

*Styczeń 2024r.*

## *Opinia prawna*

# *w sprawie umowy między Rządem Rzeczypospolitej Polskiej a Rządem Republiki Federalnej Niemiec o wspólnej poprawie sytuacji na drogach wodnych na pograniczu polsko-niemieckim*

*Opinia biegłego z*

*Baumann Rechtsanwälte Partnerschaftsgesellschaft mbB*

*Zleceniodawcy:*

*Fracja Sojusz 90/Zieloni w parlamencie kraju związkowego Brandenburgia*

*Fracja Sojusz 90/Zieloni w niemieckim Bundestagu*

*Zieloni/WSE w Parlamencie Europejskim:*

- Ska Keller, Posłanka do PE*
- Dr. Sergey Lagodinsky, Poseł do PE*
- Dr. Hannah Neumann, Posłanka do PE*
- Jutta Paulus, Posłanka do PE*



Würzburg<sup>1</sup>

Annastraße 28 • 97072 Würzburg  
Telefon 0931-46046-0  
Faks 0931-46046-70  
[info@baumann-rechtsanwaelte.de](mailto:info@baumann-rechtsanwaelte.de)

Leipzig<sup>2</sup>

Harkortstraße 7 • 04107 Leipzig  
Telefon 0341-149697-60  
Faks 0341-149697-58  
[leipzig@baumann-rechtsanwaelte.de](mailto:leipzig@baumann-rechtsanwaelte.de)

Hannover<sup>2</sup>

Lavesstraße 79 • 30159 Hannover  
Telefon 0511-220053-46  
Faks 0511-220053-47  
[hannover@baumann-rechtsanwaelte.de](mailto:hannover@baumann-rechtsanwaelte.de)

<sup>1</sup>Siedziba główna <sup>2</sup>Oddział

Strona internetowa kancelarii

[www.baumann-rechtsanwaelte.de](http://www.baumann-rechtsanwaelte.de)

## Opinia prawna

do Umowy między Rządem Rzeczypospolitej Polskiej a Rządem Republiki Federalnej Niemiec o wspólnej poprawie sytuacji na drogach wodnych na pograniczu polsko-niemieckim (ochrona przeciwpowodziowa, warunki przepływu i żeglugi) z dnia 12 czerwca 2015 r. (Federalny Dziennik Ustaw 2015 część II nr 17, 22 czerwca 2015, s. 845 i kolejne)

## A. Zamówienie wydania opinii:

Kancelaria prawna Baumann Rechtsanwälte Partnerschaftsgesellschaft mbB otrzymała zamówienie na wydanie opinii rzeczoznawcy dotyczącej

*Umowy między Rządem Rzeczypospolitej Polskiej a Rządem Republiki Federalnej Niemiec o wspólnej poprawie sytuacji na drogach wodnych na pograniczu polsko-niemieckim (ochrona przeciwpowodziowa, warunki przepływu i żeglugi) z dnia 12 czerwca 2015 roku.*

Zamówienie na wydanie opinii wiąże się z sytuacją, że działania uzgodnione w umowie międzyrządowej, w szczególności przewidziane działania rozbudowy i pogłębienia Odry granicznej, nie są już w pełni popierane i przyjmowane z zadowoleniem przez przedstawicieli niemieckiej polityki.

Na podstawie umowy polskie władze wydały już kilka pozwoleń na działania związane z rozbudową po polskiej stronie Odry granicznej. W ramach postępowania administracyjnego kraj związkowy Brandenburgia złożył w 2020 r. sprzeciw wobec jednego z tych przedsięwzięć, a w listopadzie 2022 r. złożył pozew przeciwko decyzji odwoławczej. W przeciwieństwie do polskich władz, kraj związkowy Brandenburgia zakłada, że transgraniczne skutki przedsięwzięcia dla środowiska, w tym dla obszarów Natura 2000 i Odry, nie zostały przeanalizowane w sposób zrozumiały i wystarczający. Powództwo wniesione przez kraj związkowy Brandenburgia zostało wprawdzie oddalone z przyczyn formalnych w lutym 2023 r. Jednak w kwietniu 2023 r. dołączył on do pozwu wniesionego przez organizacje ekologiczne przeciwko przedsięwzięciu, który nadal jest przedmiotem postępowania przed polskim sądem.

Aspekty prawa materialnego tego postępowania sądowego odgrywają jedynie podrzędną rolę w tej opinii. Celem jest raczej zbadanie z perspektywy prawa międzynarodowego,

**po pierwsze**, czy umowę polsko-niemiecką należy uznać za naruszoną lub bezprzedmiotową ze względu na różne wydarzenia,

**po drugie**, w przypadku naruszenia lub nieważności umowy, jakie są możliwości działania oraz

**po trzecie**, w jaki sposób umowa może zostać na przykład tymczasowo lub całkowicie zawieszona, renegocjowana lub wypowiedziana w świetle tych wydarzeń i niedowiedzianej neutralności powodziowej.

W oparciu o powyższą strukturę zostaną najpierw nakreślone treść umowy międzyrządowej i wszelkie zobowiązania umawiających się stron (**B.**). Na tej podstawie udziela się odpowiedzi na powyższe pytania i określa możliwe kierunki działania (**C.** - **E.**).

## B. Jakość prawna i treść umowy

Dla odpowiedzi na postawione pytania, konieczne jest w pierwszym kroku wyjaśnienie jakości prawnej umowy (I.).

W drugim kroku należy następnie ustalić treść umowy i zbadać, czy i w jakim zakresie umowa reguluje określone prawa i obowiązki (II.).

### I. Jakość prawna umowy i jej wiążący charakter

Umowa między Republiką Federalną Niemiec a Rzeczpospolitą Polską o wspólnej poprawie sytuacji na drogach wodnych w polsko-niemieckim obszarze przygranicznym stanowi umowę administracyjną w rozumieniu art. 59 ust. 2 Ustawy zasadniczej (GG). Termin „umowa administracyjna” obejmuje

*„wszystkie traktaty międzynarodowe Republiki Federalnej Niemiec, które nie regulują stosunków politycznych Republiki Federalnej ani nie wymagają ustawy w celu ich wykonania w kraju”. Dotyczą one wszystkich spraw, które mogą być regulowane w formach działania prawa administracyjnego (rozporządzenia, przepisy administracyjne, akty administracyjne).”*

(Heun, w: Dreier, GG, wydanie 3. 2015, tom 2, art. 59 nr 48). Zgodnie z prawem niemieckim, w przeciwieństwie do umów międzynarodowych zgodnie z art. 59 ust. 2 zd. 1 Ustawy zasadniczej, nie jest wymagany żaden dodatkowy akt wykonawczy dla krajowego skutku Umowy zgodnie z art. 59 ust. 2 zd. 2 Ustawy zasadniczej (zob. również art. 18 zd. 3 Umowy), zwłaszcza że rząd federalny jest odpowiedzialny za wykonanie Umowy zgodnie z art. 89 i 87 ust. 1 Ustawy zasadniczej jako właściciel federalnej drogi wodnej Odry we własnym zarządzie.

Umowa jest zatem wiążąca na mocy prawa krajowego i musi być przestrzegana i wdrażana przez administrację (zob. Pieper w: BeckOK, Ustawa Zasadnicza, art. 59 nr 48). Jakość prawna umowy administracyjnej „*plasuje się poniżej jakości ustaw, rozporządzeń i statutów federalnych*” (Nettesheim w: Dürig/Herzog/Scholz (wyd.), Ustawa zasadnicza, art. 59 nr 193).

### II. Treść umowy, prawa i obowiązki

Umowa zasadniczo realizuje trzy cele, które zostały określone między innymi w motywach umowy:

1. Poprawa ochrony przeciwpowodziowej poprzez zapewnienie lodołamania na Odrze granicznej oraz odprowadzania lodu z Odry granicznej do Morza Bałtyckiego (motyw 4),
2. Międzypaństwowe uzgodnienie koncepcji regulacji rzeki Odry granicznej oraz

poprawa utrzymania i rozbudowa zabudowy regulacyjnej (motywy 5-7), oraz

3. Umożliwienie żeglugi statkami rzeczno–morskimi pomiędzy portem w Schwedt i Morzem Bałtyckim (motyw 8).

Najbardziej istotne regulacje merytoryczne zawarte są w art. 3 -11 i konkretyzują te cele.

Aby odpowiedzieć na postawione pytania, konieczne jest ustalenie, czy i w jakim zakresie umowa reguluje wiążące obowiązki oraz jakie konsekwencje prawne wiążą się z ich ewentualnym naruszeniem. W tym kontekście należy przede wszystkim zauważyć, że umowa w żadnym miejscu nie odwołuje się wyraźnie do pojęcia „obowiązki” ani nie stwierdza, że jedna ze stron umowy „zobowiązuje się” do czegoś. Umowa zawiera raczej „łagodniejsze” sformułowania, takie jak „*Strony zgodne są co do tego*”, „*Strony ustalają*”, „*Strony dbają o to*”. Sformułowania te mają jednak na celu uzasadnienie obowiązków, co wynika między innymi z art. 41 ust. 2 Wytycznych w sprawie traktowania umów międzynarodowych (RvV) zgodnie z art. 72 ust. 6 Wspólnego regulaminu pracy ministerstw federalnych (GGO). Przepis stanowi, że sformułowania takie jak opisane powyżej nie powinny być stosowane w odniesieniu do instrumentów pozaumownych, ponieważ wywodzą się one z języka umownego i prawnego i „*wyrażałyby zobowiązanie prawne*”. Sformułowania te odpowiadają niemieckiemu „*czasowi terażniejszemu umownemu*”, który jest zwykle używany w tekstach umownych, a także dowodzi wiążącego charakteru postanowień (zob. również § 4 ustęp 2 RvV).

Oprócz wiążących regulacji, umowa zawiera również liczne „regulacje docelowe”. Nie są to ściśle obowiązki, a jedynie określenie celów, do których umawiające się strony dążą.

Rozróżnienie między obowiązkami a zwykłymi określeniami celów jest ważne dla kwestii ewentualnego naruszenia obowiązku, ponieważ określenia celów, w przeciwieństwie do regulacji zobowiązujących, nie wymagają dokładnego przestrzegania lub osiągnięcia celu.

W związku z tym poniżej określono obowiązki kluczowe dla stawianych pytań (1.) i odróżniono je od zwykłych określeń celów (2.).

## 1. Obowiązki

Najsilniej sformułowany obowiązek umowy zawiera **art. 3 ust. 1**, zgodnie z którym miejsca limitujące wymienione w załączniku do umowy „*muszą zostać zlikwidowane*”. Celem usunięcia tych miejsc limitujących jest umożliwienia lodołamania, odprowadzania lodu oraz żeglugi śródlądowej.

Kolejne ważne zobowiązanie zawarte jest w **art. 3 ust. 6**, zgodnie z którym umawiające się strony muszą zapewnić („*dbają o to*”), „aby przedsięwzięcia były zgodne z przepisami prawa odpowiednio obowiązującymi na terytorium ich państw”, a postępowania administracyjne dla tych przedsięwzięć przeprowadzane są zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa. Należy zauważyć, że na odpowiednich terytoriach obowiązują nie tylko przepisy krajowe, ale także przepisy europejskie, takie jak Dyrektywa siedliskowa (dyrektywa 92/43/EWG) czy też Ramowa dyrektywa wodna (dyrektywa 2000/60/WE) oraz międzynarodowe porozumienia uzgodnione przez państwa (np. konwencja z Aarhus).

Zachowanie odpowiednich uwarunkowań prawnych zostało również wprowadzone zobowiązująco przez umawiające się strony w celu przeprowadzenia przedsięwzięć budowlanych w **art. 3 ustęp 7 zdanie 1**. Ponadto harmonogramy prac budowlanych muszą być również dopasowane organizacyjnie między stronami umowy.

**Artykuł 6** zawiera konkretyzację likwidacji miejsc limitujących nieobjętych artykułami 4 i 5. Przepis ten brzmi następująco:

*„Umawiające się Strony będą dążyć do stopniowego zakończenia do roku 2028 likwidacji wszystkich miejsc limitujących wymienionych w Załączniku do niniejszej Umowy, mając na celu uzyskanie głębokości wody 1,80 metra ze średnim rocznym prawdopodobieństwem przekroczenia na poziomie co najmniej 80% powyżej i co najmniej 90% poniżej ujścia Warty. Nie narusza to postanowień artykułów 4 i 5.”*

Niejasne jest po pierwsze, czy jest to obowiązek, czy tylko określenie celu. Fakt, że strony dążą jedynie do wyeliminowania miejsc limitujących opisanego w art. 6 („*Strony będą dążyć*”) może przemawiać za określeniem celu. Podobne sformułowanie można już znaleźć w **art. 3 ust. 3 zdania 2 i 3**. Zgodnie z tym koncepcja regulacji rzeki opracowana przez Federalny Instytut Budownictwa Wodnego w Karlsruhe (BAW) w porozumieniu z władzami umawiających się stron ma „*odpowiadać wymaganiom wynikającym z prowadzenia akcji lodołamania z użyciem lodołamaczy i powinna być zagwarantowana w możliwie skutecznym sposób*”. W oparciu o ten cel, „*głębokości wody 1,80 metra ze średnim rocznym prawdopodobieństwem przekroczenia na poziomie co najmniej 80 % roku powyżej i co najmniej 90 % poniżej ujścia Warty*” jest uważana za zgodną z celem. Ta głębokość wody została również przyjęta jako podstawa koncepcji regulacji rzeki jako główny cel projektu i po konsultacji z władzami umawiających się stron (zob. BAW, Aktualizacja koncepcji regulacji rzeki Odry granicznej, wersja skrócona do ekspertyzy, maj 2014, 3.02.10132.4., s. I, dostępne online pod adresem: [https://www.wsa-oder-havel.wsv.de/Webs/WSA/Oder-Havel/DE/Wasserstrassen/Bauwerke/Anlagen/SRK\\_Grenzoder/BAW\\_Gutachten\\_kurz\\_DE.pdf?\\_blob=pub](https://www.wsa-oder-havel.wsv.de/Webs/WSA/Oder-Havel/DE/Wasserstrassen/Bauwerke/Anlagen/SRK_Grenzoder/BAW_Gutachten_kurz_DE.pdf?_blob=pub)

