedmiotowym postępowaniu wniosek ten – zgodnie z art. 35 § 3 Kpa – będzie rozpatrywany przez wojewódzkiego konserwatora zabytków:

- 1) przez okres miesiąca od dnia wszczęcia postępowania – w przypadku sprawy wymagającej postępowania wyjaśniającego, która nie jest sprawą szczególnie skomplikowaną (z zastrzeżeniem przepisów art. 57 § 3 i 4 Kpa, zgodnie z którymi terminy określone w miesiącach kończą się z upływem tego dnia w ostatnim miesiącu, który odpowiada początkowemu dniowi terminu, a gdyby takiego dnia w ostatnim miesiącu nie było – w ostatnim dniu tego miesiąca, przy czym jeżeli

koniec terminu przypada na dzień ustawowo wolny od pracy, za ostatni dzień terminu uważa się najbliższy następny dzień powszedni);

- 2) przez okres dłuższy niż miesiąc od dnia wszczęcia postępowania – w przypadku sprawy wymagającej postępowania wyjaśniającego, która jest sprawą szczególnie skomplikowaną (z zastrzeżeniem powołanych wyżej unormowań przepisów art. 57 § 3 i 4 Kpa).

Mając na uwadze przedstawioną wyżej argumentację należy postulować taką zmianę art. 44 ust. 1 pkt 2, która zlikwidowałaby iluzoryczność zawartej w niej zasady. Z drugiej zaś strony zmiana ta powinna dyscyplinować podmioty, wobec których wojewódzki konserwator zabytków wydał decyzję nakładającą obowiązek uzyskania pozwolenia na prowadzenie wstrzymanych działań przy zabytku, do jej możliwie szybkiego wykonania. Przykładowo można wskazać, że zadość temu postulatowi czyniłoby uregulowanie, w myśl którego decyzja, o której mowa w art. 43, wygasa po upływie 2 miesięcy od dnia jej doręczenia, jeżeli w tym terminie wojewódzki konserwator zabytków nie wyda decyzji nakładającej obowiązek uzyskania pozwolenia wojewódzkiego konserwatora zabytków na prowadzenie wstrzymanych badań, prac, robót lub innych działań przy zabytku, przy czym wniosek o wydanie tego pozwolenia składa się w terminie nie dłuższym niż 7 dni od dnia doręczenia decyzji.

3. Ustawa nie zawiera przepisów przejściowych, które określałyby wpływ jej wejścia w życie na sposób zakończenia postępowań będących w toku. Taki stan rzeczy nie jest prawidłowy z punktu widzenia poprawności legislacyjnej, niezależnie od tego, czy zamiarem ustawodawcy jest stosowanie dotychczasowych przepisów do sytuacji prawnych powstałych przed dniem wejścia w życie nowelizacji, czy pragnie zastosować do nich prymat "nowego prawa". Poszukując w tym zakresie odpowiedniego rozwiązania należy pamiętać, że nadrzędną wartością dla adresatów norm prawnych jest pewność prawa. Mając to na względzie ustawodawca powinien – co do zasady – kierować się regułą intertemporalną, iż do postępowań w sprawach określonych przepisami ustawy nowelizującej, które zostały wszczęte przed dniem jej wejścia w życie i nie zostały zakończone należy stosować przepisy dotychczasowe. Odstępstwo od tej zasady powinno być podyktowane jedynie ważnymi względami, chyba że ustawa nowelizująca przewiduje w stosunku do zainteresowanych rozwiązania korzystniejsze od dotychczasowych. Uwzględniając to należy postulować, aby w zakresie postępowań administracyjnych w sprawach określonych przepisami opinowanej ustawy, wszczętych, a niezakończonych przed dniem jej wejścia w życie, "nowe przepisy"

były stosowane jedynie w odniesieniu do podejmowania czynności kontrolnych przez wojewódzkiego konserwatora zabytków w zakresie sprawowania nadzoru konserwatorskiego (art. 38), postępowania w sprawie wydawania jednorazowego pozwolenia na czasowy wywóz zabytku za granicę (art. 53), postępowania w sprawie wydawania pozwolenia na wywóz zabytku za granicę (art. 59) oraz postępowania dotyczącego restytucji zabytków wywiezionych niezgodnie z prawem z terytorium państwa członkowskiego Unii Europejskiej (art. 64).

III. Propozycje poprawek

W związku z powyższymi uwagami należy postulować wprowadzenie do tekstu ustawy następujących poprawek:

1) w art. 1 pkt 2 otrzymuje brzmienie:

"2) uchyla się art. 31;"

2) w art. 1 w pkt 4, w pkt 2:

a) skreśla się wyrazy ", w terminie nie dłuższym niż 30 dni od dnia jej doręczenia,"

b) po wyrazie "zabytku," dodaje się wyrazy "przy czym wniosek o wydanie tego pozwolenia składa się w terminie nie dłuższym niż 7 dni od dnia doręczenia decyzji,"

3) dodaje się art. 1a w brzmieniu:

"Art. 1a. 1. Do postępowań administracyjnych w sprawach określonych przepisami niniejszej ustawy, wszczętych i niezakończonych przed dniem jej wejścia w życie, stosuje się przepisy dotychczasowe, z zastrzeżeniem ust. 2.

2. Do postępowań administracyjnych w sprawach określonych w art. 1 pkt 3, 6, 8 i 9 niniejszej ustawy, wszczętych i niezakończonych przed dniem jej wejścia w życie, stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1, w brzmieniu nadanym niniejszą ustawą."

opracował Piotr Magda