

Witold Klaus, Dagmara Woźniakowska-Fajst ■

PRZESTĘPSTWO NIELEGALNEGO PRZEKROCZENIA GRANICY W UJĘCIU HISTORYCZNYM, TEORETYCZNYM I PRAKTYCZNYM

Wprowadzenie

Problematyka przestępstwa nielegalnego przekroczenia granicy w polskiej literaturze jest nieco zaniedbana. Gdy podjęliśmy niewielkie badania jakościowe, dotyczące charakteru rejestrowanej przez Straż Graniczną przestępczości Wietnamczyków i Chińczyków w Polsce, okazało się, że większość czynów, których opisy czytaliśmy w aktach, polegała właśnie na nielegalnym przekroczeniu granicy. Dążąc do pogłębienia tematu, napotkaliśmy na problemy w znalezieniu satysfakcjonującej liczby źródeł, a komentarze do przepisu oraz nieliczne opracowania teoretyczne pozostawiały pewien niedosyt. Co więcej, jako kryminologowie zadawaliśmy sobie pytania, których w swoich rozważaniach nie zadają na ogół specjaliści od prawa karnego: dlaczego ten czyn w ogóle jest penalizowany? Od kiedy prawo karne służy jako instrument ochrony granicy? Jaki jest cel tego przepisu: czy chodzi o utrudnienie wjazdu na terytorium RP czy też wjazdu z niego? Jak przepis jest stosowany obecnie w praktyce? Czy jego konstrukcja i praktyka stosowania mogą być uznane za racjonalną politykę karną? Z tymi pytaniami oraz niektórymi problemami teoretycznymi mierzymy się w niniejszym artykule.

1. Historia penalizacji nielegalnego przekroczenia granicy

W okresie I Rzeczypospolitej dostęp do jej terytorium był w zasadzie otwarty. Dowodem na to może być odpowiedź króla dla sejmiku wileńskiego z 1561 r., w której wprost stwierdza on, że każdemu cudzoziemcowi wolno na terytorium Polski wjechać i z niego wyjechać. Ewentualne wyjątki w tym zakresie były ustanawiane indy-

widualnie i dotyczyły albo konkretnych osób, albo pewnych niewielkich grup (np. w 1542 r. zabroniono wjazdu czeskim Żydom, a w 1624 r. – Serbom i Wołochom). Ruch graniczny był bardziej kontrolowany jedynie w okresach bezkrólewia, kiedy to bez zgody wojewody krakowskiego cudzoziemcy nie byli wpuszczani na terytorium Polski ani z niego wypuszczani¹.

W szerszym zakresie problematyka kontroli wjazdu na i wyjazdu z terytorium kraju zaczęła być obecna po wprowadzeniu idei granicy jako konkretnej linii rozdzielającej terytoria dwóch państw, zatem na przełomie XVIII i XIX w.² Najstarsze regulacje dotyczące zagadnień związanych z przekraczaniem granicy obowiązujące na ziemiach polskich można znaleźć w Kodeksie kar głównych i poprawczych z 1847 r. (wcześniejszy Kodeks Karzący Królestwa Polskiego nie odnosił się w ogóle do tej tematyki). Zawierał on dwie grupy przepisów. Pierwsza dotyczyła karalności opuszczenia bez zezwolenia kraju przez obywateli Cesarstwa Rosyjskiego, przede wszystkim pozostania poza granicami dłużej, niż było to prawem dozwolone (art. 341), oraz odmowy powrotu do kraju na wezwanie władz (art. 340). Penalizowane było także namawianie innych osób do wyjazdu z terenów Cesarstwa (art. 342) oraz przyjęcie obywatelstwa innego państwa (art. 339). Karze podlegały również czyny polegające na podrobieniu lub przerobieniu paszportów albo innych dokumentów uprawniających do przekroczenia granicy (art. 650–651), posługiwanie się nie swoim dokumentem w celu przekroczenia granicy (art. 653) i przewożenie innej osoby przez granicę na paszporcie osoby trzeciej (art. 652) oraz wydawanie takich dokumentów osobom nieuprawnionym (art. 654–656). Kontynuacją tych regulacji było wprowadzenie kary za brak meldunku, podanie fałszywego nazwiska w księgach meldunkowych oraz niepoinformowanie przedstawicieli władz przez gospodarzy domów o wprowadzeniu lub wyprowadzeniu się nowej osoby (art. 658–660)³. Przepisy te były zatem przede wszystkim skoncentrowane na kontroli swoich obywateli i uniemożliwieniu im swobodnego opuszczenia terytorium państwa, nie zaś na ochronie terytorium przed osobami przyjeżdżającymi.

Jeśli chodzi o pozostałe zabory, to austriacka ustawa karna z 1852 r.⁴ w niewielkim stopniu zajmowała się przestępstwami związanymi z przekraczaniem granicy. Karze podlegało podrobienie każdego publicznego dokumentu, zatem także paszportu (§ 199 lit. d), oraz usuwanie lub przesuwanie znaków granicznych (§ 199 lit. e). Ustawa karna wprowadzała także regulację polegającą na karze w postaci wydalenia z terytorium cesarstwa cudzoziemca, który popełnił na jego terenie prze-

¹ P. Dąbrowski, *Cudzoziemiec niepożądany w polskim prawie o cudzoziemcach*, Wydawnictwa Uniwersytetu Warszawskiego, Warszawa 2011, s. 54–55.

² M. Jachimowicz, *Nowe zasady odpowiedzialności za nielegalne przekroczenie granicy RP*, „Prokuratura i Prawo” 2006, nr 5, s. 49.

³ *Kodex kar głównych i poprawczych*, Warszawa 1847.

⁴ *Ustawa karna z dnia 27 maja 1852 r. I. 117 dpp.: z uwzględnieniem wszelkich zmieniających ją ustaw austriackich i polskich wraz z ustawą o umorzeniu zasądzenia, ust. o przedterminowym zwolnieniu, ust. o warunkowym zawieszeniu kary i najważniejszymi ustawami dodatkowymi*, Lwów 1929.

stępstwo (§ 25 i 249). Późniejszy powrót takiej osoby był uważany za przekroczenie i podlegał karze aresztu (§ 323). Na terytorium zaboru pruskiego nielegalne z kolei było podrabianie jakichkolwiek dokumentów urzędowych i posługiwanie się nimi (§ 267 i 270 niemieckiej ustawy karnej z 1871 r.⁵), jak również używanie nie swojego paszportu (§ 363). Penalizowano także czyn polegający na nakłanianiu obywateli polskich do opuszczenia kraju za pomocą rozpowszechniania nieprawdziwych i wprowadzających w błąd informacji, mających przekonać do korzyści wynikających z takowego wyjazdu (§ 144). Nowością w owym kodeksie było wprowadzenie obrony samej granicy i penalizacja przestawiania znaków granicznych czy ich zacierania (§ 274 ust. 2). Podobne uregulowania odnośnie do zmiany linii granicznej obowiązywały w terytorium zaboru rosyjskiego⁶ (art. 117 pkt 2 oraz 549 pkt 2 kodeksu karnego z 1903 r.). W przepisach karnych dla tej części państwa także nie wyodrębniono fałszowania paszportu jako odrębnego czynu – penalizowane było podrabianie lub przerabianie jakichkolwiek dokumentów (art. 440–442), a także posługiwanie się nimi (art. 448 i 273). Jako nowy typ przestępstwa wprowadzono natomiast wyjazd obywatela za granicę bez dokumentu do tego uprawniającego (art. 271), jak również samowolny powrót na teren Polski cudzoziemca, który został uprzednio wydalony (art. 177, zd. ostatnie).