[licationFile&v=1](#)). Biorąc pod uwagę cel umowy, który wynika z kontekstu historycznego i jest również udokumentowany w motywach, art. 3 ust. 3 zdanie 3 i art. 6 zawierają jedynie określenie celu, które musi jednak opierać się na obowiązku określonym w art. 3 ust. 1. Jak już wyjaśniono, standaryzuje to obowiązek likwidacji miejsc limitujących w taki sposób, aby „umożliwić” w szczególności lodołamanie i usuwanie lodu. Głębokość wody wynosząca 1,80 metra jest jedynie wskazówką lub przybliżoną wartością uzgodnioną przez umawiające się strony w ramach umowy i jej wykonania. W związku z tym wykonanie umowy nie zależy od konkretnej głębokości wody wynoszącej 1,80 metra, ale od faktu, że cel określony wiążąco w art. 3 ust. 1 może zostać osiągnięty dzięki wykonaniu. Czy głębokość wody wynosząca 1,80 metra jest rzeczywiście niezbędna do tego, czy też ewentualnie mniejsze głębokości wody mogą już zagwarantować osiągnięcie celu, jak pokazuje ekspertyza zlecona przez Niemieckie Towarzystwo Ochrony Przyrody (DNR) (zob. Gerstgraser, „Wirksamkeit des geplanten Flutpolders Międzyodrze und der Stromregelungskonzeption für den Hochwasserschutz der Unteren Oder”, z dnia 5 marca 2018 r., dostępny online pod adresem: [https://www.dnr.de/sites/default/files/Positionen/](https://www.dnr.de/sites/default/files/Positionen/2018_06_20_Oderbericht_Gerstgraser_final_Errata.pdf)

2018\_06\_20\_Oderbericht\_Gerstgraser\_final\_Errata.pdf), nie może zostać rozstrzygnięte prawnie z uwagi na głównie specjalistyczny charakter tej kwestii. Jednak także historia umowy przemawia za tym, że mniejsze głębokości byłyby wystarczające do ochrony przeciwpowodziowej, przynajmniej w przypadku korzystania z lodołamaczy. Na przykład z dokumentacji Komisji Spraw Europejskich i Polityki Rozwoju w parlamencie Brandenburgii jasno wynika, że strona niemiecka uznała głębokość wody wynoszącą 1,60 metra za wystarczającą (parlament Brandenburgii, protokół komisji 4/171, s. 4). Ponadto, w odpowiedzi na małą interpelację posłanek Steffi Lemke, Annaleny Baerbock, Lisy Badum i innych parlamentarzystów frakcji BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN w 2021 r., rząd federalny poinformował, że „w latach 2014-2020 (...) nie wystąpiły żadne krytyczne warunki ze względu na głębokość wody, które uniemożliwiłyby użycie lodołamaczy” (druk Bundestagu 19/28110, s. 7, dostępny online pod adresem: <https://dserver.bundestag.de/btd/19/281/1928110.pdf>). Także wypowiedzi polskich przedstawicieli na łamach prasy wskazują, że realizowany przez umowę cel lodołamania w celu ochrony przeciwpowodziowej jest jedynie pretekstem, a umowa w rzeczywistości ma służyć innym celom po stronie polskiej (Gazeta Wyborcza - Online z dnia 20 lipca 2020 r., Zbudowaliśmy dwa za duże statki, więc orzemy całą Odrę, żeby mogły pływać. Brzmi głupio? To posłuchajcie, dostępne online pod adresem: <https://wyborcza.pl/duzyformat/7,127290,26133979,zbudowalis-moja-dwa-za-duze-statki-wiec-orzemy-cala-odre-zeby.html>). Dalsze pogłębianie nie jest zatem wymagane, aby zapewnić lodołamanie. Okoliczność ta ma istotne znaczenie prawne. Z punktu widzenia ochrony przyrody i prawa gospodarki wodnej mianowicie, zmiany w przyrodzie i jednolitych częściach wód

powierzchniowych stanowią zasadniczo interwencje w rozumieniu § 14 Federalnej ustawy o ochronie przyrody i dlatego należy ich zasadniczo unikać zgodnie z § 13 Federalnej ustawy o ochronie przyrody. Dlatego istnieją powody prawne, dla których interwencje konieczne dla zagwarantowania celów umowy muszą być ograniczone do tego, co jest konieczne i nie mogą wykraczać poza to. W związku z tym cele ewentualnie należałoby poddać rewizji i dostosować, ewentualnie także z uwzględnieniem bardziej nowoczesnych obecnie lodołamaczy o mniejszym zanurzeniu.

Kolejny obowiązek został unormowany w **art. 7**, zgodnie z którym „*Co pięć lat właściwe organy Umawiających się Stron będą przeprowadzać wspólną kontrolę skuteczności.*” W szczególności należy przy tym przeanalizować hydrauliczne i morfologiczne oddziaływania zrealizowanych przedsięwzięć i uwzględnić skutki ekologiczne.

**Artykuł 8** zawiera dalsze konkretne obowiązki w odniesieniu do bagrowania (pogłębienia) jeziora Dąbie, a **artykuł 10** przedsięwzięcia w celu zapewnienia żeglugi statkami rzeczno-morskimi przez przekop Klucz-Ustowo (bagrowania – pogłębienie, przedsięwzięcia dostosowujące). W każdym przypadku określone są tu w sposób wiążący konkretne głębokości wody i kwestie zwrotu nakładów finansowych.

Wreszcie, **art. 11** ustala wiążąco, że umawiające się Strony w odniesieniu do wszystkich przedsięwzięć, o których mowa w umowie biorą „*udział w transgranicznych ocenach oddziaływania na środowisko, zgodnie z przepisami prawa obowiązującymi na terytorium ich państw.*” Podobnie jak w przypadku zobowiązania wynikającego z art. 3 ust. 6, w tym zakresie należy przestrzegać nie tylko przepisów krajowych, ale także odpowiednich przepisów prawa europejskiego i międzynarodowego.

Pozostałe zobowiązania wynikające z umowy nie będą tutaj bliżej omawiane. Oprócz kwestii granicznych (art. 12) i warunków płatności (art. 13), umowa obejmuje również ustanowienie wspólnego komitetu (art. 14). Postanowienia dotyczące wyjaśniania różnic zdań (art. 15), możliwości zmiany umowy (art. 16) i możliwości jej wypowiedzenia (art. 17) zostaną omówione później (punkt **D. I.**).

## 2. Docelowe regulacje i określenia celów

Główne obowiązki wynikające z umowy zostały określone i bliżej wyjaśnione w punkcie 1. Oprócz tych obowiązków, umowa zawiera wyżej wspomniane docelowe regulacje lub określenia celów, które nie wywołują ścisłego obowiązku, a zatem, co do zasady, nie mogą powodować naruszenia obowiązków w przypadku odstępstwa. Mają one zatem



drugorzędne znaczenie dla niniejszej opinii. Naruszenie umowy mogłoby wynikać z naruszenia określenia celu tylko wtedy, gdy odchylenie jest tak duże, że cele umowy nie mogą być dalej realizowane lub jeśli z odchylenia można wywnioskować, że umawiające się strony nie dążą już w sposób trwały do realizacji celów umowy.

Jak już wyjaśniono, wytyczne dotyczące głębokości wody w art. 3 ustęp 3 zdanie 3 i art. 6 są takimi określeniami celów. Ponadto, horyzonty czasowe uzgodnione w umowie są również sformułowane jako określenia celów, z których niektóre nie mogą być już spełnione lub są już opóźnione o kilka lat. Na przykład odpowiedź udzielona przez rząd niemiecki w dniu 6 lipca 2023 r. w ramach małej interpelacji wskazuje, że likwidacja miejsc limitujących w Hohenwutzen jeszcze się nie rozpoczęła, chociaż art. 4 ust. 3 zdanie 2 umowy stanowi, że prace planistyczne „powinny” się zakończyć w roku 2015, a realizacja przedsięwzięcia w roku 2018 (druk Bundestagu 20/7639, s. 1). To samo dotyczy likwidacji miejsc limitujących uzgodnionych w art. 5 w „rejonie Słubice, Kostrzyn nad Odrą, Gozdowie-Rudnica oraz Rudnica-Osinów Dolny”, które również powinny zostać zakończone do końca 2018 roku. To również jeszcze nie nastąpiło (druk Bundestagu 20/7639, s. 1).

### **III. Ustalenie wstępne**

Umowa jest prawnie wiążąca i musi być tym samym przestrzegana przez administrację. Umawiające się strony zobowiązały się wzajemnie do podjęcia określonych działań, które zostały określone bliżej w punkcie 1 i są przedmiotem poniższej oceny prawnej i oceny potencjalnego naruszenia obowiązków. Z drugiej strony z postanowień określających cele i docelowych regulacji umowy, które wskazane są przykładowo w punkcie 2, nie może wynikać naruszenie obowiązku, tak więc nie będą one już uwzględniane w dalszym toku oceny.

### **C. Czy umowę polsko-niemiecką należy uznać za naruszoną lub bezprzedmiotową ze względu na różne wydarzenia**

Umowa pomiędzy Republiką Federalną Niemiec a Rzeczpospolitą Polską od kilku lat jest przedmiotem znacznych kontrowersji, a forma jej realizacji także przedmiotem opinii prawnych i postępowań sądowych. Ten rozwój sytuacji zostanie najpierw nakreślony (I.), aby móc prawnie ocenić, w oparciu o konkretny stan faktyczny, czy umowa mogła zostać naruszona w wyniku tych zdarzeń (II.), a nawet stać się nieważna lub niebyła (III.).

## I. Stan faktyczny i podstawa ocena prawnej

Zasadniczą krytykę umowy, a w szczególności koncepcji regulacji rzeki przedstawionej przez BAW wyraziły w pierwszym rządzie organizacje ekologiczne. Niemieckie Towarzystwo Ochrony Przyrody (DNR) przedstawiło między innymi we wspomnianej ekspertyzie Gerstgrasera z dnia 5 marca 2018 r., a także raporcie końcowym z projektu badawczego Ekologiczna ochrona przeciwpowodziowa w dorzeczu Odry ze szczególnym uwzględnieniem regionu modelowego Dolina Dolnej Odry (raport końcowy, DBU-AZ: 33605/01, z dnia 25.07.2019 r., dostępny online pod adresem: [https://www.dbu.de/OPAC/ab/DBU-Abschlussbericht-AZ-33605\\_01-Hauptbericht.pdf](https://www.dbu.de/OPAC/ab/DBU-Abschlussbericht-AZ-33605_01-Hauptbericht.pdf)) fachowe wyjaśnienie, dlaczego założenia BAW nie są trafne z punktu widzenia ochrony przyrody i ochrony przeciwpowodziowej, a zatem nie stanowią wystarczającej podstawy do planowania i zatwierdzania opartych na nich działań.

Jako umowa międzyrządowa nie może ona sama nakazywać wdrożenia działań. Międzynarodowa umowa ustanawia raczej ramy, które muszą zostać wdrożone przez krajowe akty wykonawcze w celu osiągnięcia celów. Odpowiednie procedury wydawania pozwoleń na podstawie prawa sektorowego są zatem wymagane na poziomie krajowym zarówno w Rzeczypospolitej Polskiej, jak i w Republice Federalnej Niemiec w celu wdrożenia likwidacji miejsc limitujących uzgodnionej w art. 3 ust. 1 Umowy.

W toku tych krajowych procedur wydawania pozwoleń krytyce poddano w szczególności kształt procedur administracyjnych Rzeczypospolitej Polskiej, a w szczególności działanie „11B.2 Etap I i etap II prace modernizacyjne na Odrze granicznej w ramach Projektu Ochrony Przeciwpowodziowej w Dorzeczu Odry i Wisły” Regionalnego Dyrektora Ochrony Środowiska w Szczecinie. W ramach tego postępowania organizacje ekologiczne skrytykowały z jednej strony już w ramach konsultacji społecznych niewystarczający udział i braki w ocenie oddziaływania na środowisko, a także ocenie oddziaływań na obszary siedliskowe i brak zgodności projektu z Ramową dyrektywą wodną UE. Pogląd ten podzielały również różne instytucje kraju związkowego Brandenburgia. Zarówno administracja Parku Narodowego Unteres Odertal, jak i Zarząd Parku Narodowego Unteres Odertal, a także Ministerstwo Rozwoju Obszarów Wiejskich, Środowiska i Rolnictwa wyraziły ogromne obawy dotyczące planowanej realizacji działania w odniesieniu do ochrony gatunków, obszarów chronionych położonych w Brandenburgii oraz wpływu działania na jednolitą część wód (zob. załącznik nr 3 do decyzji nr 5/2020 o uwarunkowaniach środowiskowych z dnia 18 marca 2020 r.: [https://www.gdws.wsv.bund.de/SharedDocs/Downloads/DE/Planfeststellungsverfahren/700\\_UVP\\_Polen\\_Modernisierungsarbeiten\\_Oder/Deutsch/Julii\\_2020/Anhang\\_3\\_zum\\_Beschluss.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.gdws.wsv.bund.de/SharedDocs/Downloads/DE/Planfeststellungsverfahren/700_UVP_Polen_Modernisierungsarbeiten_Oder/Deutsch/Julii_2020/Anhang_3_zum_Beschluss.pdf?__blob=publicationFile&v=2)).

Ponieważ zastrzeżenia te nie zostały uwzględnione przez organ zatwierdzający,

Regionalną Dyрекcyję Ochrony Środowiska (RDOŚ) w Szczecinie, kraj związkowy Brandenburgia początkowo złożył sprzeciw wobec decyzji za pośrednictwem Ministerstwa Obszarów Wiejskich, Środowiska i Ochrony Klimatu (MLUK), a następnie złożył pozew. Pomimo wniesionych środków prawnych, prace budowlane rozpoczęły się w Polsce natychmiast po decyzji organów. Były one kontynuowane niezależnie od zastrzeżeń kraju związkowego Brandenburgia i organizacji ochrony przyrody, przy czym terminy podjęcia decyzji w sprawie sprzeciwów były kilkakrotnie odraczane. Oznaczało to, że strona polska stworzyła już fakt dokonany, zanim jeszcze narażeni mogli zwrócić się w ogóle do sądów.