Powyższe regulacje obowiązywały na terenach byłych zaborów także po odzyskaniu przez Polskę niepodległości, zanim doszło do unifikacji ustawodawstwa. Dodano jednak do nich bardzo szybko nowe regulacje dotyczące ruchu granicznego. Z uwagi na skomplikowany podział terytorialny tej części Europy i np. nieadekwatny do niego rozkład linii kolejowych szybko wprowadzono wyjątek od zasady posługiwania się paszportem w celu przekroczenia granicy. W 1920 r. Rada Ministrów wydała rozporządzenie⁷, które przewidywało konieczność posiadania przez cudzoziemców paszportu wraz z odpowiednią polską wizą wjazdową uprawniającą do przekroczenia granicy polsko-niemieckiej (art. 24–25). Wyjątkiem był jednak przejazd tranzytem koleją na linii Kwidzyn–Czersk–Chojnice, łączącej Prusy Wschodnie z pozostałą częścią Niemiec – na tej trasie od pasażerów nieopuszczających pociągu nie wymagano paszportów ani innych dokumentów uprawniających do przejazdu, jakkolwiek był on nadzorowany przez polskie wojsko (art. 12).

⁵ Przepisy ustawy karnej dla byłej dzielnicy pruskiej zawarte zostały w publikacji Departamentu Sprawiedliwości Ministerstwa byłej Dzielnicy Pruskiej, *Ustawa Karne. Wydanie drugie z uwzględnieniem ustawodawstwa polskiego*, Poznań 1921.

⁶ Na terenach tych obowiązywał rosyjski Kodeks karny z 1903 r. z odpowiednimi zmianami wprowadzonymi przez Przepisy przechodnie do kodeksu karnego (Dz.Urz. z dnia 7 sierpnia 1917 r., poz. 6), Dekret w przedmiocie niektórych zmian w Kodeksie Karnym i Ustawie Postępowania Karnego (Dz.Pr. z dnia 9 grudnia 1918 r., poz. 57) i Dekret w przedmiocie przywrócenia mocy obowiązującej części czwartej Kodeksu Karnego z r. 1903 (Dz.Pr. z dnia 2 stycznia 1919 r., poz. 81).

⁷ Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 9 kwietnia 1920 r. w przedmiocie tymczasowego uregulowania ruchu tranzytowego i sąsiedzkiego między Polską a Niemcami (Dz.U. z 1920 r., Nr 30, poz. 176).

Karalność czynu polegającego na świadomym przekroczeniu granicy bez dokumentów, w miejscu do tego nieprzeznaczonym lub mimo zamknięcia ruchu granicznego została do polskiego ustawodawstwa wprowadzona po raz pierwszy w 1926 r.⁸ Rozporządzeniem Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 13 sierpnia 1926 r. o cudzoziemcach⁹ w art. 16 pkt 3 tego aktu. Przepis ten został następnie uchylony i przeniesiony w praktycznie niezmienionym brzmieniu do art. 22 pkt 1 Rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 23 grudnia 1927 r. o granicach Państwa¹⁰. Karze podlegały także czyny mające na celu wprowadzenie w błąd osoby dokonującej kontroli ruchu granicznego, takie jak przerabianie lub podrabianie dokumentów (czy stempli) uprawniających do przekroczenia granicy bądź posługiwanie się nimi czy przekazywanie ich innym osobom (art. 22 pkt 2–5 rozporządzenia o granicach Państwa oraz w niezwykle zbliżonym brzmieniu art. 16 pkt 1, 2 i 4 rozporządzenia o cudzoziemcach). Penalizowane było poza tym uchylanie się cudzoziemca przed wydaleniem z Polski lub samowolny jego powrót na terytorium RP po uprzednim wydaleniu (art. 16 pkt 5 rozporządzenia o cudzoziemcach), jak również zaniedbanie współdziałania w dopełnieniu przez cudzoziemca obowiązku meldunkowego czy rejestracyjnego na terenie kraju (art. 17, zd. 2 rozporządzenia o cudzoziemcach). Zgodnie z art. 23 rozporządzenia o granicach Państwa cudzoziemiec skazany za którekolwiek z przestępstw wymienionych w tym akcie prawnym mógł być po ukaraniu wydany z terytorium Polski¹¹. Karze za wszystkie powyższe czyny podlegali także podżegacze i pomocnicy. Zabronione było też niszczenie lub naruszanie w inny sposób znaków granicznych (art. 19 rozporządzenia o granicach Państwa).

W okresie PRL-u granica znajdowała się pod szczególną ochroną. Już w 1948 r.¹² dokonano zmiany rozporządzenia Prezydenta RP z 1927 r. odnośnie do wysokości kary za przestępstwo nielegalnego przekroczenia granicy w typie podstawowym – górną granicę jej wymiaru podniesiono z jednego roku pozbawienia wolności do lat

⁸ Marcin Jachimowicz błędnie podaje, że przestępstwo to zostało wprowadzone dopiero w kodeksie karnym z 1969 r. Dopiero wówczas weszło ono w skład przepisów kodeksowych, ale penalizacja tego czynu po raz pierwszy nastąpiła już w 1926 r. – por. M. Jachimowicz, *Nowe zasady odpowiedzialności...*, *op. cit.*, s. 50.

⁹ Dz.U. Nr 83, poz. 465.

¹⁰ Dz.U. z 1927 r., Nr 117, poz. 996. Przepis art. 22 został następnie zmieniony ustawą z dnia 9 lipca 1936 r. w sprawie zmiany rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 23 grudnia 1927 r. o granicach Państwa (Dz.U. Nr 55, poz. 397). Zmiana ta polegała na jego uchyleniu i przeniesieniu części tego przepisu do nowo brzmiącego art. 19, który został poświęcony wyłącznie penalizacji przestępstwa nielegalnego przekroczenia granicy.

¹¹ Przepis ten został uchylony w 1936 r. zmianą rozporządzenia (Dz.U. Nr 55, poz. 397). Podstawą do wydalenia były jednak inne obowiązujące wówczas przepisy, choćby art. 10 rozporządzenia o cudzoziemcach, pozwalający wywalić osobę, której pobyt jest dla państwa uciążliwy, zwłaszcza ze względu na bezpieczeństwo lub porządek publiczny.

¹² Dekretem Prezydenta z dnia 15 września 1948 r. o zmianie Rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 23 grudnia 1927 r. o granicach Państwa (Dz.U., Nr 47, poz. 348).

trzech. Następnie w 1956 r. art. 30 dekretu Rady Państwa¹³ podwyższył ją do lat pięciu. W przypadku mniejszej wagi mogła zostać orzeczona kara aresztu do roku lub grzywny do 5000 złotych. W kodeksie karnym z 1969 r.¹⁴ nielegalne przekroczenie granicy zostało ujęte w art. 288. Uregulowanie to powtarzało w zasadzie redakcję przepisu dekretu z 1956 roku.

Konstrukcję przestępstwa nielegalnego przekroczenia granicy rozbudowano w kodeksie karnym (k.k.) z 1997 r.¹⁵ Został zachowany (w art. 264 § 1) typ podstawowy polegający na przekroczeniu granicy RP wbrew przepisom – zatem w miejscu do tego nieprzeznaczonym lub bez odpowiednich dokumentów uprawniających do wjazdu na czy wyjazdu z terytorium Polski. Ograniczono jednak znacznie karalność za ten czyn, wprowadzając możliwość wymierzenia grzywny, kary ograniczenia wolności lub pozbawienia wolności do lat dwóch. Ponadto wprowadzono (w § 2 art. 264) typ kwalifikowany polegający na przekroczeniu granicy z użyciem przemocy, groźby, podstępem albo przy współdziałaniu z innymi osobami. Dodano również nowy czyn w postaci organizowania innym osobom przekraczania granicy Polski bez zezwolenia (art. 264 § 3 k.k.).