W ramach zastrzeżeń wobec działań kancelaria prawna Piotr Kozłowski Rechts- und Steuerberatung, działająca na zlecenie MLUK, w piśmie z dnia 13 sierpnia 2020 r., złożonym w ramach postępowania odwoławczego, podniosła między innymi, że konkretne działania związane z rozbudową naruszają polskie administracyjne prawo procesowe, Ramową dyrektywę wodną UE, Dyrektywę siedliskową oraz art. 3 ust. 1 w związku z załącznikiem do analizowanej umowy (zob. Piotr Kozłowski Rechts- und Steuerberatung, sprzeciw z dnia 13 sierpnia 2020 r., dostępne online pod adresem: <https://mluk.brandenburg.de/sixcms/media.php/9/Oderausbau - MLUK Bbg Widerspruch v. 13.8.2020 gegen poln. Umweltbeschluss - DE.pdf>).

Również kancelaria prawna Baumann Rechtsanwälte PartG mbB doszła do wniosku, na podstawie opinii prawnej dla grupy Zieloni/EFA w Parlamencie Europejskim, że decyzja Regionalnej Dyrekcji Ochrony Środowiska w Szczecinie jest niezgodna z prawem europejskim (zob. szczegółowo Heß/Weiser-Saulin/Wulff, ekspertyza z dnia 19 stycznia 2022 r., dostępna online pod adresem: [https://www.skakeller.de/fileadmin/user\\_upload/Gutachten-Oder\\_GrueneEFA-Baumann.pdf](https://www.skakeller.de/fileadmin/user_upload/Gutachten-Oder_GrueneEFA-Baumann.pdf)).

W odpowiedzi na pytanie deputowanych do Parlamentu Europejskiego Jutty Paulus i Siergieja Lagodzinskiego, komisarz UE Virginijus Sinkevičius odpowiedział w piśmie z dnia 4 maja 2022 r. (sygn. Ares(2022)2665749), że Komisja Europejska uważnie obserwuje postępowania administracyjne i sytuację w Polsce, mimo że nie ma uprawnień do interwencji w postępowania administracyjne. Niemniej jednak Komisja wszczęła już przeciwko Rzeczypospolitej Polskiej postępowanie w sprawie uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego na podstawie art. 258 TFUE w związku z nieprawidłowym stosowaniem art. 4 ust. 7 Ramowej dyrektywy wodnej (RDW) w odniesieniu do projektów infrastrukturalnych (pismo z dnia 4 maja 2022 r., dostępne online pod adresem [https://www.skakeller.de/fileadmin/user\\_upload/220517\\_Brief\\_Sinkevicius\\_DE.pdf](https://www.skakeller.de/fileadmin/user_upload/220517_Brief_Sinkevicius_DE.pdf)).

W wyniku masowego śnięcia ryb w Odrze latem 2022 roku pojawiły się dalsze kontrowersje dotyczące planowanej rozbudowy Odry. W tym kontekście w prasie cytowana jest przed wszystkim niemiecka minister środowiska Steffi Lemke, która powiedziała:

*„Oprócz ryb, toksyna glonów zabijała również inne zwierzęta, takie jak małże i ślimaki wodne. Różnorodność gatunków w Odrze została poważnie zniszczona, a odbudowa ekosystemu zajmie dużo czasu.*

*Dlatego w przyszłości ważne będzie zharmonizowanie wykorzystania Odry z jej rewitalizacją. Po zeszłorocznej katastrofie Odra musi być w stanie odbudować się, także jako ważny czynnik dla turystyki.*

*Dlatego krytycznie oceniam rozbudowę Odry po stronie polskiej, jak i planowane działania po stronie niemieckiej. Moim zdaniem należy zweryfikować polsko-niemiecką umowę międzyrządową w sprawie Odry z 2015 roku. Wciąż poruszam tę kwestię z federalnym ministrem transportu i ze stroną polską. Do tej pory Polska jest w tej sprawie innego zdania.”*

(BMUV, Przemówienie federalnej minister środowiska Steffi Lemke na konferencji odrzańskiej: „Odra - cenny ekosystem w stresie” z 06.06.2023 r., dostępny online pod adresem <https://www.bmu.de/rede/rede-der-bundesumweltministerin-steffi-lemke-zur-oderkonferenz-die-oder-wertvolles-oekosystem-unter-stress>).

Postanowieniem z dnia 9 grudnia 2022 r. (sygn. akt IV SA/Wa 2239/22) Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie wstrzymał wykonanie decyzji Generalnego Dyrektora Ochrony Środowiska z dnia 16 sierpnia 2022 r. o środowiskowych uwarunkowaniach dla przedsięwzięcia: „11B.2 Etap I i etap II prace modernizacyjne na Odrze granicznej w ramach Projektu Ochrony Przeciwpowodziowej w Dorzeczu Odry i Wisły” (sygn.: DOOŚ-WDŚZOO.420.24.2020.aka.132). Sąd w uzasadnieniu wskazał, że nie można wykluczyć, że decyzja środowiskowa wydana przez Generalną Dyрекcję była nieprawidłowa, a jej wykonanie mogło spowodować poważne i nieodwracalne szkody w środowisku. Zażalenie wniesione przeciwko tej decyzji przez Dyрекcję Generalną zostało oddalone przez Naczelny Sąd Administracyjny w Warszawie postanowieniem z dnia 7 marca 2023 r. (sygn. akt III OZ 78/23) i potwierdzono postanowienie Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie (dostępne online pod adresem: <https://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/CDE5CB8780>). Pomimo tej decyzji, inwestor i władze zignorowały zawieszenie wykonania decyzji zatwierdzającej i kontynuowały prace budowlane. Marek Gróbarczyk, sekretarz stanu odpowiedzialny za rozbudowę, stwierdził w prasie, że zignoruje decyzje sądów (RBB24 - Online z dnia 09.05.2023 r.: Polski rząd ignoruje sądowy nakaz wstrzymania rozbudowy Odry, dostępny pod adresem: <https://www.rbb24.de/studiofrankfurt/panorama/2023/05/brandenburg-oder-ausbau-polen-hochwasserschutz-buhnen-gericht.html>). Stowarzyszenie Ekologiczne EKO-UNIA próbowało następnie wyegzekwować wstrzymanie budowy na wszystkich poziomach. Jednak, jak donosił Tagesschau, wszystkie podmioty państwowe odmówiły przestrzegania lub egzekwowania zakazu:

*„Państwowy koncern wodny Wody Polskie odmawia realizacji wstrzymania budowy. Inspektorat Nadzoru Budowlanego odmawia podjęcia działań przeciwko spółce Wody Polskie. A właściwa prokuratura odmawia podjęcia działań przeciwko Inspektoratowi Nadzoru Budowlanego, mimo że polska organizacja ekologiczna EKO-Unia złożyła zawiadomienie o*

*przestępstwie.”*

Sąd Rejonowy w Gorzowie Wielkopolskim zobowiązał w związku z tymi działaniami prokuraturę do wszczęcia postępowania przygotowawczego przeciwko odpowiedzialnemu inspektorowi nadzoru budowlanego (Tagesschau - Online z dnia 24 lipca 2023 r.: Sąd w Polsce nakazuje prokuraturze tymczasowe wstrzymanie rozbudowy Odry, dostępne pod adresem: <https://www.tagesschau.de/inland/regional/brandenburg/rbb-gericht-in-polen-weist-staatsanwaltschaft-an-oder-ausbau-vorlaeufig-zu-stoppen-102.html>). Dopiero okaże się, czy rozbudowa zostanie faktycznie wstrzymana do czasu ostatecznej decyzji sądu w postępowaniu.

Decyzja Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 7 marca 2023 r. doprowadziła już jednak do wycofania przez Bank Światowy pożyczek na rozbudowę Odry przez Polskę. Przekazała to Marina Wes, menadżer Banku Światowego na Unię Europejską, w liście z 4 sierpnia 2023 r. skierowanym do Sahry Damus, parlamentarzystki BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN w parlamencie Brandenburgii. W dokumencie tym Bank Światowy stwierdził również jasno, że jakiegokolwiek wykorzystanie funduszy pożyczkowych na płatności dokonane po dacie wydania wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie w związku z rozbudową rzeki Odry nie będzie kwalifikowało się do finansowania w ramach umowy pożyczki na Projekt Ochrony Przeciwpowodziowej w Dorzeczu Odry i Wisły. Była to druga instytucja finansowa, która wycofała się z finansowania projektu. Już czerwcu 2023 r. zawiesił swoją pożyczkę Bank Rozwoju Rady Europy (CEB) ze względu na decyzje polskich sądów administracyjnych (zob. Tagesschau - Online z 23 czerwca 2023 r.: Europejski Bank Rozwoju wstrzymuje kredyt na rozbudowę Odry, dostępny na stronie: <https://www.tagesschau.de/inland/regional/brandenburg/rbb-europaeische-entwicklungsbank-stoppt-kredit-fuer-oder-ausbau-102.html>).

## II. **Możliwe naruszenia umowy**

W oparciu o stan faktyczny opisany powyżej, zachowanie Rzeczypospolitej Polskiej mogłoby uzasadniać naruszenia obowiązków wynikających z umowy.

### 1. Artykuł 3 ust. 6

Zgodnie z naszą oceną doszło do **naruszenia art. 3 ust. 6** Umowy. Wynika to z faktu, że umawiające się strony są zobowiązane do zapewnienia „*aby przedsięwzięcia były zgodne z przepisami prawa odpowiednio obowiązującymi na terytorium ich państw.*”. W przypadku przedsięwzięcia „11B.2 Etap I i etap II prace modernizacyjne na Odrze granicznej w ramach Projektu Ochrony Przeciwpowodziowej w Dorzeczu Odry i Wisły” Regionalnego Dyrektora Ochrony Środowiska w Szczecinie oczywiście tak nie jest. W tym zakresie polskie sądy przychyliły się do stanowiska

skarżących stowarzyszeń ochrony przyrody, iż prowadzenie prac budowlanych, tj. realizacja działań mających na celu rozbudowę Odry, może spowodować znaczące szkody w siedliskach gatunków chronionych na mocy prawa polskiego i unijnego (zob. wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 9 grudnia 2022 r., sygn. akt IV SA/Wa 2239/22). Stwierdziły one również, że istnieje ryzyko nieodwracalnej ingerencji w środowisko, a zatem ze względu na cele ochrony środowiska zapisane w art. 74 Konstytucji RP oraz cel przewodni „zapewnienia wysokiego poziomu ochrony środowiska” określony w art. 192 TFUE i wymagany przez ETS w utrwalonym orzecznictwie, a wreszcie ze względu na zasadę ostrożności jako ogólną zasadę prawną prawa unijnego, wdrożenie działań musi zostać wstrzymane do czasu upewnienia się, że rozbudowa nie może mieć szkodliwego wpływu na środowisko. Obecnie tak nie jest (zob. obszernie Naczelny Sąd Administracyjny w Warszawie, postanowienie z 7 marca 2023 r., sygn. III OZ 78/23, nr IV.10 do IV.12).

Fakt, że spór prawny toczący się w Polsce jest jedynie indywidualnym przypadkiem postępowania o wydanie pozwolenia, nie wyklucza naruszenia umowy. Całokształt okoliczności prowadzenia postępowania, aż do zachowania procesowego polskich władz i decydentów odpowiedzialnych za realizację działań, pozwalają na ocenę, że kwestia realizacji działań w zgodzie z polskimi krajowymi i europejskimi przepisami środowiskowymi oraz prawem do udziału w postępowaniu, a w szczególności zgodność z wymogami transgranicznej oceny oddziaływania na środowisko, jest kategorię lekceważona. Na poparcie tej oceny należy wskazywać zarówno na deficyty w procedurze stosowanej przez organ wydający pozwolenie oraz niewystarczający udział organizacji ochrony środowiska i przyrody, kraju związkowego Brandenburgia i opinii publicznej w Niemczech w transgranicznej ocenie oddziaływania na środowisko, które MŁUK podniósł za pośrednictwem kancelarii prawnej Piotr Kozłowski Rechts- und Steuerberatung w sprzeciwie z dnia 13 stycznia 2020 roku, jak i na wady podkreślone przez kancelarię Baumann Rechtsanwälte PartG mbB w opinii z dnia 19 stycznia 2022 r. w imieniu grupy Zieloni/EFA w Parlamencie Europejskim. Zgodnie z nią w dużej mierze zaniechana ocena oddziaływania na obszary siedliskowe po stronie niemieckiej narusza prawo do udziału w postępowaniu, co zostało wyraźnie uznane przez TSUE w wyroku „Słowacki niedźwiedź brunatny II” z dnia 8 listopada 2016 r., RS C-243/15 (nr 45 i nast.) za niezbędne na mocy prawa europejskiego. Odpowiedni udział nie był również możliwy ze względu na liczne znaczące braki w tłumaczeniach dokumentów wyłożonych do konsultacji (wniosek, ekspertyzy, prognoza oddziaływania na środowisko itp.), zastrzeżeń i stanowisk, a także odpowiedzi. W tym względzie prowadzenie postępowania narusza również art. 2 pkt 6 Konwencji Espoo (zob. Heß/Weiser-Saulin/Wulff, tamże, s. 84 i nast.). Oprócz prawa procesowego, zarówno kancelaria prawna Piotr Kozłowski Rechts- und Steuerberatung dla MŁUK Brandenburgii, jak i kancelaria prawna Baumann

Rechtsanwälte PartG mbB zidentyfikowały istotne naruszenia Dyrektywy siedliskowej, Ramowej dyrektywy wodnej UE i ochrony gatunków w odniesieniu do decyzji o wydaniu przez organy pozwolenia. Odsyłamy do danych obszernych uzasadnień kancelarii prawnych. Polskie sądy ostatecznie potwierdziły opinię kancelarii prawnych w postępowaniu przyspieszonym aż do najwyższej instancji i nakazały wstrzymanie budowy w odniesieniu do realizacji działań. Pomimo tego nakazu, polskie władze oraz urzędowi i polityczni decydenci świadomie nie zważali na własny porządek prawny i kontynuowali realizację działań, wiedząc, że są one niezgodne z prawem.