Kolejna ważna zmiana została wprowadzona w 2005 r.¹⁶ Dokonano wówczas kontrawencjonalizacji podstawowego typu nielegalnego przekroczenia granicy, który z przestępstwa stał się wykroczeniem (wprowadzonym w nowo utworzonym art. 49a kodeksu wykroczeń¹⁷). Jako uzasadnienie nowelizacji tych przepisów podawano dwie przyczyny. Przede wszystkim była ona wynikiem wejścia Polski do Unii Europejskiej i związanego z tym faktem dążenia do ujednoczenia ustawodawstw różnych państw członkowskich. Ponieważ w sąsiadujących z Polską państwach Wspólnoty (Niemczech, Czechach i Słowacji) nielegalne przekroczenie granicy uznawano za wykroczenie, postanowiono zmiany takiej dokonać i w Polsce. Dodatkowym wskazanym przez ustawodawcę powodem nowelizacji była chęć racjonalizacji ścigania tego przestępstwa. Wskazano, że jedynie niecała jedna trzecia zidentyfikowanych przez służby porządku publicznego czynów tego rodzaju kończyła się wniesieniem do sądu aktu oskarżenia, a orzekanie bezwzględne pozbawienia wolności za ich popełnienie było zupełną rzadkością, występującą w niewiele ponad 1,5% przypadków¹⁸. Wynikało to z faktu, że do ich popełnienia dochodziło nierzadko nieświadomie, np. przy okazji zbierania runa leśnego lub w związku z zejściem ze szlaku turystycznego w górach. Zatem, choć formalnie przepis ten był

¹³ Dekret Rady Państwa z dnia 23 marca 1956 r. o ochronie granic państwowych (Dz.U. z 1956 r., Nr 9, poz. 51 z późn. zm.).

¹⁴ Dz.U. z 1969 r., Nr 13, poz. 94 z późn. zm.

¹⁵ Dz.U. z 1997 r., Nr 88, poz. 553 z późn. zm.

¹⁶ Ustawą z dnia 22 kwietnia 2005 r. o zmianie ustawy o Straży Granicznej oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. z 2005 r., Nr 90, poz. 757. Przepisy te weszły w życie z dniem 24 sierpnia 2005 r.

¹⁷ Dz.U. z 1971 r., Nr 12, poz. 114 z późn. zm.

¹⁸ Zob. *Uzasadnienie do ustawy o zmianie ustawy o Straży Granicznej oraz niektórych innych ustaw*, druk sejmowy 3348 (Sejm IV kadencji), s. 20–21.

naruszany (choć bez zamiaru sprawców), trudno było mówić o stwarzaniu w ten sposób zagrożenia dla bezpieczeństwa państwa¹⁹.

2. Nielegalne przekroczenie granicy – skala zjawiska

Nielegalne przekroczenie granicy umieszczone jest w rozdziale XXXII kodeksu karnego w grupie przestępstw przeciwko porządkowi publicznemu. Umieszczenie to wskazuje na przedmiot podlegający ochronie prawnokarnej. W literaturze różnie definiowane jest jednak dobro prawne chronione wprowadzeniem tego przepisu. Komentatorzy podają, że są nim:

- granica państwa (czy raczej jej ochrona) zagrożona nielegalnym przekroczeniem²⁰;
- nienaruszalność granicy państwowej i suwerenność państwa²¹;
- porządek i bezpieczeństwo związane z ruchem granicznym²²;
- porządek prawny w zakresie reglamentacji prawa przekraczania granicy²³;
- bezpieczeństwo państwa²⁴.

W przekonaniu autorów niniejszego artykułu przedmiotem ochrony stojącym za penalizacją czynu nielegalnego przekraczania granicy jest bezpieczeństwo państwa, gwarantowane przez odpowiedni nadzór nad tym, kto jest wpuszczany na terytorium RP, a także (choć w mniejszym zakresie) kto je opuszcza. Ochronie podlega ponadto porządek publiczny poprzez określenie dozwolonych miejsc przekraczania granic kraju i karanie (obecnie w formie prawnoadministracyjnej) osób, które nie podporządkowują się tym wytycznym.

Jeśli spojrzymy jednak bardziej historycznie na przestępstwo nielegalnego przekroczenia granicy, to wydaje się, że w czasie rządów autorytarnych – czy to za czasów Cesarstwa Rosyjskiego, czy w PRL-u – celem tych regulacji była raczej kontrola własnych obywateli i niedopuszczenie do opuszczania przez nich terytorium kraju niż obrona przed napływem osób z zewnątrz. Dane statystyczne z okresu Polski Ludowej dotyczące przekroczeń granicy morskiej pokazują, że większość sprawców

¹⁹ M. Bojarski, *Przestępstwa przeciwko porządkowi publicznemu*, w: L. Gardocki (red.), *System Prawa Karnego*, t. 8: *Przestępstwa przeciwko państwu i dobrom zbiorowym*, Wydawnictwo C.H. Beck, Instytut Nauk Prawnych PAN, Warszawa 2013, s. 796.

²⁰ K. Wiak, *Komentarz do art. 264*, w: A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Kodeks karny. Komentarz* (wyd. 3), Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2015, nb 1.

²¹ A. Michalska-Warias, *Komentarz do art. 264*, w: M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część szczególna*, t. 2: *Komentarz do artykułów 222–316*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2013, nb. 10.

²² M. Bojarski, *op. cit.*, s. 796.

²³ E. Pływaczewski, A. Sakowicz, *Komentarz do art. 264*, w: A. Wąsek, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do artykułów 222–316*, t. 2 (wyd. 4), Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2010, nb. 7.

²⁴ A. Herzog, *Komentarz do art. 264*, w: R. Stefański (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2015, nb. 1.

tych czynów stanowiły osoby chcące wyjechać z naszego kraju. Byli to zarówno Polacy, jak i obywatele innych państw socjalistycznych (w 1964 r. ci ostatni stanowili ponad połowę sprawców, a w 1968 r. ponad 37%). Z biegiem lat rósł odsetek obywateli polskich wśród sprawców (choć obniżały się liczby bezwzględne osób uciekających i złapanych przez służby publiczne). Na terytorium Polski nielegalnie wjeżdżali przede wszystkim obywatele sąsiedniej Niemieckiej Republiki Demokratycznej. Można więc przypuszczać, że duża część z nich przekroczyła granicę morską nieświadomie. Zatrzymani Polacy jako powody ucieczki podawali przede wszystkim motyw rodzinny (dołączenie do rodziny przebywającej za granicą) oraz chęć poprawy warunków bytowych. Nie dziwi brak powoływania się na motyw polityczny w trakcie czynności procesowych, prawdopodobnie wiązałyby się to bowiem z zagrożeniem znacznie surowszą karą za popełnienie tego czynu. A i tak przestępstwo to było niezwykle surowo karane. W latach 1970–1975 wobec ponad 94% sprawców w województwie szczecińskim zastosowano areszt tymczasowy, a wszyscy zostali skazani na bezwzględne kary pozbawienia wolności, w tym wobec 11% przekraczały one dwa lata²⁵.

Tabela 1. Liczba osób zatrzymanych przez Straż Graniczną w związku z przekroczeniem granicy wbrew przepisom w latach 2003–2013²⁶

Rok	Ogółem zatrzymanych	W tym obywateli RP	Odsetek	W tym cudzoziemców	Odsetek
2003	5662	2070	36,56	3592	63,44
2004	5762	1290	22,39	4472	77,61
2005	4526	928	20,50	3598	79,50
2006	4000	869	21,73	3131	78,28
2007	3222	663	20,58	2559	79,42
2008	5797	223	3,85	5574	96,15
2009	3581	116	3,24	3465	96,76
2010	2349	161	6,85	2188	93,15
2011	2502	189	7,55	2313	92,45
2012	3248	155	4,77	3093	95,23
2013	3795	192	5,06	3603	94,94

Obecnie, jak pokazują dane z tabeli 1, zdecydowana większość osób przekraczających granicę bez zezwolenia to obcokrajowcy, usiłujący dostać się na terytorium Polski. Liczba obywateli polskich jest coraz mniejsza. Można zaobserwo-

²⁵ I. Bieniecki, *Przestępczość graniczna na polskim wybrzeżu w drugiej połowie XX wieku. Wybrane problemy*, Wydawnictwo Naukowe Akademii Pomorskiej, Słupsk 2012, s. 61–69, 79.

²⁶ Dane pobrane ze strony Komendy Głównej Straży Granicznej http://www.strazgraniczna.pl/wps/portal/tresc?WCM_GLOBAL_CONTEXT=pl/serwis-sg/polskie_formacje_graniczne/statystyki/ [dostęp: 27.07.2015]. Dane obejmują zarówno przestępstwo z art. 264 § 2 k.k., jak i wykroczenie z art. 49a k.w. (od 2005 r.), a także usiłowanie dokonania tych czynów.

wać dwie daty związane ze spadkiem liczby Polaków jako sprawców tego czynu. Pierwszą jest wejście Polski do Unii Europejskiej w 2004 r., drugą – wstąpienie do strefy Schengen, które nastąpiło 27 grudnia 2007 r. Zjawiskom tym nie towarzyszył jednak dynamiczny wzrost liczby zatrzymanych cudzoziemców²⁷. Istotnie, w latach 2004 i 2008 widać skokowe wzrosty liczby zatrzymanych przez Straż Graniczną cudzoziemców (w 2008 r. o ponad 217% w porównaniu z rokiem poprzednim), aczkolwiek dotyczą one wyłącznie tych dwóch lat. Po gwałtownym wzroście następował niemal równie gwałtowny spadek (np. w 2010 r. o 63% wobec 2009 r.) i w sumie w ciągu analizowanych 11 lat możemy mówić o bardzo stabilnej sytuacji.

Warto się zastanowić nad fenomenem gwałtownego i niespotykanego wcześniej ani później wzrostu liczby cudzoziemców zatrzymanych na przekroczeniu granicy wbrew przepisom w 2008 r. Działania te nie przełożyły się na zwiększenie liczby spraw karnych czy spraw o wykroczenia, która w latach 2005–2011 regularnie się obniżała (ryc. 1 niżej). Ponadto rok 2008 charakteryzował się spadkiem liczby przekroczeń granicy w porównaniu z rokiem 2007 – ogółem aż o 31,5%, a liczba cudzoziemców wjeżdżających do Polski zmniejszyła się aż o połowę. Za wzrost zatrzymań za nielegalne przekroczenie granicy odpowiadało znaczne zwiększenie ich liczby na zewnętrznej granicy Unii Europejskiej, na której w 2008 r. zatrzymano 3452 osoby (dla porównania na tym odcinku w 2007 r. zatrzymano 1307 osób, co stanowiło spadek o 11,9% w porównaniu z rokiem 2006, a w 2009 r. – 1407 osób)²⁸. Prawdopodobnie zatem wzrost liczby zatrzymań nie wiązał się ze zwiększeniem napływu cudzoziemców nielegalnie przekraczających granicę, a ze zmianą działań funkcjonariuszy Straży Granicznej. W 2008 r. – czyli pierwszym roku po wejściu Polski do strefy Schengen – chcieli oni pokazać swoją skuteczność w ochronie zewnętrznej granicy Unii Europejskiej i jednocześnie udowodnić, że istnienie tej formacji jest nadal potrzebne. W tym roku dochodziło bowiem do reorganizacji w tej służbie, likwidowano wiele placówek (szczególnie na zachodzie i południu Polski), istniała także obawia, że na wzór niemiecki zostanie ona włączona w skład policji. Tego typu wpływ pracowników służb na statystyki nie jest niczym nowym. Jak zauważał bowiem już Howard Becker: „Stróże prawa potrafią żarliwiej niż ktokolwiek inny przekonywać, że problem, z którym mieli się uporać, wciąż występuje częściej niż kiedykolwiek. W ten sposób dostarczają dobrego powodu, by stanowisko, które zajmują, zostało utrzymane”²⁹. To „przekonywanie” polega na kreowaniu pewnych

²⁷ Należy pamiętać, że poza przestępstwem nielegalnego przekroczenia granicy cudzoziemcy popełniają różne inne czyny związane z nielegalnym migrowaniem lub pozostawianiem na terytorium Polski. Więcej na ten temat zob. np. K. Laskowska, *Przestępczość związana z nielegalną imigracją w kontekście przemian zjawiska i prawa*, „Białostockie Studia Prawnicze” 2011, nr 9, s. 246–249.

²⁸ Cytowane dane pochodzą z informacji statystycznych za lata 2007, 2008 i 2009 zamieszczonych na stronie Komendy Głównej Straży Granicznej http://www.strazgraniczna.pl/wps/portal/tresc?WCM_GLOBAL_CONTEXT=pl/serwis-sg/polskie_formacje_graniczne/statystyki/ [dostęp: 25.08.2015].

²⁹ H. Becker, *Outsiderzy. Studia z socjologii dewiacji*, przeł. O. Siara, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2009, s. 161.

zdarzeń – bądź to w praktyce, bądź to na papierze, w odpowiednio pokazywanych czy wręcz produkowanych danych statystycznych³⁰. Podobne praktyki w zakresie zmian w statystykach, które niekoniecznie odzwierciedlały zwiększony poziom przestępczości, można było zaobserwować także w działaniach polskiej policji w początkach lat dziewięćdziesiątych XX wieku³¹.

Tabela 2. Podejrzani o dokonanie przestępstwa z art. 264 § 2 k.k. w latach 2006–2013 w podziale na odcinki granic³²

Rok	Liczba podejrzanych łącznie	Liczba zatrzymanych na wewnętrznych granicach UE	Odsetek	Liczba zatrzymanych na zewnętrznych granicach UE	Odsetek
2006	3285	1647	50,14	1507	45,88
2007	2306	1151	49,91	1117	48,44
2008	1234	372	30,15	824	66,77
2009	1304	578	44,33	664	50,92
2010	950	390	41,05	560	58,95
2011	798	177	22,18	621	77,82
2012	1485	315	21,21	1170	78,79
2013	1187	489	41,20	698	58,80

Wstąpienie Polski do Unii Europejskiej, a następnie dołączenie do strefy Schengen spowodowały zmianę w zakresie aktywności służb na poszczególnych odcinkach granicznych i zwiększenie liczby zatrzymań za nielegalne przekroczenie (związanych niewątpliwie ze wzrostem ich liczby) granicy na wschodzie, a zatem zewnętrznych granic Unii Europejskiej. Wzrosły zarówno liczby bezwzględne osób zatrzymanych, jak i ich procentowy udział w ogóle sprawców tego typu czynów. Dla przykładu można podać, że jeśli w latach 1998–2000 około 5–7% postępowań wszczętych w zakresie tego przestępstwa notowano na granicy wschodniej, to odsetek ten wzrósł do 20% w 2006 r. i 47% w 2010 r.³³ Jeśli chodzi o przestępstwo z art. 264 § 2 k.k. i liczbę jego sprawców, to rozkład między odcinkami granic nie

³⁰ G.T. Marx, *Ironies of Social Control: Authorities as Contributors to Deviance through Escalation, Nonenforcement and Covert Facilitation*, „Social Problems” 1981, nr 28(3), s. 235–237.