W związku z tym Rzeczpospolita Polska jako umawiająca się Strona, nie zadbała o zgodność działań z prawem obowiązującym na terytorium Polski, zgodnie z wymogiem art. 3 ust. 6 zdanie pierwsze. Całokształt stanu faktycznego wskazuje na celowe lekceważenie obowiązujących przepisów prawa. (Należy zauważyć, że w przeciwieństwie do powyższej oceny, Służba Naukowa Bundestagu uznała w maju 2021 r., że poza art. 11 w umowie „*nie ma dalszych uzgodnień dotyczących prawa ochrony środowiska*”, zob. WD 8 - 3000 - 048/21, nr 3.1, dostępny online pod adresem: <https://www.bundestag.de/resource/blob/850676/7501200f665c2fdde63d830df5f3b7b2/WD-8-048-21-pdf-data.pdf>. Pogląd ten jest jednak odrzucany na podstawie interpretacji umowy opisanej powyżej, w szczególności jasnego brzmienia art. 3 ust. 6.).

## 2. Artykuł 11

Ponadto można założyć naruszenie **art. 11** Umowy. Jak już wykazano powyżej, transgraniczna ocena oddziaływania na środowisko przeprowadzona przez polskie władze w ramach wydawania pozwolenia na przedsięwzięcie „1B.2 Etap I i Etap II Prace modernizacyjne na Odrze jako rzece granicznej w ramach projektu ochrony przeciwpowodziowej w dorzeczu Odry i Wisły” narusza art. 2 pkt 6 Konwencji Espoo. Konwencja ta musi być przestrzegana przez Rzeczpospolitą Polską, ponieważ Wspólnota Europejska zatwierdziła Konwencję Espoo, co oznacza, że jej postanowienia stanowią integralną część porządku prawnego Unii zgodnie z art. 216 ust. 2 TFUE (zob. Wniosek końcowy rzecznika generalnego Juliane Kokott z dnia 29 listopada 2018 r.(1), RSC-411/17, pkt. 70 ze wskazaniem na wyrok ETS z dnia 8 marca 2011 r., Lesoochronárske zoskupenie (C-240/09, EU:C:2011:125, pkt. 30), z dnia 15 marca 2018 r., North East Pylon Pressure Campaign i Sheehy(C-470/16, EU:C:2018:185, pkt. 46) oraz z dnia 11 lipca 2018 r., Bosphorus Queen Shipping (C-15/17, EU:C:2018:557, pkt. 44)). Nieprzestrzeganie tego przepisu prowadzi zatem również co do zasady do naruszenia art. 11 Umowy, ponieważ udział nie został przeprowadzony „*zgodnie z przepisami prawa odpowiednio*

*obowiązującymi na terytorium (...)*”. Należy jednak zauważyć, że odbyła się transgraniczna ocena oddziaływania na środowisko z możliwością udziału Republiki Federalnej Niemiec bądź zainteresowanych organów, przedstawicieli interesu publicznego i społeczeństwa. Różnice nie istnieją zatem w odniesieniu do „czy” odbyła się transgraniczna ocena oddziaływania na środowisko z możliwością udziału, ale wyłącznie w odniesieniu do „jaka” była możliwość udziału i uwzględnienie zgłoszonych zastrzeżeń. W szczególności MŁUK Brandenburgii, za pośrednictwem kancelarii prawnej Piotr Kozłowski Rechts- und Steuerberatung, dochodziło, że zastrzeżenia i stanowiska zgłoszone w ramach konsultacji zostały „całkowicie zignorowane”. Także w naszej ocenie udział w transgranicznej ocenie oddziaływania na środowisko nie był odpowiedni do zapewnienia funkcji takiej oceny oddziaływania na środowisko (informowanie społeczeństwa o skutkach przedsięwzięcia, kompleksowe ustalenie, opis i ocena skutków dla środowiska jako podstawa do urzędowej oceny), ponieważ z jednej strony wpływ przedsięwzięcia na środowisko - zwłaszcza po niemieckiej stronie Odry granicznej, np. w związku z wpływem na obszary chronione (Natura 2000) - został jedynie niewystarczająco ustalony, opisany i oceniony, a z drugiej strony forma postępowania nie pozwalała na kompleksowy i skuteczny udział w postępowaniu. Nie wdając się ponownie w szczegółowe rozważania, odsyła się do ekspertyzy kancelarii prawnej Baumann Rechtsanwälte PartG mbB z dnia 19 stycznia 2022 r., w której szczegółowo wyjaśniono, że OOŚ została przeprowadzona w sposób wadliwy i niekompletny w ramach procedury wydawania pozwolenia, na której się opiera, a zatem nie jest zgodna z przepisami prawa obowiązującymi w Rzeczypospolitej Polskiej, w szczególności z wymogami art. 5 ust. 1 w związku z Załącznikiem IV do Dyrektywy siedliskowej. Stwierdzono między innymi wady polegające na tym, że w OOŚ nie uwzględniono trwającego przez okres czterech dekad i stałego bagrowania jako działania utrzymaniowego, a związane z tym oddziaływanie nie zostało ani ustalone, ani ocenione; że zakazy wynikające z prawa ochrony gatunków zgodnie z art. 12 Dyrektywy siedliskowej nie zostały w wystarczającym stopniu uwzględnione, a zatem wpływ działań na dobro chronione zwierzęta również nie został w wystarczającym stopniu ustalony i oceniony oraz że dobro chronione woda nie zostało w wystarczającym stopniu uwzględnione z uwagi na niewystarczający wkład merytoryczny w odniesieniu do Ramowej dyrektywy wodnej UE (szczegółowo Heß/Weiser-Saulin/Wulff, tamże, s. 30). W związku z tym, pomimo przeprowadzenia transgranicznej oceny oddziaływania na środowisko, jej znaczne wady przemawiają za tym, że nie jest ona wystarczająca do wypełnienia obowiązku wynikającego z art. 11 Umowy. W odniesieniu do wagi naruszenia obowiązku należy jednak zauważyć, że Rzeczpospolita Polska bądź polskie władze zakładają, że transgraniczna



ocena oddziaływania na środowisko została przeprowadzona prawidłowo (zob. Stanowisko Rzeczypospolitej Polskiej w sprawie transgranicznej oceny oddziaływania na środowisko z dnia 27 lutego 2019 r., dostępne online pod adresem: [https://www.gdws.wsv.bund.de/SharedDocs/Downloads/DE/Plan\\_feststellungsverfahren/700\\_UVP\\_Polen\\_Modernisierungsarbeiten\\_Oder/Deutsch/Juli\\_2019/Anmerkungen3.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.gdws.wsv.bund.de/SharedDocs/Downloads/DE/Plan_feststellungsverfahren/700_UVP_Polen_Modernisierungsarbeiten_Oder/Deutsch/Juli_2019/Anmerkungen3.pdf?__blob=publicationFile&v=2)). W przeciwieństwie do naruszenia obowiązku wynikającego z art. 3 ust. 6 Umowy, w tym zakresie nie ma otwartego nieprzestrzegania Umowy, ale raczej różnica zdań co do wymogów prawnych i kwestii, czy zostały one spełnione (według Rzeczypospolitej Polskiej), czy nie (na przykład według organizacji ochrony przyrody i MLUK Brandenburgii).

### 3. Artykuł 3 ust. 1 w związku z załącznikiem

Wątpliwe jest, czy naruszenie **art. 3 ust. 1** w związku z załącznikiem do umowy można również stwierdzić na podstawie faktu, że decyzja o wydaniu pozwolenia na przedsięwzięcie „11B.2 Etap I i etap II prace modernizacyjne na Odrze granicznej w ramach Projektu Ochrony Przeciwpowodziowej w Dorzeczu Odry i Wisły” zawiera również działania, które nie zostały uzgodnione w umowie. Kancelaria Piotr Kozłowski Rechts- und Steuerberatung podniosła to w sprzeciwie z dnia 13 sierpnia 2020 r. złożonym w imieniu MLUK Brandenburgii. Takie naruszenie obowiązku zakłada, że albo miejsca limitujące wymienione w Załączniku do art. 3 ust. 1 Umowy i uznane przez Umawiające się Strony wzdłuż Odry granicznej zostały uzgodnione w sposób ostateczny, a także ze skutkiem wyłączającym dla innych działań, albo że wdrożenie dodatkowych działań przez jedną z Umawiających się Stron (tu: Rzeczpospolitą Polską) doprowadziłoby do udaremnienia celów określonych w art. 3 ust. 1 (umożliwienia lodołamania, odprowadzania lodu oraz żeglugi śródlądowej). W oparciu o dokumenty, z którymi się zapoznano, nie ma wystarczających wskazań na żadne z nich. Sama umowa nie stwierdza, że umawiające się strony, ustalając miejsca limitujące wymienione w załączniku, zamierzały jednocześnie uzgodnić, że należy zaniechać w sposób prawnie wiążący dalszych (dodatkowych) działań rozbudowy cieków wodnych lub ochrony przeciwpowodziowej. W tym względzie, chociaż dodatkowe działania nie mogą być uzasadnione lub usprawiedliwione umową, nie muszą być z nią sprzeczne. Inna sytuacja mogłaby mieć miejsce tylko wtedy, gdyby jednostronnie zaplanowane działania miały wpływ na wykonalność pozostałej części umowy. Należy między innymi zauważyć, że w zakresie stosowania Umowy zgodnie z art. 3 ust. 2 opracowano koncepcję regulacji rzeki, która została uzgodniona między Umawiającymi się Stronami oraz że zgodnie z art. 3 ust. 4 stanowi ona podstawę dla „przedsięwzięć w celu likwidacji miejsc limitujących wymienionych w Załączniku do niniejszej Umowy”. Pod tym względem każde dodatkowe przedsięwzięcie, zwłaszcza

na górnym (polskim) odcinku Odry granicznej, musiałyby zostać ocenione pod kątem tego, czy jego realizacja miałaby wpływ na uzgodnione w umowie założenia koncepcji regulacji rzeki. W związku z tym nie można zasadniczo wykluczyć, że poszczególne dalsze przedsięwzięcia lub nawet pakiet kilku dodatkowych działań na Odrze na terytorium Polski będą miały taki wpływ na prędkość przepływu lub inne parametry, które z kolei są istotne dla koncepcji regulacji rzeki jako podstawy likwidacji miejsc limitujących zgodnie z art. 3 ust. 1 Umowy. W związku z tym w kontekście niniejszej opinii prawnej nie można stwierdzić, że doszło do naruszenia obowiązku wynikającego z art. 3 ust. 1. Kwestia ta musiałyby zostać zbadana przez ekspertów lub BAW musiałyby zbadać wraz z umawiającymi się stronami, biorąc pod uwagę skutki dodatkowych przedsięwzięć (w sposób ciągły) to, czy koncepcja regulacji rzeki, na której bazuje umowa, jest nadal możliwa i skuteczna, czy też dodatkowe przedsięwzięcia zagrażają realizacji umowy.

### III. Brak nieważności lub nieskuteczności umowy

Pomimo naruszenia umowy opisanego w punkcie **C. II.** powyżej, nie należy jej traktować jako „bezpprzedmiotowej”. Sama umowa nie reguluje żadnych podstaw dla jej nieważności lub unieważnienia. W tym względzie należy stosować Konwencję wiedeńską o prawie traktatów (tzw. Konwencja wiedeńska o prawie traktatów - KWPT) z dnia 23 maja 1969 roku. Zarówno Republika Federalna Niemiec, jak i Rzeczpospolita Polska ratyfikowały KWPT, co oznacza, że ma ona zastosowanie do umowy polsko-niemieckiej jako „traktatu” między tymi dwoma państwami zgodnie z art. 1 w związku z art. 2 ust. 1 lit. a) KWPT.

Oznacza to, że podstawy nieważności lub unieważnienia umowy mogą wynikać wyłącznie z działu 2 (§ 46 do 53) KWPT. Jednak wymienione tam podstawy nieważności, takie jak błąd (§ 48 KWPT), oszustwo (§ 49 KWPT), przekupstwo (art. 50 KWPT) lub przymus (art. 51 i 52 KWPT), są oczywiście wykluczone lub nie ma wskazań na takie podstawy. Nic nie wskazuje również na to, że sama umowa jest „*sprzeczna z imperatywną normą powszechnego prawa międzynarodowego (ius cogens)*” (art. 53 KWPT).

W związku z tym umowa jest ważna w przypadku braku podstaw do jej nieważności i musi być przestrzegana przez strony umowy. Inną kwestią jest to, czy opisane powyżej naruszenia umowy uprawniają Republikę Federalną Niemiec do jej zakończenia lub zawieszenia. Odpowiedź na to pytanie jest przedmiotem punkt D poniżej.

## D. Jakie działania są wymagane i możliwe wobec stwierdzonego naruszenia?

Zarówno ze stwierdzonego naruszenia umowy przez Rzeczpospolitą Polską, jak i wydarzeń, które miały miejsce w międzyczasie, wynikać mogą podstawy do (jednostronnego) zakończenia lub zawieszenia umowy.

### I. Postanowienia samej umowy

Sama umowa nie zawiera żadnych konsekwencji prawnych związanych z nieprzebrzeganiem zobowiązań uzgodnionych w umowie. Strony umowy zakładają zatem, że postanowienia umowne będą zasadniczo wzajemnie przestrzegane. Jedynie **art. 15** umowy zawiera mechanizm, który interweniuje w przypadku „różnic zdań dotyczących interpretacji lub stosowania” umowy. Zgodnie z art. 15 ustęp 1 Umowy, różnica zdań ma zostać rozwiązana w ramach Wspólnego Komitetu lub w drodze rozmów między właściwymi organami umawiających się stron, a jeśli nie przyniesie to rezultatu, decyzja może zostać podjęta przez sąd polubowny zgodnie z art. 15 ustęp 2 Umowy. Oznacza to, że sama umowa nie przewiduje żadnej możliwości jednostronnego zakończenia lub zawieszenia z powodu naruszenia umowy poza mechanizmem rozstrzygnięcia sporów określonym w art. 15.

Zgodnie z **art. 16** umowa może zostać zmieniona wyłącznie za obopólną zgodą. Wątpliwe jest, czy można realistycznie oczekiwać takiej zgody, zwłaszcza w przypadku różnic w stosowaniu umowy. Zasadniczo jednak umowa nie musi być koniecznie przestrzegana. Zakończenie umowy może zostać dokonane wyłącznie przez Federalne Ministerstwo Transportu i Cyfryzacji (BMDV) jako tzw. *actus contrarius* do jej zawarcia (zob. również Służba Naukowa Bundestagu, WD 3 - 3000 - 027/23 (15 marca 2023 r.), s. 2; § 40 ust. 2 RvV).

Wreszcie, **art. 17** przewiduje możliwość wypowiedzenia umowy również niezależnie od naruszenia umowy. Jest to jednak możliwe dopiero po 20 latach od wejścia w życie umowy, tj. najwcześniej w 2035 r., przy czym umowa wygaśnie dopiero 5 lat po otrzymaniu noty o wypowiedzeniu zgodnie z art. 17 zdanie 2, tj. najwcześniej w 2040 roku.

### II. Wypowiedzenie i zawieszenie na podstawie KWPT

Jak wyjaśniono powyżej, Konwencja wiedeńska o prawie traktatów (KWPT) znajduje zastosowanie do polsko-niemieckiej umowy. Niezależnie od odpowiednich postanowień samej umowy, podstawy do jej zawieszenia i zakończenia mogą zatem wynikać z KWPT.

Na potrzeby poniższej analizy należy zauważyć, że traktaty międzynarodowe podlegają zasadzie swobody zawierania umów, a zatem umawiające się strony mają szeroką autonomię w odniesieniu do treści traktatów przy ich zawieraniu - w granicach prawa (Krajewski, *Völkerrecht*, wyd. 3. 2023, § 4 nr 18). Odpowiednio, art. 26 KWPT stanowi, że po wejściu w życie traktaty są wiążące dla umawiających się stron i muszą być przez nie wypełniane w dobrej wierze (zasada *pacta sunt servanda*). W oparciu o te zasady, możliwości jednostronnego zakończenia lub zawieszenia umowy muszą być interpretowane zasadniczo wąsko, a spory dotyczące interpretacji, realizacji lub zakończenia umowy (zob. art. 54(b), art. 57(b) KWPT) muszą być rozstrzygane w miarę możliwości w drodze wzajemnego porozumienia.

#### 1. Art. 60 KWPT (naruszenie traktatu)

Zgodnie z art. 60 ust. 1 KWPT istotne naruszenie traktatu dwustronnego przez jedną ze stron upoważnia drugą stronę do powołania tego naruszenia jako podstawy wygaśnięcia traktatu bądź zawieszenia jego działania w całości lub w części. Zgodnie z art. 60 ust. 3 KWPT, naruszenie jest istotne, jeśli dotyczy postanowienia istotnego dla osiągnięcia przedmiotu i celu traktatu.

Jak już wspomniano, cele i przedmioty traktatu ograniczają się do poprawy ochrony przeciwpowodziowej poprzez zapewnienie lodołamania, odprowadzania lodu (art. 3 ust. 1 i motyw 4), zapewnienia żeglugi śródlądowej statkami rzeczno–morskimi pomiędzy portem w Schwedt i Morzem Bałtyckim (art. 3 ust. 1 i motyw 8) oraz międzypaństwowego uzgodnienia koncepcji regulacji rzeki Odry granicznej i odpowiedniej likwidacji miejsc limitujących (art. 3 ust. 1-3, motywy 5-7). Naruszenie przepisów prawnych przy realizacji przedsięwzięć, niezależnie od tego, czy chodzi o prawo krajowe, czy mające zastosowanie na szczeblu krajowym prawo unijne, nie jest bezpośrednio sprzeczne z tymi celami. W tym zakresie doszło do naruszenia obowiązków umownych, ale nie jest ono na tyle istotne, aby pozwalało na jednostronne rozwiązanie umowy. W tej ocenie należy również wziąć pod uwagę, że nadal istnieją możliwości ochrony prawnej przed naruszeniami przed polskimi sądami i że Republika Federalna Niemiec musiałaby najpierw skorzystać z mechanizmu rozstrzygania sporów z art. 15 Umowy jako łagodniejszego środka w celu polubownego rozstrzygnięcia sporu lub wyjaśnienia za pośrednictwem sądu polubownego (art. 15 ust. 3).

Podsumowując, wymogi artykułu 60 ustępy 1, 3 KWPT nie zostały

spełnione. Jednostronne zakończenie umowy nie jest możliwe na tej podstawie prawnej.

## 2. Art. 62 KWPT (Zasadnicza zmiana okoliczności)

Artykuł 62 ust. 1 umożliwia rozwiązanie umowy w przypadku zasadniczej zmiany okoliczności, które istniały w momencie zawarcia umowy. Jedną z takich okoliczności mogłoby być masowe śnięcie ryb w Odrze w 2022 roku. W swojej decyzji w sprawie projektu zapory Gabcíkovo-Nagymaros (MTS, 25 lipca 1997 r., Rep. 1997, s. 7, dostępny online pod adresem: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/92/092-19970925-JUD-01-00-EN.pdf>), Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości orzekł na podstawie odpowiedniej umowy międzynarodowej między Węgrami a Słowacją w sprawie wymogów wynikających z art. 62 KWPT (tamże, s. 62 do nr 104 (niemieckie tłumaczenie oryginalnego tekstu angielskiego)):

*„Zasadnicza zmiana okoliczności musiała być nieprzewidywalna; istnienie okoliczności w momencie zawarcia umowy musiało stanowić istotną podstawę porozumienia stron o związaniu się umową. Negatywne i warunkowe brzmienie art. 62 Konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów jest również wyraźnym wskazaniem, że stabilność stosunków umownych wymaga, aby zarzut zasadniczych okoliczności mógł być stosowany tylko w wyjątkowych przypadkach.”*

W oparciu o tę surową interpretację śnięcie ryb w Odrze w 2022 r. wydaje się być wprawdzie nieprzewidywalnym zjawiskiem, umawiające się strony nie uzgodniły jednak przestrzegania konkretnych celów środowiskowych w ramach umowy, a jedynie uzgodniły cele związane z ochroną przeciwpowodziową i żeglugą śródlądową. Aspekty środowiskowe odgrywają zatem rolę tylko o tyle, o ile realizacja umowy może się nie powieść ze względu na normy środowiskowe tylko wtedy, gdy są one sprzeczne z realizacją celów (por. art. 3 ust. 6 umowy, który zapewnia, że przedsięwzięcia są realizowane na podstawie obowiązujących przepisów prawnych). W związku z tym, pomimo tego zdarzenia, nie można wykluczyć, że realizacja umowy - być może w ograniczonej formie lub ze znacznymi działaniami monitorującymi lub działaniami kompensacyjnymi i zastępczymi - jest nadal możliwa co do zasady zgodnie z obowiązującymi przepisami środowiskowymi.

W rezultacie nie ma obecnie powodu do jednostronnego zakończenia umowy na podstawie art. 62 KWPT.



## E. Skutki niedowiedzianej neutralności powodziowej

Należy też ocenić, w jaki sposób umowa może zostać na przykład tymczasowo lub całkowicie zawieszona, renegocjowana lub wypowiedziana w świetle tych okoliczności (patrz punkt C. I.) i niedowiedzianej neutralności powodziowej.

Umowa lub koncepcja regulacji rzeki autorstwa BAW, a tym samym wdrożenie opartych na niej przedsięwzięć, mogłyby naruszać wymóg neutralności powodziowej.

W niemieckim systemie prawnym § 68 ustęp 3 Ustawy o gospodarce wodnej (WHG) stanowi, że rozbudowa cieków wodnych nie może prowadzić do niemożliwego do zrekompensowania wzrostu ryzyka powodziowego lub zniszczenia naturalnych obszarów retencyjnych, w szczególności w lasach łęgowych. Zgodnie z § 12 ustęp 7 zdanie 4 Ustawy o drogach wodnych (WaStrG), dotyczy to również działań związanych z rozbudową lub budową nowych obiektów na federalnych drogach wodnych. Wynika to z faktu, że Ustawa o drogach wodnych nie zawiera żadnych stwierdzeń dotyczących szczegółów ochrony przeciwpowodziowej, co oznacza, że należy sięgać do przepisów Ustawy o gospodarce wodnej dotyczących ochrony przeciwpowodziowej (Federalny Sąd Administracyjny, wyrok z dnia 28 listopada 2017 r. - 7 A 17/12 -, Federalny Sąd Administracyjny 161, 17-52, juris par. 57). Jak wyjaśnił Federalny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 28 listopada 2017 r. (sprawa nr 7 A 3/17, dodatek NVwZ 2018, 19 (23), pkt 46), wymogi § 68 ust. 3 WHG stanowią „ściśłą przeszkodę dopuszczenia”, tj. okoliczność, której organ zatwierdzający plan nie może rozważyć i którą należy koniecznie uwzględnić.

Ryzyko powodziowe jest rozumiane jako „połączenie prawdopodobieństwa wystąpienia zdarzenia powodziowego z możliwymi negatywnymi skutkami powodzi dla zdrowia ludzi, środowiska, dziedzictwa kulturowego, działalności gospodarczej i znaczących dóbr materialnych” (§ 73 ust. 1 zdanie 2 WHG, również art. 2 nr 2 Dyrektywy 2007/60/WE z dnia 23 października 2007 r. w sprawie oceny ryzyka powodziowego i zarządzania nim). Natomiast naturalne obszary retencyjne to tereny, „które, rozciągając się bocznie wzdłuż brzegu, pozwalają na rozprzestrzenianie się wód powodziowych, a tym samym zapobiegają przyspieszonemu zrzutowi całej wody w dół rzeki” (BeckOK UmweltR/Spieth WHG § 67 nr 2; VGH Monachium, wyrok z dnia 18 grudnia 2012 r. - 8 B 12.431 -, juris nr 48).

Zgodnie z orzecznictwem Federalnego Sądu Administracyjnego zwykły lokalny wzrost zagrożenia powodziowego nie stanowi jeszcze naruszenia w rozumieniu § 68 ust. 3 WHG, jeżeli działanie zmniejsza ogólne zagrożenie, a lokalny wzrost można przewyższyć za pomocą środków ochronnych (Federalny Sąd Administracyjny, wyrok z dnia 22 października 2015 r. - 7 C 15/13 -, juris nr 41). W przeciwieństwie do tego należy zasadniczo unikać niszczenia naturalnych obszarów retencyjnych, tak że nawet niszczenie na niewielką skalę stanowi naruszenie dobra publicznego w rozumieniu § 68 ust. 3 WHG (Federalny Sąd Administracyjny, wyrok z dnia 22 października 2015 r. - 7 C 15/13 -, juris nr 41).

W oparciu o te wymogi ustawowe władze niemieckie są w każdym przypadku

zobowiązane do przestrzegania wymogów prawnych § 68 ust. 3 WHG przy realizacji umowy w formie postępowania wodnoprawnego zatwierdzania projektów rozbudowy cieków wodnych. Ponieważ art. 3 ust. 4 umowy stanowi, że koncepcja regulacji rzeki autorstwa BAW uzgodniona między umawiającymi się stronami stanowi podstawę realizacji przedsięwzięć, należało zapewnić, aby była ona zgodna z wymogami ustawowymi § 68 ust. 3 WHG.

W swojej aktualizacji koncepcji regulacji rzeki Odry granicznej przedłożonej w 2014 roku (tamże, s. 4) BAW wyjaśnia, że ustalił zapewnienie neutralności powodziowej jako poboczny cel w ramach grupy projektowej. Z tego wywiódł wymóg, że *„szczyt powodzi projektowej dla wałów przeciwpowodziowych (...) nie może być znacząco zwiększony przez planowane przedsięwzięcia”*. Jednak, jak widać z koncepcji regulacji rzeki, nie jest ona w sposób ciągły całkowicie neutralna w odniesieniu do powodzi. Koncepcja regulacji rzeki wystarczy raczej do zagwarantowania neutralności powodziowej w dużej mierze (BAW, tamże, s. 88):

*„Oprócz osiągnięcia celu regulacyjnego, warianty powinny również dążyć do zapewnienia neutralności powodziowej w jak największym stopniu.”*

Również z oceny wariantów wynika wyraźnie, że absolutna neutralność powodziowa nie została uwzględniona jako podstawa koncepcji regulacji rzeki. BAW stwierdza na stronie 139:

*„Wraz z towarzyszącym pogłębianiem, wariant SRK-V2b\_RT\_Bagg dla odcinka 2 jest prawie neutralny powodziowo, z zaledwie około 5 cm wzrostem bezpośrednio poniżej ujścia Warty.”*

oraz:

*„Scenariusz zwiększonego pogłębiania na odcinku 1 w celu zapewnienia całkowitej neutralności powodziowej na całym badanym obszarze nie został przeanalizowany.”*

Fakt, że w koncepcji regulacji rzeki nie dążono dotychczas do całkowitej neutralności powodziowej, wynika również z raportu końcowego Niemieckiego Towarzystwa Ochrony Przyrody (DNR) (Ekologiczna ochrona przeciwpowodziowa w dorzeczu Odry ze szczególnym uwzględnieniem regionu modelowego Dolina Dolnej Odry, raport końcowy, DBU-AZ: 33605/01 z dnia 25 lipca 2019 r., tamże, s. 18). W szczególności wskazuje się tu na miejsce limitujące przy „Krummer Ort” w pobliżu „Hohenwutzen (Odra kilometr 661)”. Średniookresowo, tj. w okresie symulacji wynoszącym czterdzieści lat, poziom wody powinien wzrosnąć tu o maksymalnie 12 cm, nawet podczas powodzi, zgodnie z koncepcją regulacji rzeki. Ale także w innych miejscach, tj. na całym biegu Odry, nastąpi wzrost fali powodziowej od kilometra 540 do kilometra 670 na długości 130 km i tylko między kilometrem 670 a kilometrem 690 na długości 20 km nastąpi niewielka redukcja o około dwa do trzech centymetrów (patrz BAW, Aktualizacja koncepcji regulacji rzeki Odry granicznej, wersja skrócona do ekspertyzy, maj 2014, 3.02.10132.4., tamże, strona 13, rysunek 2-8). W związku ze wzrostem spowodowanym przedsięwzięciami rodzi to zasadniczo pytanie, czy obecna



kompleksowa koncepcja regulacji rzeki jest zgodna z wymogami art. 68 ust. 3 WHG.