³¹ Zob. np. A. Kossowska, *Zmiana społeczna a przestępczość – wzajemne związki, uwarunkowania, konsekwencje*, w: K. Buczkowski, B. Czarnecka-Działuk, W. Klaus, A. Kossowska, I. Rzeplińska, P. Wiktorska, D. Woźniakowska-Fajst, D. Wójcik, *Spoleczno-polityczne konteksty współczesnej przestępczości w Polsce*, Wydawnictwo Akademickie Sedno, Warszawa 2013, s. 99; A. Kossowska, *Crime in Poland in the Period of Rapid Social Change*, w: B. Szamota-Sacki, D. Wójcik (red.), *Impact of Political, Economic and Social Change on Crime and its Image in Society*, Instytut Nauk Prawnych PAN, Warszawa 1996, s. 33.

³² Dane otrzymane z Komendy Głównej Straży Granicznej, obliczenia własne.

³³ M. Perkowska, *Przestępczość graniczna cudzoziemców*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2013, s. 63–66.

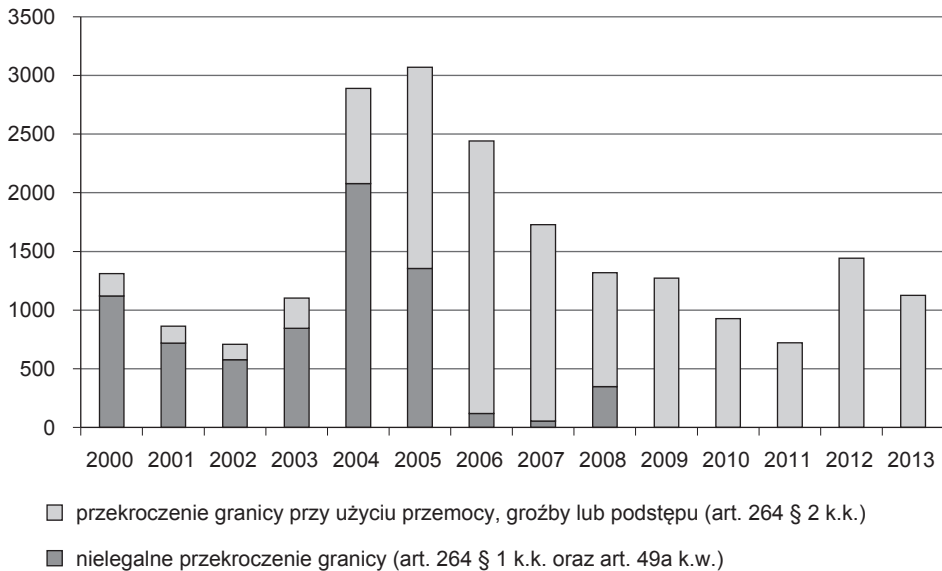
Tabela 3. Podejrzani o dokonanie przestępstwa z art. 264 § 2 k.k. w latach 2004–2013 w podziale na główne narodowości¹

Rok	Liczba podejrzanych ogółem	W tym obywateli:									
		Polski	Armenii	Białorusi	Gruzji	Moldawii	Rosji	Ukrainy	Wietnamu	pozostałych państw	
2004	961	131	14	10	19	59	144	363	37	184	
2005	2118	210	37	44	39	178	487	773	171	179	
2006	3285	297	38	53	55	318	406	1288	200	630	
2007	2306	174	37	62	37	101	341	918	157	479	
2008	1234	38	29	69	23	105	310	299	133	228	
2009	1304	31	18	137	255	40	211	355	68	189	
2010	950	23	10	79	120	35	199	315	37	132	
2011	798	76	9	93	65	23	89	286	35	122	
2012	1485	43	10	351	77	6	107	530	59	302	
2013	1187	62	14	120	73	14	326	398	29	151	

¹ Dane otrzymane z Komendy Głównej Straży Granicznej, obliczenia własne.

jest już taki oczywisty, co doskonale obrazują dane zawarte w tabeli 2. Okazuje się bowiem, że wiele osób jest zatrzymywanych także na granicy wewnętrznej UE, przy próbie nielegalnego przedostania się z Polski na zachód (przede wszystkim do Niemiec) lub próbie wjazdu do naszego kraju przez Litwę.

Jeśli przyjrzeć się obywatelstwu osób nielegalnie przekraczających granicę i podejrzanych o dokonanie przestępstwa z art. 264 § 2 k.k., to przeważają obywatele państw sąsiadujących z Polską – przede wszystkim Ukrainy i Rosji, w mniejszym zakresie Białorusi (tab. 3). Zauważalni są również obywatele Wietnamu. Ogólnie rzecz ujmując, dane te stanowią odzwierciedlenie struktury narodowości cudzoziemców, którzy są obecni w naszym kraju, przebywając w nim na podstawie różnego rodzaju dokumentów pobytowych. Napływ osób z Gruzji w latach 2009–2010 związany był ze zmianami politycznymi zachodzącymi wówczas w tym kraju i ze wzmożonym napływem jego obywateli, którzy w Polsce masowo składali wtedy wnioski o nadanie statusu uchodźcy.



Rycina 1. Cudzoziemcy podejrzani o przestępstwo nielegalnego przekroczenia granicy w latach 2000–2013 w danych Straży Granicznej³⁴

W kontekście stosowania w praktyce przepisów dotyczących nielegalnego przekroczenia granicy warto przyjrzeć się skutkom kontrawencjonalizacji z 2005 r. Na

³⁴ Dane za lata 2000–2008 pochodzą z: W. Klaus, *Integracja – marginalizacja – kryminalizacja, czyli o przestępczości cudzoziemców w Polsce*, „Archiwum Kryminologii” 2010, t. XXXII, s. 88, dane za lata 2009–2013 otrzymane zostały z Komendy Głównej Straży Granicznej. Niestety brakuje w nich informacji o liczbie osób podejrzanych o wykroczenie z art. 49a k.w.

rycinie 1 przedstawiono dane dotyczące liczby cudzoziemców podejrzanych przez Straż Graniczną o dokonanie przestępstwa nielegalnego przekroczenia granicy – zarówno w typie podstawowym (art. 264 § 1 k.k., a następnie art. 49a k.w.), jak i kwalifikowanym (art. 264 § 2 k.k.). W latach 2004–2005 nastąpił znaczący wzrost liczby ogółu cudzoziemców podejrzanych o popełnienie tego rodzaju czynów³⁵, osiągając wówczas maksymalny wzrost. Następnie zaobserwować możemy spadek, trwający do 2008 r., i od tego czasu pewną stabilizację.