W ramach niniejszej opinii nie można ocenić, czy koncepcja regulacji rzeki spełnia wymogi § 68 ustęp 3 WHG. Istnieją jednak wątpliwości co do tego na podstawie przedstawionych faktów. Z jednej strony pojęcie neutralności powodziowej, wynikające z koncepcji regulacji rzeki autorstwa BAW, nie pokrywa się w pełni z wymogami określonymi w § 68 ustęp 3 WHG. Z drugiej strony, koncepcja regulacji rzeki stwierdza w wielu miejscach, że neutralność powodziowa nie będzie (w pełni) dochowana. Jest to jednak wymagane przez prawo przy realizacji przedsięwzięć w Niemczech, a zatem jest również obowiązkowe dla Republiki Federalnej Niemiec na mocy art. 3 ust. 6 Umowy. W związku z tym nie można obecnie stwierdzić, że wymogi prawne określone w § 68 ust. 3 WHG zostały spełnione i że na podstawie tej koncepcji regulacji rzeki można wdrożyć przedsięwzięcia w formie postępowań zatwierdzania projektów. W związku z tym zaleca się zbadanie wykonalności związanych z tym działań rozbudowy zgodnie z wymogami § 68 ust. 3 WHG, nie dopiero w trakcie postępowań zatwierdzania projektów, ale już podczas wspólnego uzgadniania koncepcji regulacji rzeki. Taka kontrola zgodności nie została dotychczas przeprowadzona.

Rozbudowa po polskiej stronie również budzi obawy w odniesieniu do neutralności powodziowej. Między innymi wątpliwości w tej sprawie w stanowisku w parlamencie Brandenburgii wyraził minister rolnictwa, środowiska i ochrony klimatu Axel Vogel, w szczególności w odniesieniu do oceny polskich planów rozbudowy w następujący sposób: (Parlament Krajowy Brandenburgii - PIPr 7/49 - 25 sierpnia 2021 r., s. 2, dostępny online pod adresem: <https://www.parlamentsdokumentation.brandenburg.de/starweb/LBB/ELVIS/parladoku/w7/plpr/49-035.pdf>):

*„Strona polska planuje nie tylko rozbudowę ostróg, ale także wznoszenie tam podłużnych i poprzecznych. Rezultat jest następujący: Przepływająca woda ma przez to mniej miejsca, jest ściskana i przyspiesza, co z kolei prowadzi do pogłębienia koryta rzeki. Wynikający z tego silniejszy i przyspieszony przepływ wody powoduje większe ryzyko powodzi w dolnym biegu rzeki, ponieważ woda nie może już rozprzestrzeniać się na szerokość, jak przewidywano.”*

Opisane tutaj skutki nie byłyby zgodne z wymogiem neutralności powodziowej, przy czym § 68 ust. 3 WHG jako krajowa niemiecka norma prawna nie ma zastosowania w Polsce. Nie wiadomo, czy wymóg taki przewiduje prawo krajowe Rzeczypospolitej Polskiej. Gdyby istniała regulacja odpowiadająca § 68 ustęp 3 WHG, art. 3 ustęp 6 Umowy wymagałby również przestrzegania takiej regulacji w celu realizacji przedsięwzięcia na terytorium Polski.

W prawie europejskim nie ma wyraźnych regulacji, które wyraźnie i obowiązkowo ustalałyby neutralność powodziową także w odniesieniu do Rzeczypospolitej Polskiej. Obowiązek uwzględnienia mógłby jednak wynikać z art. 7 ust. 4 dyrektywy 2007/60/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 23 października 2007 r. w sprawie oceny ryzyka powodziowego i zarządzania nim (Dz.U. L 288/27). Wymaga on od państw członkowskich, aby podczas sporządzania planów zarządzania zagrożeniem powodziowym zwracały uwagę na to, aby środki określone w ich planach nie

zwiększały znacząco zagrożenia powodziowego w innych krajach położonych w górę lub w dół biegu rzeki w tym samym dorzeczu lub zlewni ze względu na ich skalę i wpływ, chyba że środki te zostały skoordynowane i znaleziono wspólne rozwiązanie między zainteresowanymi państwami członkowskimi w ramach art. 8 dyrektywy. Z przepisu tego nie można wyprowadzić wprost obowiązku Polski do unikania znaczącego wzrostu ryzyka powodziowego w stosunku do Niemiec, nawet przy ustalaniu i wdrażaniu środków i przedsięwzięć, które nie łączą się ze sporządzeniem planu zarządzania ryzykiem powodziowym. Przepis ten stanowi jednak, że państwa członkowskie muszą wzajemnie mieć na siebie wzgląd i nie powinny realizować przedsięwzięć, które znacząco zwiększają ryzyko powodziowe w innym państwie członkowskim. Parlamentarny sekretarz stanu Florian Pronold również wydaje się być tego zdania, odpowiadając 12 lutego 2021 r. na pytanie Steffi Lemke, posłanki i obecnej [federalnej minister środowiska, ochrony przyrody, bezpieczeństwa jądowego i ochrony konsumentów](#), w sprawie związku między dyrektywą 2007/60/WE a polsko-niemiecką umową (druk Bundestagu 19/26646, s. 177 (nr 231)):

*„Realizacja dyrektywy może mieć wpływ na realizację umowy i odwrotnie. W razie potrzeby powinno być zatem możliwe uwzględnienie tej kwestii w zaktualizowanym planie zarządzania ryzykiem powodziowym dla Międzynarodowego Obszaru Dorzecza Odry. Plan ten musi zostać sporządzony w porozumieniu ze wszystkimi trzema państwami dorzecza Odry: Niemcami, Polską i Czechami.”*

Koncepcja regulacji rzeki opracowana wspólnie z BAW może wskazywać na takie porozumienie między umawiającymi się stronami. Jednak pomimo zaangażowania szczebla administracyjnego obu państw, nie widać w niej wystarczającego porozumienia w zakresie neutralności powodziowej. Wynika to z faktu, że z jednej strony sama koncepcja regulacji rzeki stwierdza, że nastąpi wzrost poziomu wody, a tym samym również fali powodziowej, ale z drugiej strony konkretne skutki koncepcji regulacji rzeki nie zostały jeszcze w pełni ustalone ani ocenione. Oznacza to, że również koncepcja regulacji rzeki nie stanowi uzgodnienia w koniecznym zakresie.

Wpływ planowanych środków na neutralność powodziową nie został jeszcze określony i oceniony w ramach planowania zarządzania ryzykiem powodziowym, do czego państwa członkowskie są zobowiązane na mocy art. 7 ust. 1 dyrektywy 2007/60/WE. Aktualny plan zarządzania ryzykiem powodziowym przyjęty przez Międzynarodową Komisję Ochrony Odry przed Zanieczyszczeniem (MKOOpZ) w 2015 r. wspomina wprawdzie o działaniach przeciwpowodziowych przewidzianych w umowie polsko-niemieckiej. Ocenia je jednak wyłącznie w odniesieniu do ochrony przeciwpowodziowej na wypadek lodołamania w zimie, do której dąży umowa. Plan zarządzania ryzykiem powodziowym nie zajmuje jednak stanowiska odnośnie do pogorszenia sytuacji powodziowej w przypadku powodzi letnich (Plan Zarządzania Ryzykiem Powodziowym dla Międzynarodowego Obszaru Dorzecza Odry 2015, strona 70 (rozdział 4.2.6.), dostępny online pod adresem: <https://www.mkoo.pl/show.php?fid=5482&lang=DE>).

Stwierdzenia zawarte w planie zarządzania ryzykiem powodziowym są również raczej abstrakcyjne, a w szczególności nie wskazują na to, że w ramach międzynarodowego planowania zarządzania ryzykiem powodziowym przeprowadzono rzeczywistą analizę kwestii powodziowych. Potwierdza to również odpowiedź MKOOpZ na zarzut DNR. DNR skrytykował niewystarczająco zbadaną do tej pory sytuację powodziową i związane z nią ryzyka w następujący sposób:

*„Skutki dla ryzyka powodziowego wynikające z rozbudowy i działań utrzymaniowych dla żeglugi śródlądowej na Górnej Odrze, Środkowej Odrze, Dolnej Odrze, Odrze Zachodniej, Zalewie Szczecińskim i Warcie wymagają zróżnicowanej analizy, uzupełnionej o prezentację obciążeń (np. wzrost szczytu fali powodziowej w wyniku powiększenia ostróg i związane z tym zmniejszenie przekroju poprzecznego rzeki) oraz ich powiązanie z podmiotami powodującymi te zmiany.”*

MKOOOpZ odpowiedziała na to:

*„Wszystkie działania rozbudowy wzdłuż Odry należy przeanalizować pod kątem ich potencjalnego wpływu na ryzyko powodziowe.”*

(Zestawienie opracowanych odpowiedzi na stanowiska otrzymane w ramach konsultacji społecznych dotyczących projektu planu zarządzania ryzykiem powodziowym dla międzynarodowego obszaru dorzecza Odry na dzień 31 stycznia 2022 r., nr 13, dostępne pod adresem: <https://mkoo.pl/show.php?fid=6990&lang=DE>).

Z odpowiedzi tej jasno wynika, że analiza możliwego wpływu przedsięwzięć z umowy polsko-niemieckiej na zagrożenie powodziowe na Odrze nie została dotychczas przygotowana - ani nie jest dostępna do dziś - a zatem nie mogła mieć miejsca odpowiednia koordynacja między państwami w tym zakresie. Ponieważ w przypadku takich uzgodnień konkretne skutki działań krajowych w odniesieniu do terytorium drugiej strony musiałyby być znane. Dotychczas tak się nie stało.

Jeśli Rzeczpospolita Polska planuje dalsze działania w obszarze Odry granicznej, które nie są objęte umową, musiałyby one zostać nie tylko zbadane pod kątem ich zgodności z umową i jej celami, ale także uzgodnione z władzami niemieckimi w odniesieniu do wynikających z nich zmian zagrożenia powodziowego. Jest to również konieczne dla wdrożenia działań modernizacyjnych po niemieckiej stronie Odry granicznej, ponieważ zmiana przepływów w górnym biegu Odry może wymagać zmiany planów działań po stronie niemieckiej w dolnym biegu Odry w celu spełnienia zobowiązań krajowych - takich jak przykładowo § 68 ustęp 3 WHG. Innymi słowy, rozbudowa po polskiej stronie Odry granicznej nie może uniemożliwiać realizacji działań po niemieckiej stronie Odry granicznej.

Oprócz umowy polsko-niemieckiej istnieją inne powody wynikające z prawa międzynarodowego, które przemawiają za tym poglądem. Zarówno Polska, jak i Niemcy są sygnatariuszami Konwencji Narodów Zjednoczonych o ochronie i użytkowaniu cieków transgranicznych i jezior międzynarodowych (UN Convention on the protection and use of transboundary watercourses and international lakes z dnia 17

marca 1992 r. (w mocy od dnia 6 października 1996 r.), UNTS 1936, 269). Zgodnie z art. 2 ust. 1 tej konwencji, strony podejmą wszelkie odpowiednie przedsięwzięcia w celu zapobiegania, kontrolowania i zmniejszania jakiegokolwiek oddziaływania transgranicznego. Zgodnie z brzmieniem konwencji, nacisk kładziony jest na wpływ na środowisko, a na przykład dążenie do osiągnięcia dwustronnych i wielostronnych porozumień w celu wspólnej koordynacji i osiągnięcia celów konwencji jest zdefiniowane jako konkretny obowiązek. Niemniej jednak kilka postanowień konwencji wskazuje, że zapobieganie powodziom i związanym z nimi ryzykiem jest również przedmiotem i celem konwencji. Po pierwsze, art. 1 ust. 2 konwencji definiuje oddziaływanie transgraniczne („transboundary impact“) jako jakiegokolwiek oddziaływanie powodujące znaczne szkodliwe skutki w środowisku, przy czym drugie zdanie wyjaśnia, że niekorzystny wpływ na środowisko obejmuje niekorzystny wpływ na zdrowie i bezpieczeństwo ludzi oraz inne struktury fizyczne. Art. 11 konwencji stanowi również, że umawiające się państwa powinny opracować wspólne programy działań w ramach swoich umów lub współpracy, w tym w celu monitorowania stanu transgranicznych cieków wodnych i oddziaływań transgranicznych, w tym powodzi. Dlatego też ochrona przeciwpowodziowa również jest przedmiotem tej konwencji (zob. Rieu-Clarke, Allistair S., *A Survey of International Law Relating to Flood Management: Existing Practices and Future Prospects*, Vol. 48(3) *Natural Resources* 2008, 649 (662 i kolejne)). W związku z tym wzajemny obowiązek uwzględnienia i nakaz unikania znacznego wzrostu zagrożenia powodziowego w sąsiednim kraju można również wywnioskować z tego na płaszczyźnie prawa międzynarodowego.