Interesujące jest jednak porównanie proporcji sprawców podejrzanych o popełnienie nielegalnego przekroczenia granicy w typie kwalifikowanym w stosunku do ogółu cudzoziemców podejrzanych o dokonanie tego rodzaju czynów. W tym zakresie można bowiem zaobserwować ciekawe zmiany. W latach 2000–2002 sprawcy z art. 264 § 2 k.k. stanowili 14–18% ogółu. W kolejnych dwóch latach ich udział wzrósł do 23–28%, w 2005 r. przekroczył połowę (56%) zarejestrowanych cudzoziemców, a w kolejnych dwóch latach stanowił aż 95–96% ogółu popełniających te czyny. Jednocześnie w latach 2005–2007 liczby cudzoziemców podejrzanych o popełnienie czynu z art. 264 § 2 k.k. osiągnęły najwyższe wartości w całym XXI w., sięgając nawet ponad 2,3 tys. sprawców. Na podstawie tych danych Witold Klaus wyciągnął wniosek, że prawdopodobnie nie wskazują one na rzeczywisty wzrost liczby cudzoziemców, przekraczających granicę z użyciem podstępny czy groźby bądź przy współdziałaniu z innymi osobami, ale wynikają z braku zmiany praktyki działania funkcjonariuszy Straży Granicznej i kwalifikowania niektórych zdarzeń nadal jako przestępstw (teraz jednak kwalifikowanych jako czyn wypełniający znamiona z art. 264 k.k. § 2, nie zaś § 1 jak przed nowelizacją), a nie jako wykroczeń. Być może praktyka ta spowodowana była albo przeświadczeniem funkcjonariuszy, że kontrawencjonalizacja tego czynu była błędem, albo brakiem wypracowania nowych mechanizmów postępowania w przypadku wykroczeń (dlatego korzystali z dotychczasowych, „utartych” i dobrze znanych sposobów działania). Z tego względu większość czynów, które uprzednio kwalifikowali z art. 264 § 1 k.k., po nowelizacji zaczęli kwalifikować z § 2 tego artykułu³⁶. Inaczej bowiem trudno jest wytłumaczyć tak drastyczny spadek liczby „zwykłego” przekroczenia granicy. Tezę tę może także potwierdzać fakt, że w roku przejściowym, czyli 2005, do czasu wejścia w życie nowych przepisów (co nastąpiło 24 sierpnia 2005 r.) zarejestrowano 1309 sprawców czynu z art. 264 § 1 k.k., a przez kolejne cztery miesiące – jedynie 46 osób podejrzanych o wykroczenie z art. 49a k.w. Kolejne dwa lata można uznać za czas adaptowania się do nowych przepisów, a od 2008 r. zaobserwować można

³⁵ Warto zauważyć, że dane te nie pokrywają się z informacjami zawartymi w tabeli 1. Rozbieżność tę trudno wytłumaczyć, wszystkie prezentowane dane zostały bowiem otrzymane od Straży Granicznej. Być może różnica ta wynika stąd, że w tabeli 1 podano liczbę osób zatrzymanych przez funkcjonariuszy Straży Granicznej, następnie jednak nie wszystkim z nich postawiono zarzut popełnienia przestępstwa czy wykroczenia nielegalnego przekroczenia granicy, stąd dane zawarte na rycinie 1 (dotyczące podejrzanych) są znacząco niższe niż podane w tabeli 1.

³⁶ W. Klaus, *Integracja – marginalizacja – kryminalizacja ...*, op. cit., s. 87.

już pewną stabilizację rejestracji tego rodzaju zdarzeń (z jednorazowym ich wzrostem w 2012 r.).

Powyższego poglądu nie podziela Magdalena Perkowska³⁷. Z przeprowadzonych przez nią badań nie wynika bowiem, by po 2005 r. na podstawie art. 264 § 2 k.k. były kwalifikowane czyny, które przed nowelizacją podlegały karze z typu podstawowego tego przestępstwa, zatem by dochodziło do nieprawidłowych kwalifikacji zdarzeń przez funkcjonariuszy Straży Granicznej czy przez sądy. Wyniki badań akt spraw karnych uzyskane przez autorkę nie wydają się jednak falsyfikować postawionej wyżej tezy z kilku przyczyn. Po pierwsze, Perkowska prowadziła badania akt spraw karnych na stosunkowo niewielkiej próbie (łącznie 81 sprawców nielegalnego przekroczenia granicy z art. 264 § 1 i 2 k.k.) i jedynie w trzech sądach rejonowych (w Bartoszycach, Białymstoku i Sokółce)³⁸. Pierwszy z tych sądów jest położony przy granicy z Rosją, ostatni zaś przy granicy z Białorusią. W Sądzie Rejonowym w Białymstoku spraw związanych z przekroczeniem granicy jest niewiele z uwagi na jego oddalenie od granicy państwa. Z danych Straży Granicznej wynika, że na obu analizowanych odcinkach granicznych w okresie objętym badaniami stosunkowo rzadko dochodziło do nielegalnego przekroczenia granicy (zapewne z uwagi na jej rozbudowaną wówczas ochronę po stronie rosyjskiej czy białoruskiej). Dla przykładu można podać, że w 2006 r. na obu tych odcinkach łącznie podejrzani o popełnienie przestępstwa z art. 264 § 2 k.k. stanowili jedynie 5,1% sprawców (biorąc pod uwagę dane dotyczące granic zewnętrznych). W kolejnych latach odsetki te także były nieznaczne – w 2008 r. wynosiły 10,8, a w 2010 r. – 12,5. Dopiero od 2012 r. znacznie więcej tego typu czynów było popełnianych na granicy polsko-białoruskiej z uwagi na zaprzestanie przez stronę białoruską kontroli osób wychodzących i częściowe rozmontowanie tzw. *sistemy*, czyli systemu zasieków broniących dostępu do granicy po stronie białoruskiej³⁹. Po drugie, autorka analizowała akta sądowe spraw zakończonych prawomocnym wyrokiem, zatem nawet przy niewłaściwej kwalifikacji dokonanej przez funkcjonariuszy Straży Granicznej odpowiednią korektę mógł wprowadzić sąd, nie doprowadzając do skazania. Ponadto prezentowane przez Perkowską dane statystyczne zdają się przeczyć postawionej przez nią tezie, sama bowiem podaje, że w latach 2006 i 2007 liczba postępowań wszczętych przez Straż Graniczną z art. 49a k.w. była niewielka i wynosiła odpowiednio 406 i 305 przypadków, podczas gdy w latach 2003–2004 było to 2700–2800 spraw rocznie (oczywiście wówczas z art. 264 § 1 k.k.), a w 2008 r. spraw

³⁷ M. Perkowska, *Przestępczość graniczna cudzoziemców*, op. cit., s. 65, 109–110.

³⁸ *Ibidem*, s. 99, 106.

³⁹ Dla przykładu można podać, że w roku 2012 w porównaniu z 2010 liczba osób podejrzanych o nielegalne przejście przez granicę na jej białoruskim odcinku wzrosła dziesięciokrotnie – z 42 osób do 404. Wszystkie przytaczane dane pochodzą z materiałów otrzymanych z Komendy Głównej Straży Granicznej.

z art. 49a k.w. wszczęto już 2932⁴⁰. Autorka nie podaje także innego wytłumaczenia tych danych.

Powyższe informacje zdają się więc potwierdzać tezę autorów, że w okresie przejściowym po nowelizacji z 2005 r. funkcjonariusze nie korzystali z nowych przepisów, inaczej bowiem tego nagłego i krótkotrwałego spadku liczby wykroczeń z art. 49a k.w. i wzrostu przestępstw z art. 264 § 2 k.k. wytłumaczyć nie można.