Podsumowując stwierdzić należy, że ryzyko powodziowe związane z umową nie zostało do tej pory wystarczająco przeanalizowane i ocenione w praktyce na podstawie wymogów prawnych, które należy spełnić. Sama umowa ma na celu zmniejszenie ryzyka powodzi zimowych, przede wszystkim poprzez umożliwienie lub poprawę lodołamania i usuwania lodu. W przeciwieństwie do tego przynajmniej niemiecka sytuacja prawna wymaga kompleksowej oceny ryzyka powodziowego na podstawie § 68 ustęp 3 WHG. Planowanie i wdrażanie działań mających na celu „wyeliminowanie” ryzyka powodzi zimowych nie może zatem prowadzić do takiego ogólnego wzrostu poziomu wody w Odrze lub zmiany prędkości przepływu lub innych parametrów, że wdrożenie tych działań zwiększa ryzyko powodzi w innych porach roku (zwłaszcza wiosną i latem). Według naszej oceny taka analiza nie została jeszcze przeprowadzona i musiałaby zostać odpowiednio przedstawiona. Jednocześnie także dalsze plany rozbudowy umawiających się stron, które nie są przedmiotem umowy, ale mogą mieć na nią wpływ, musiałyby również zostać uwzględnione w koncepcji regulacji rzeki lub modelach leżących u jej podstaw. W przeciwnym razie nie można zapewnić, że koncepcja regulacji rzeki służąca jako podstawa rozbudowy jest w ogóle trafna i możliwa do zrealizowania oraz że cele uzgodnione w art. 3 ust. 1 Umowy mogą być następnie osiągnięte na tej podstawie. Ocena neutralności powodziowej dopiero w czasie planowania działań, jak to jest obecnie praktykowane (zob. druk Bundestagu 19/19427, s. 3 (na pytania od 5 do 5d)), nie może ostatecznie zapewnić, że umowa może zostać zrealizowana w uzgodnionej formie.

Ze względu na dotychczasowy brak dowodów na neutralność powodziową, w

przypadku Niemiec pojawia się również problem naruszenia umowy. Jeśli prawdziwe są wskazania wynikające w szczególności ze wzrostu fali powodziowej w koncepcji regulacji rzeki, to naruszenie przez rozbudowę po stronie niemieckiej § 68 ust. 3 WHG oznaczałoby jednocześnie naruszenie art. 3 ust. 6 umowy. Jednocześnie należy postawić pytanie, czy umowa jest w ogóle możliwa do zrealizowania w uzgodnionej formie, czy też istnieją trwałe przeszkody prawne dla jej wdrożenia. W odniesieniu do KWPT, w skrajnych przypadkach może to prowadzić do późniejszej niemożności wykonania zgodnie z art. 61 KWPT, który w przypadku trwałej niemożności (art. 61 ust. 1 zdanie 1) pozwala na jednostronne zakończenie umowy, a w przypadku jedynie tymczasowej niemożności, tymczasowe zawieszenie umowy (konsekwencje prawne, patrz § 72 KWPT). Jednak taka niemożność musiałaby w tym celu najpierw zostać „pozytywnie” ustalona. W związku z tym konieczne wydaje się dokonanie weryfikacji koncepcji regulacji rzeki i wykonalności działań budowlanych na terytorium Niemiec w świetle zmian, które zaszły w międzyczasie.

Rząd federalny jest odpowiedzialny za udowodnienie, że planowane działania budowlane są neutralne powodziowo - i to zarówno w przypadku środków zapobiegających powodziom lodowym, jak i w przypadku ich ewentualnego wpływu na wzrost fali powodziowej w lecie. To ostatnie także, mimo że to kraj związkowy jest zasadniczo odpowiedzialny za ochronę przeciwpowodziową. Gdyż to rząd federalny jest właścicielem federalnych dróg wodnych (art. 89 ust. 1 Ustawy zasadniczej), którymi jako właściciel gospodaruje bądź administruje (art. 89 ust. 1 Ustawy zasadniczej), a tym samym również rozbudowuje i modernizuje. Od czasu reformy federalizmu w 2010 roku ochrona przeciwpowodziowa jest częścią ustawodawstwa konkurencyjnego zgodnie z art. 74 ustęp 1 nr 32 Ustawy zasadniczej (więcej szczegółów, patrz Reese, NuR 2011, 19 820). Oznacza to, że w zakresie ochrony przeciwpowodziowej obowiązują w pierwszej kolejności regulacje prawa federalnego WHG i są uzupełniane przez Brandenburską ustawę wodną (BbgWG) tylko w obszarach nieuregulowanych na poziomie federalnym. Należy przy tym zauważyć, że podstawowa odpowiedzialność za utrzymanie wód zgodnie z § 39 WHG dla dróg wodnych pierwszego rzędu jest przypisana Urzędowi Gospodarki Wodnej zgodnie z § 79 ust. 1 zdanie 1 numer 1 BbgWG, z tym jednak wyjątkiem, że nie ma to zastosowania do federalnych śródlądowych dróg wodnych. Zgodnie z § 7 ustęp 1 WaStrG odpowiedzialny jest za nie rząd federalny. W związku z tym utrzymanie federalnych dróg wodnych (§ 7 w połączeniu z § 39 WaStrG), rozbudowa i budowa nowych federalnych dróg wodnych (§ 12 WaStrG) oraz wymogi ochrony przeciwpowodziowej, które należy zapewnić w ramach tych działań lub postępowań (zatwierdzania planów), są przypisane wyłącznie rządowi federalnemu i muszą być przez niego zapewniane.

## **F. Zatwierdzanie zapotrzebowania i ocena środowiskowa na podstawie Federalnego Planu Infrastruktury Transportowej**

Rozbudowa federalnych dróg wodnych jest regularnie przeprowadzana na podstawie

ustawowego zatwierdzenia zapotrzebowania w oparciu o Federalny Plan Infrastruktury Transportowej (2030) jako plan zapotrzebowania (§ 2 ust. 1 WaStrAbG). Rozbudowa Odry jest uznawana za niekonieczną w Federalnym Planie Infrastruktury Transportowej i nie jest w nim zawarta. Odra graniczna jest tam określana jako leżąca „poza siecią główną” i nie zatwierdzono potrzeby rozbudowy tej federalnej drogi wodnej (por. [https://bmdv.bund.de/SharedDocs/DE/Publikationen/G/bundesverkehrswegeplan-2030-gesamtplan.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](https://bmdv.bund.de/SharedDocs/DE/Publikationen/G/bundesverkehrswegeplan-2030-gesamtplan.pdf?__blob=publicationFile), załącznik 4). Oznacza to, że także działania ujęte w umowie polsko-niemieckiej nie są zapisane w prawie poprzez załącznik do § 1 ust. 1 WaStrAbG. Jest to zaskakujące, biorąc pod uwagę fakt, że działania rozbudowy zostały już uzgodnione w umowie polsko-niemieckiej w 2015 r., tj. przed przyjęciem Federalnego Planu Infrastruktury Transportowej 2030 w 2016 roku. Należy zatem stwierdzić rozbieżność między treścią umowy a Federalnym Planem Infrastruktury Transportowej.

Brak zatwierdzenia zapotrzebowania w WaStrAbG nie uniemożliwia wprowadzenia działań. W indywidualnych przypadkach, zgodnie z § 2 ustęp 2 WaStrAbG, uzasadnienie planu może być również dokonane przez odpowiednie udokumentowanie zapotrzebowania. Wymaga to jednak, aby działania rozbudowy mogły być mierzone w odniesieniu do celów ustawy o planowaniu. W tym celu Federalny Sąd Administracyjny odwołuje się nie tylko do celów WaStrG, ale także uzupełniająco do celów ustawy o zadaniach żeglugi śródlądowej (BinSchAufgG), a także do badań i ekspertyz Federalnego Instytutu Budownictwa Wodnego (Federalny Sąd Administracyjny, wyrok z dnia 25 maja 2023 r. - 7 A 7.22, BeckRS 2023, 26465 nr. 36).

Kwestia sposobu zatwierdzenia zapotrzebowania jest istotna dla niniejszego raportu, gdyż Federalny Plan Infrastruktury Transportowej podlega obowiązkowi przeprowadzenia strategicznej oceny oddziaływania na środowisko w ramach planowania zapotrzebowania, co oznacza, że interesy środowiskowe są identyfikowane, opisywane i oceniane na poziomie planu jeszcze przed przeprowadzeniem ustawowego zatwierdzenia zapotrzebowania. W związku z tym niezrozumiałe jest, dlaczego już konkretnie uzgodnione działania rozbudowy nie zostały ujęte w Federalnym Planie Infrastruktury Transportowej, gdzie powinny zostać uwzględnione w strategicznej ocenie oddziaływania na środowisko.

Międzynarodowy plan zarządzania ryzykiem powodziowym powinien być kolejnym powodem do poddania strategicznej ocenie oddziaływania na środowisko konkretnych działań związanych z rozbudową, przewidzianych w umowie polsko-niemieckiej. Punkt 6.2 międzynarodowego planu zarządzania ryzykiem powodziowym wyjaśnia, że strategiczna ocena oddziaływania na środowisko nie jest wymagana, ponieważ musiałaby ona zostać przeprowadzona w ramach procesu krajowego zgodnie z przepisami krajowymi. W związku z tym oddziaływania na środowisko musiałby zostać uwzględnione w odpowiednim krajowym planie zarządzania ryzykiem powodziowym.

Tak się jednak nie stało. W planie zarządzania ryzykiem powodziowym dla niemieckiej części obszaru dorzecza Odry opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Brandenburgii (nr 50) z dnia 22 grudnia 2021 r. nie uwzględnia się żadnych ewentualnych planów rozbudowy po stronie niemieckiej w oparciu o umowę polsko-niemiecką (zob.

Zaktualizowany plan zarządzania ryzykiem powodziowym dla niemieckiej części międzynarodowego obszaru dorzecza Odry na lata 2021-2027 zgodnie z § 75 WHG, dostępny online pod adresem: <https://mluk.brandenburg.de/w/HWRM2022-27/Oder/HWRM-Plan-Oder2021.pdf>). Również prognoza oddziaływania na środowisko do przeprowadzonej strategicznej oceny oddziaływania na środowisko dla tego krajowego planu zarządzania ryzykiem powodziowym nie oceniła żadnych kwestii związanych z planami rozbudowy lub koncepcją regulacji rzeki autorstwa BAW. Polsko-niemiecka umowa i określone w niej działania, które są również wspomniane w międzynarodowym planie zarządzania ryzykiem powodziowym, nie zostały jednak ujęte i zbadane w krajowym planowaniu zarządzania ryzykiem powodziowym.

Strategiczna ocena oddziaływania na środowisko jest obecnie przeprowadzana dla koncepcji regulacji rzeki autorstwa BAW. W związku z tym w lutym 2021 roku organ zatwierdzający plany (Dyrekcja Generalna ds. Dróg Wodnych i Żeglugi) rozpoczął procedurę ustalania ram badawczych (scoping) dla strategicznej oceny oddziaływania na środowisko dla „Koncepcji regulacji rzeki Odry granicznej” zgodnie z § 39 Ustawy o ocenie oddziaływania na środowisko (UVPG) (zob. komunikat prasowy GDWS z dnia 2 lutego 2021 r., dostępny online pod adresem: [https://www.gdws.wsv.bund.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/20210202\\_Stromregelungskonzeption\\_Grenzoder.pdf;jsessionid=E7172B945F5CFFDD23447C3C3ADAEF1.live21301?\\_blob=publicationFile&v=3](https://www.gdws.wsv.bund.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/20210202_Stromregelungskonzeption_Grenzoder.pdf;jsessionid=E7172B945F5CFFDD23447C3C3ADAEF1.live21301?_blob=publicationFile&v=3)). W dokumentach scopingu do strategicznej oceny oddziaływania na środowisko brak jest na razie bliższych informacji na temat problematyki powodziowej (dokument scopingu z grudnia 2020 r., dostępny online pod adresem [https://bip.szczecin.rdos.gov.pl/files/obwieszczenia/176327/8.2\\_Scoping\\_Unterlage\\_Grenzoder.pdf](https://bip.szczecin.rdos.gov.pl/files/obwieszczenia/176327/8.2_Scoping_Unterlage_Grenzoder.pdf)). W odniesieniu do pozostałych oddziaływań na środowisko, Instytut Ekologii Wód i Rybactwa Śródlądowego im. Leibniza (IGB) zaprezentował krytyczne stanowisko w postępowaniu (Wolter/Geßner, oświadczenie IGB z dnia 26 marca 2021 r., dostępne online pod adresem [https://www.igb-berlin.de/sites/default/files/media-files/download-files/igb\\_stellungnahme\\_scoping\\_srk\\_grenzoder.pdf](https://www.igb-berlin.de/sites/default/files/media-files/download-files/igb_stellungnahme_scoping_srk_grenzoder.pdf)). W szczególności wyraża on wątpliwości co do zgodności przedsięwzięcia z przepisami art. 4 RDW, a także podkreśla fakt, że działania ujęte w koncepcji regulacji rzeki „raczej zwiększają niż łagodzą ryzyko powodziowe” (IGB, tamże., s. 2).

Scoping to wprawdzie jedynie etap w postępowaniu mający na celu ustalenie zakresu badania. Jednak już teraz można przewidzieć, że interesy ochrony przeciwpowodziowej, jak również interesy środowiskowe istotne w rozważaniach, nie zostały dotychczas uwzględnione w koniecznym zakresie, a liczne czynniki wynikające z koncepcji regulacji rzeki albo nie zostały rozpoznane, albo zostały błędnie wykluczone (IGB, tamże, s. 5).

Podsumowując należy stwierdzić, że konkretne działania rozbudowy nie zostały jeszcze poddane strategicznej ocenie oddziaływania na środowisko. Naszym zdaniem zrozumiałe byłoby uwzględnienie działań rozbudowy w Federalnym Planie Infrastruktury Transportowej 2030. Z drugiej strony, nieuwzględnienie w FPID 2030 i wynikający z tego brak ustawowego ustalenia zapotrzebowania dla przedsięwzięć wskazuje, że ustawodawca nie wymaga wdrożenia tych działań lub nie uważa ich za absolutnie konieczne. Oznacza to, że istnieje potrzeba rozbudowy na Odrze granicznej wtedy, gdy można tego dowiedzieć w indywidualnych przypadkach.