3. Charakterystyka przestępstwa z art. 264 § 2 k.k.

Przestępstwo stypizowane w art. 264 § 2 k.k. penalizuje czyn, polegający na nielegalnym przekroczeniu przez sprawcę polskiej granicy przy wykorzystaniu określonych form działania w postaci podstępu, przemocy, groźby lub we współdziałaniu z innymi osobami. Przede wszystkim trzeba podkreślić, że przepis ten penalizuje jedynie nielegalne przekroczenie granicy polskiej. Oznacza to, że kary nie można wymierzyć osobom, które w taki sposób przekroczyły granicę innego państwa, choćby było ono członkiem Unii Europejskiej. Karane jednak będą wszystkie przekroczenia polskiej granicy, także na tych odcinkach, na których jest ona granicą wewnętrzną Wspólnoty⁴¹. Innymi słowy, czynem zabronionym jest nie tylko przekroczenie granicy zewnętrznej Unii Europejskiej, stanowiącej zarazem polską granicę, lecz także granicy z innymi państwami sąsiadującymi z Polską i będącymi krajami członkowskimi UE.

Ustawa o ochronie granicy państwowej⁴² określa zarówno definicję granicy (w art. 1), jak i stanowi, na jakiej podstawie można ją legalnie przekroczyć (art. 14). Dokonać tego można przy użyciu odpowiednich dokumentów uprawniających do wjazdu do czy wyjazdu z Polski – zazwyczaj jest to paszport lub dokument równorzędny wraz z wizą (jeżeli jest ona wymagana dla obywateli określonego państwa) czy dodatkowymi dokumentami. Wskazane zostały także miejsca, w których granica może być legalnie przekroczona. Służą do tego przejścia graniczne – zarówno na wewnętrznym (art. 14a ustawy), jak i zewnętrznym odcinku granicy (art. 4 rozporządzenia [WE] nr 562/2006). Termin „nielegalne przekroczenie granicy” w obecnym brzmieniu odpowiada zatem w zasadzie w pełni treści regulacji art. 16 pkt 3 rozporządzenia o cudzoziemcach z 1926 r., w którym była mowa o przekraczaniu granicy bez dokumentów lub w miejscu do tego nieprzeznaczonym.

Przestępstwo nielegalnego przekroczenia granicy jest przestępstwem umyślnym, które może być popełnione tylko w zamiarze bezpośrednim. Jak zauważa Krzysztof Wiak, „wynika to z posłużenia się przez ustawodawcę znamionami modalnymi, «używając przemocy, groźby, podstępu lub we współdziałaniu z innymi

⁴⁰ M. Perkowska, *Przestępczość graniczna cudzoziemców*, op. cit., s. 64.

⁴¹ Definicję w tym zakresie zawiera rozporządzenie (WE) nr 562/2006 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 15 marca 2006 r. ustanawiające wspólnotowy kodeks zasad regulujących przepływ osób przez granice (kodeks graniczny Schengen) (Dz.Urz. UE L 105 z dnia 13 kwietnia 2006 r.).

⁴² Tekst jedn. Dz.U. z 2009 r., Nr 12, poz. 67 z późn. zm.

osobami» (§ 2) oraz czasownikiem «organizuje» (§ 3). Nie wystarczy zrealizowanie czynu z zamiarem ewentualnym⁴³. Pogląd ten podziela Aneta Michalska-Warias, która wskazuje, że zamiar ten musi obejmować nie tylko samą chęć przekroczenia granicy wbrew przepisom, lecz także chęć dokonania tego w określony sposób – z użyciem przemocy, groźby, podstępów lub we współdziałaniu z innymi osobami. Dodaje ona ponadto, iż „co do tego, że przemieszczenie się przez dany teren stanowi przecięcie linii granicznej, wystarczająca jest świadomość sprawcy, że w tym miejscu granica może rzeczywiście się znajdować (np. sprawca przekracza granicę na wodach stojących i nie ma pewności co do tego, w którym momencie faktycznie przeciął linię graniczną)”⁴⁴.

Świadomość sprawcy odnośnie do ewentualnego umiejscowienia granicy musi bazować na jego wiedzy w tym zakresie. Należy się tutaj odwołać do znormalizowanego wzorca i tzw. modelu dobrego obywatela, który powinien dysponować wiedzą zarówno na temat norm kulturowych, jak i pewnych faktów (np. o położeniu polskiej granicy). Wzorzec ten dość dobrze sprawdza się w przypadku obywateli polskich. Trudniej jednak jest go wprost aplikować do cudzoziemców, szczególnie pochodzących z innego kręgu kulturowego, zatem niebędących obywatelami państw Unii Europejskiej czy pozostałych krajów z Polską sąsiadujących. Dlatego przy ustalaniu winy cudzoziemców popełniających przestępstwo na terytorium Polski należy sprawdzić i uwzględnić konkretne właściwości osobiste sprawcy, w tym poziom znajomości polskich norm prawnych czy, szerzej, społeczno-kulturowych, biorąc pod uwagę jego wykształcenie, pochodzenie narodowe, zawód etc. Znaczenie przy tej ocenie będzie miał również czas pobytu cudzoziemca w Polsce⁴⁵. Brak odpowiedniej świadomości sprawcy, wynikający z braku odpowiedniej wiedzy czy informacji, do której określona osoba nie miała dostępu z uwagi na różnego rodzaju obiektywne ograniczenia, będzie tożsamy z błędem co do faktycznego lub prawnego znaczenia czynu. Skutkiem takiego błędu była niemożność przypisania sprawcy winy umyślnej za popełnienie danego czynu. Mógł on odpowiadać jedynie za popełnienie przestępstwa nieumyślnego, jeżeli przepis taką odpowiedzialność przewidywałby w danym przypadku⁴⁶ (jednak, jak wspomniano wyżej, czyn z art. 264 § 2 k.k. może być popełniony jedynie z winy umyślnej). Sytuacja w tym zakresie uległa zmianie z dniem 1 lipca 2015 r. wraz z wejściem w życie nowelizacji art. 28 § 1 k.k.⁴⁷ Zgodnie z nowym brzmieniem tego przepisu osoba, która pozostaje

⁴³ K. Wiak, *Komentarz do art. 264, op. cit.*, nb 7.

⁴⁴ A. Michalska-Warias, *Komentarz do art. 264, op. cit.*, nb 34.

⁴⁵ Zob. J. Piskorski, *Odpowiedzialność karna cudzoziemców w Polsce*, ABC, Warszawa 2003, s. 192–193, 200–203; A. Wąsek, *Zakres obowiązywania ustawy karnej polskiej wobec cudzoziemców*, w: A.J. Szwarc (red.), *Przestępczość przygraniczna. Postępowanie karne przeciwko cudzoziemcom w Polsce*, Wydawnictwo Poznańskie, Poznań 2000, s. 38–39.

⁴⁶ W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Społeczny Instytut Wydawniczy Znak, Kraków 2010, s. 380–381, 383.

⁴⁷ Dz.U. z 2015 r., poz. 396.

w usprawiedliwionym błędzie co do okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego, w ogóle nie popełnia przestępstwa⁴⁸.

W przypadku przestępstw granicznych znaczenie będzie miało zatem określenie, czy osoba, która przekroczyła nielegalnie granicę jednego z państw Unii Europejskiej, a następnie jest przez Polskę przewożona (czyli sama nie organizuje sobie tego przejazdu) do innego kraju Wspólnoty, powinna mieć świadomość, że po drodze będzie przekraczała polską granicę. A dodatkowo, czy będzie wiedziała, jakie przepisy obowiązują w poszczególnych państwach UE, które ograniczają swobodę przemieszczania się między państwami stowarzyszonymi dla obywateli państw trzecich. Chodzi zatem o świadomość zarówno faktów (położenia Polski w Europie, a czasem w ogóle wiedzy o istnieniu takiego państwa), jak i prawa (czyli przestępności przekraczania polskiej granicy bez zezwolenia także na wewnętrznych granicach UE). Dla przykładu: przeciętny, słabo lub średnio wykształcony Wietnamczyk nie ma raczej świadomości dokładnego rozkładu granic między państwami Unii Europejskiej i wiedzy o tym, że wjazd na teren Wspólnoty nie jest równoznaczny ze swobodnym poruszaniem się po całym jej obszarze, jak to ma miejsce chociażby w Stanach Zjednoczonych. Przy braku takiej świadomości cudzoziemcowi nie będzie można przypisać zamiaru nielegalnego przekroczenia polskiej granicy.