Mimo że międzynarodowy plan zarządzania ryzykiem powodziowym MKOOpZ wspomina o rozbudowie, należy zauważyć, że nie znajduje ona odzwierciedlenia w

krajowym planie zarządzania ryzykiem powodziowym. W związku z tym można założyć, że obecne zarządzanie ryzykiem powodziowym nie uwzględnia projektów rozbudowy z polsko-niemieckiej umowy i ich wpływu na sytuację powodziową. W związku z tym dla krajowego zarządzania ryzykiem powodziowym konieczne jest również, aby wpływ związany z rozbudową w odniesieniu do powodzi został w pełni oceniony zarówno po stronie niemieckiej, jak i polskiej, tak aby można go było uwzględnić w zarządzaniu ryzykiem powodziowym. Po stronie niemieckiej leży to w odpowiedzialności GDDWŻ, która chce wdrożyć odpowiednie działania i musi potwierdzić ich neutralność powodziową w postępowaniu zatwierdzania planu.

Także strategiczna ocena oddziaływania na środowisko dla koncepcji regulacji rzeki będzie musiała w ramach prognozy oddziaływania na środowisko dla dobra chronionego woda, skutków zmian klimatu i w celach całego planu (patrz dokładnie cel ochrony przeciwpowodziowej w wytycznych UBA dotyczących strategicznej oceny oddziaływania na środowisko z marca 2010 r., dostępnych online pod adresem: [https://www.bmuv.de/fileadmin/Daten\\_BMU/Download\\_PDF/Umweltpruefungen/sup\\_leitfaden\\_kurz\\_bf.pdf](https://www.bmuv.de/fileadmin/Daten_BMU/Download_PDF/Umweltpruefungen/sup_leitfaden_kurz_bf.pdf), s. 3) skonfrontować się z interesami ochrony przeciwpowodziowej. To samo dotyczy zgodności działań rozbudowy z innymi dobrami chronionymi zgodnie z § 2 ust. 1 UVPG, w szczególności w związku z obszarami chronionymi zgodnie z § 34 BNatSchG, interesami ochrony gatunków i ogólnie celami zarządzania zgodnie z § 27 WHG lub celami środowiskowymi zgodnie z art. 4 RDW. Ochrona przeciwpowodziowa ma również szczególne znaczenie w kontekście przystosowania do skutków zmian klimatu, jak to podkreślono z jednej strony w strategii UE w zakresie przystosowania się do zmiany klimatu (komunikat Komisji z dnia 24 lutego 2021 r. „Budowa Europy odpornej na zmianę klimatu - nowa strategia UE w zakresie przystosowania się do zmiany klimatu”, COM (2021) 82 final, s. 7 i 14, dostępny online pod adresem: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/HTML/?uri=CELEX:52021DC0082>), a z drugiej strony także na płaszczyźnie krajowej, gdzie jest częścią strategii dopasowania się do zmian klimatu. Obecne propozycje legislacyjne, takie jak projekt federalnej ustawy o adaptacji do zmian klimatu, pokazują, że zmniejszenie (związanego z klimatem) ryzyka powodziowego powinno mieć szczególne znaczenie w oficjalnych procesach oceny decyzji o pozwoleniach (patrz projekt federalnej ustawy o adaptacji do zmian klimatu, strona 28 (do § 8), dostępny online pod adresem: [https://www.bmuv.de/fileadmin/Daten\\_BMU/Download\\_PDF/Glaeserne\\_Gesetze/20\\_Lp/kang\\_gesetz/Entwurf/kang\\_entwurf\\_bf.pdf](https://www.bmuv.de/fileadmin/Daten_BMU/Download_PDF/Glaeserne_Gesetze/20_Lp/kang_gesetz/Entwurf/kang_entwurf_bf.pdf)).

Pomimo dużego znaczenia ochrony przeciwpowodziowej i innych kwestii środowiskowych, ocena oddziaływania na środowisko rozbudowy i koncepcji regulacji rzeki nie została jeszcze przeprowadzona, mimo że umowa została zawarta w 2015 roku, a nowy federalny plan infrastruktury transportowej został przyjęty w 2016 roku. Po polskiej stronie również, o ile wiadomo, nie przeprowadzono jeszcze oceny całości działań związanych z rozbudową. Tylko w trakcie poszczególnych działań budowlanych przeprowadzono OOS dla danego działania. Wady tej przeprowadzonej OOS, w szczególności w odniesieniu do skutków transgranicznych, zostały już wspomniane w punkcie **C. II. 1.**

W rezultacie do tej pory nie potwierdzono zarówno neutralności powodziowej, jak i zgodności środowiskowej działań uzgodnionych w umowie polsko-niemieckiej.



## G. Ocena i możliwości działania

Polsko-niemiecka umowa o wspólnej poprawie sytuacji na drogach wodnych w polsko-niemieckim regionie przygranicznym ma na celu, biorąc pod uwagę jej historię i cel, wspólną i zgodną poprawę ochrony przeciwpowodziowej na Odrze. Opiera się ona na założeniu, że działania rozbudowy w poszczególnych państwach członkowskich mają wpływ na drugie państwo i dlatego powinny być wspólnie uzgadniane w interesie obu umawiających się stron.

Rozwój wydarzeń w międzyczasie pozwala wątpić, czy umowa jest nadal wspierana przez obie strony w tym duchu. Ze względu na współzależności oczywiste jest, że jednostronne dodatkowe działania, takie jak dodatkowe pogłębienie, na przykład na podstawie polskiego Krajowego Programu Żeglugowego do roku 2030 (ponad uzgodnione 1,80 metra, patrz Dziennik Ustaw, Ustawa z dnia 13 lipca 2023 r. o rewitalizacji rzeki Odry / Dz.U. z 2023 r. poz. 1963, dostępne online pod adresem: <https://monitorpolski.gov.pl/DU/2023/1963>), dodatkowe tamy poprzeczne i stopnie wodne lub jednostronne wymogi krajowe, takie jak w specjalnej ustawie o rewitalizacji Odry, bez uzgodnienia z drugą umawiającą się Stroną mogą zagrozić osiągnięciu wspólnie uzgodnionych celów, a w każdym razie nie sprzyjają osiągnięciu celów.

Na tej podstawie należy najpierw dokonać inwentaryzacji działań już wdrożonych i planowanych przez umawiające się Strony wzdłuż Odry granicznej lub mających wpływ na Odrę graniczną. Dotyczy to w szczególności dodatkowych stopni wodnych, które zostały zbudowane i są planowane po polskiej stronie, a także przeprowadzonych i planowanych bagrowań, z których niektóre znacznie przekraczają (maksymalny) cel 1,80 metra uzgodniony w umowie. Na podstawie tej inwentaryzacji należy w szczególności przeanalizować wspólną koncepcję regulacji rzeki w celu ustalenia, czy przyjęte założenia są nadal prawidłowe wobec zmienionych warunków ramowych. Pozwoli to również ustalić, czy i w jakim stopniu umowa i uzgodniona w niej likwidacja miejsc limitujących, zwłaszcza na środkowym lub dolnym biegu Odry, jest (nadal) wykonalna.

Niniejsza ocena wykazała naruszenie obowiązków umownych przez Rzeczpospolitą Polską. Nawet jeśli, zgodnie z naszą oceną, nie mają one tak znaczącej wagi, aby uzasadniały zakończenie umowy na podstawie art. 60 KWPT, Rzeczpospolita Polska powinna zostać poinformowana o naruszeniu w drodze odpowiedniej notyfikacji. Ponadto należy dążyć do wyjaśnienia i polubownego załatwienia zarówno w ramach Wspólnego Komitetu na mocy art. 14 ust. 2 Umowy, jak i w drodze rozmów pomiędzy właściwymi organami (art. 15 ust. 1). Aktywne podejście poprzez mechanizm rozstrzygania sporów jest zalecane również z tego powodu, że ewentualne sądowe egzekwowanie własnych interesów prawnych na podstawie art. 15 ust. 2 Umowy jest możliwe tylko wtedy, gdy próby osiągnięcia porozumienia na podstawie art. 15 ust. 1 nie powiodły się. To, czy taki krok sądowy będzie ostatecznie wzięty pod uwagę, musi zostać rozstrzygnięte nie tylko w odniesieniu do analizowanej tutaj umowy, ale także w

odniesieniu do ogólnych stosunków politycznych między umawiającymi się stronami.

Ponadto wydaje się, że rozwój sytuacji opisany powyżej powoduje konieczność uzupełnienia lub renegocjacji umowy (zob. art. 16 umowy). Wynika to w szczególności z zachowania polskich władz i decydentów w wyżej wspomnianym polskim postępowaniu wydawania pozwoleń, a także z kształtu postępowania transgranicznej oceny oddziaływania na środowisko oraz niewystarczającego z naszego punktu widzenia uwzględnienia stanowisk i zastrzeżeń niemieckich organów specjalistycznych i stowarzyszeń ochrony przyrody.

Zasadniczo niespójne jest to, że umowa uwzględnia jedynie powodzie zimowe oraz istotne tu lodołamanie i usuwanie lodu, ale nie zapewnia aktywnej ochrony przeciwpowodziowej jako całości. Zgodnie ze swoim tytułem, polsko-niemiecka umowa powinna (właściwie) mieć na celu „poprawę sytuacji na drogach wodnych na pograniczu polsko-niemieckim”, a zatem powinna ogólnie służyć „ochronie przeciwpowodziowej”. Obecnie jednak cele umowy i jej realizacja prowadzą nawet do pogorszenia sytuacji powodziowej poza lodołamaniami. Z pewnością tak będzie, jeśli obecna koncepcja regulacji rzeki będzie dalej realizowana. Wynika to z faktu, że, jak wyjaśniono w koncepcji regulacji rzeki, fala powodziowa jest zwiększana nie tylko w niektórych punktach, ale ogólnie w sposób ciągły o około 10 centymetrów (patrz BAW, Aktualizacja koncepcji regulacji rzeki Odry granicznej, wersja skrócona do ekspertyzy, maj 2014, 3.02.10132.4., strona 13, rysunek 2-8). Co więcej, jest wysoce wątpliwe, czy cel lodołamania i odprowadzania lodu ma jakikolwiek sens. Wyjaśniono już, że w przeszłości nie było przypadków, w których operacje lodołamania na Odrze zakończyły się niepowodzeniem z powodu braku żeglowności lub mielizn oraz że także strona polska nie zamierza pogłębiać Odry w celu prowadzenia operacji lodołamania, ale przede wszystkim w celu zwiększenia żeglugi śródlądowej (zob. punkt **B. II. 1** powyżej). Naszym zdaniem podważa to zasadnicze przestrzeganie celu, jakim jest zapewnienie lodołamania i odprowadzania lodu.

Dodatkowe działania podjęte przez Polskę, takie jak budowa stopni wodnych, dalszych tam poprzecznych i dodatkowe pogłębienie, również powinny stanowić powód do renegocjacji. W związku z tym należy zapewnić, aby interesy Republiki Federalnej Niemiec i kraju związkowego Brandenburgia zostały ponownie w większym stopniu uwzględnione przez polską stronę umowy i aby cel umowy w postaci „wspólnej” poprawy sytuacji na Odrze był również realizowany w tej formie w przyszłości.

W rezultacie istnieje wiele możliwości działania, które, o ile można ocenić, nie zostały jeszcze wykorzystane, ale które mogłyby zostać wykorzystane do egzekwowania interesów Republiki Federalnej Niemiec, niemieckiego społeczeństwa i kraju związkowego Brandenburgii jako narażonego kraju związkowego w znacznie większym stopniu niż miało to miejsce do tej pory.

Würzburg, dnia 7 grudnia 2023 r

dr n. pr. Eric Weiser-Saulin

adwokat

## Stopka redakcyjna

Baumann Rechtsanwälte Partnerschaftsgesellschaft mbB  
Ekspertyza dla frakcji Sojusz 90/Zieloni w parlamencie kraju związkowego Brandenburgia, frakcji Sojusz 90/  
Zieloni w niemieckim Bundestagu i grupie Zieloni/WSE w Parlamencie Europejskim

Wydawca:  
Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN  
im Brandenburger Landtag  
Alter Markt 1  
14467 Potsdam  
Tel. 0332-966 1700  
Fax 0331-966 1702  
E-Mail: [info@gruene-fraktion.brandenburg.de](mailto:info@gruene-fraktion.brandenburg.de)  
[www.gruene-fraktion-brandenburg.de](http://www.gruene-fraktion-brandenburg.de)

Podział klientów dla tego raportu przedstawiono w następujący sposób:  
Odpowiedzialni za punkty B, D, F:  
The Greens/EFA in the European Parliament  
Paul Henri Spaak building  
Office PHS02C11 60, rue Wiertz  
1047 Bruksela  
[www.greens-efa.eu](http://www.greens-efa.eu)

Odpowiedzialni za punkt C:  
Bündnis 90/Die Grünen Bundestagsfraktion  
Platz der Republik 1  
11011 Berlin  
Tel.: +49 (0) 30 - 227 567 89  
Fax: +49 (0) 30 - 227 565 52  
E-Mail: [info@gruene-bundestag.de](mailto:info@gruene-bundestag.de)

Odpowiedzialni za punkt E:  
Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN im Brandenburger Landtag  
Alter Markt 1  
14467 Potsdam  
Tel. 0332-966 1700  
Fax 0331-966 1702  
E-Mail: [info@gruene-fraktion.brandenburg.de](mailto:info@gruene-fraktion.brandenburg.de)  
[www.gruene-fraktion-brandenburg.de](http://www.gruene-fraktion-brandenburg.de)

Poczdami, 16 października 2023

Niniejsza publikacja zawiera informacje na temat prac parlamentarnych grupy parlamentarnej Frakcja Sojusz 90/Zieloni w parlamencie kraju związkowego Brandenburgia, grupy parlamentarnej Frakcja Sojusz 90/Zieloni w niemieckim Bundestagu oraz ww. członków Parlamentu Europejskiego i nie jest przeznaczony do celów reklamy wyborczej.

Odpowiedzialność za treść tej publikacji ponoszą autorzy.