Przepis art. 264 § 2 k.k. precyzuje również formy działania sprawcy czynu nielegalnego przekroczenia granicy, które statuują to przestępstwo. Mowa tu o użyciu przemocy, groźby lub podstępny albo współdziałaniu z innymi osobami. Jeśli chodzi o zdefiniowanie tych pojęć, to pierwsze trzy nie budzą w zasadzie wątpliwości interpretacyjnych. Zostały one bowiem wielokrotnie i wyczerpująco opisane w literaturze. Przemoc może zatem występować zarówno w formie fizycznej, jak i psychicznej, a także obejmować zarówno działania przeciwko osobie (np. dokonującej ochrony i kontroli ruchu granicznego czy chcącej powstrzymać sprawcę lub zapobiec jego ucieczce), jak i rzeczy (np. wyłamanie znaków granicznych czy zniszczenie innych urządzeń chroniących granicę). Groźbę należy rozumieć w znaczeniu przypisanym jej przez przepis art. 115 § 12 k.k. i może być ona kierowana wyłącznie przeciwko osobie. Podstępem będzie jakiegokolwiek wprowadzenie w błąd osoby dokonującej kontroli ruchu granicznego⁴⁹. O ile poprzednio opisane przykłady różnych form popełnienia przestępstwa z art. 264 § 2 k.k. są bardziej rozważa-

⁴⁸ Warto na marginesie dodać, że nie chodzi tu o błąd uwarunkowany kulturowo, czyli dotyczący innej oceny przestępności określonego czynu z uwagi na wychowanie w innych standardach kulturowych, zatem i moralnych. W takim przypadku mielibyśmy do czynienia z tzw. *cultural defense*, czyli obroną przez kulturę (zob. np. O. Sitarz, *Culture defense a polskie prawo karne*, „Archiwum Kryminologii” 2009, t. XXIX–XXX, s. 643 i nast.; A.D. Renteln, *The Use and Abuse of the Cultural Defense*, „Canadian Journal of Law and Society” 2005, t. 1, s. 47 i nast.) lub znanym niektórym ustawodawstwom (np. peruwiańskiemu) specjalnym rodzajem błędu – tzw. kulturowo uwarunkowanym błędem co do oceny prawnej czynu (dotyczy on jednak tylko przedstawicieli ludności autochtonicznej Peru – zob. M. Grzyb, *Kulturowo uwarunkowany błąd co do oceny prawnej czynu*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2010, z. 3, s. 19 i nast.).

⁴⁹ M. Jachimowicz, *Nowe zasady odpowiedzialności za nielegalne...*, op. cit., s. 57–59.

niami teoretycznymi, o tyle podstęp w postaci podrabiania czy przerabiania dokumentów uprawniających do przekroczenia granicy, posługiwania się dokumentem sfalszowanym bądź należącym do obcej osoby jest stosunkowo często spotykanym sposobem działania sprawców⁵⁰.

Więcej uwagi należy poświęcić najpowszechniej występującej formie działania sprawców z art. 264 § 2 k.k., czyli nielegalnemu przekraczaniu granicy we współdziałaniu z innymi osobami. Zdefiniowania wymaga już sam termin „współdziałanie z innymi osobami”, który nie pojawia się w zasadzie w żadnym innym przepisie w części szczególnej kodeksu karnego. Współdziałanie należałoby zatem rozumieć jako rozmaite sprawcze czy niesprawcze formy współpracy innych osób przy popełnieniu przestępstwa, odgrywających nierzadko różne role w tym procederze⁵¹.

Należy zadać sobie jednak pytanie, czy każda forma współsprawstwa będzie powodowała odpowiedzialność na gruncie art. 264 § 2 k.k. Nie ma sporu co do tego, że odpowiedzialnością tą objęte będzie współsprawstwo właściwe, zatem porozumienie kilku osób odnośnie do wspólnego popełnienia przestępstwa. Może ono polegać bądź to na wypełnieniu przez wszystkich sprawców wszystkich znamion czynu zabronionego, bądź to na podziale czynności w ramach przestępstwa i wypełnianiu różnych znamion przez różnych sprawców, które łącznie złożą się na definicję określonego przestępstwa i łącznie prowadzą do jego popełnienia. Obie te formy współsprawstwa charakteryzuje porozumienie zawarte między współsprawcami, które może przybrać różne formy, w tym może być dorozumiane, oraz może nastąpić w różnym momencie popełnienia przestępstwa. Ideą tego porozumienia jest deklaracja zamiaru wspólnego dokonania takiego czynu. Aby zawrzeć porozumienie, wszystkie jego strony muszą mieć świadomość, że inne osoby będą uczestniczyły w popełnieniu przestępstwa, i wyrazić wolę (zamiar) wspólnego działania. W porozumieniu takim sprawcy zazwyczaj dokonują podziału ról między sobą czy uzgadniają sposób działania⁵². Zatem „współsprawstwo charakteryzuje się na gruncie polskiego Kodeksu karnego ewidentnie elementem subiektywnym, po stronie każdego ze współsprawców konieczne jest bowiem przesądzenie, iż działał on z wolą sprawczą, traktując całość zdarzenia realizowanego przez wszystkich współdziałających jako własne dzieło (*animus auctoris*)”⁵³. Co za tym idzie – brak porozumienia w takim znaczeniu wyklucza zatem współsprawstwo.

Może się jednak zdarzyć, że kilka osób w tym samym miejscu i czasie popełni czyny, które realizują wszystkie znamiona określonego przestępstwa, działając

⁵⁰ Zob. M. Perkowska, *Przestępczość graniczna cudzoziemców*, op. cit., s. 107–109.

⁵¹ W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne...*, op. cit., s. 248–251; P. Kardas, *Sprawstwo i współdziałanie w popełnieniu czynu zabronionego*, w: R. Dębski (red.), *System Prawa Karnego*, t. 3: *Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności*, Wydawnictwo C.H. Beck, Instytut Nauk Prawnych PAN, Warszawa 2013, s. 885–887.

⁵² W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne...*, op. cit., s. 255–258; P. Kardas, *Sprawstwo i współdziałanie...*, op. cit., s. 908–913, 918–920; J. Piskorski, *Odpowiedzialność karna cudzoziemców w Polsce...*, op. cit., s. 177–182.

⁵³ P. Kardas, *Sprawstwo i współdziałanie...*, op. cit., s. 920.

jednak oddzielnie i jedynie na własny rachunek. Najlepszym przykładem będzie tu przekroczenie w jednym miejscu i czasie granicy państwa przez kilka różnych osób, które nie porozumiały się wcześniej odnośnie do chęci podjęcia wspólnych działań i niejako przypadkiem robią to w jednym miejscu oraz czasie. Działanie takie jest określane jako tzw. współsprawstwo równoległe⁵⁴. „Funkcjonalnym węzłem łączącym wówczas działania poszczególnych współsprawców jest rozmiar stworzonego wspólnie potencjalnego niebezpieczeństwa dla dobra prawnego lub naruszenia dobra prawnego. Zachowania takie mogą także stanowić wzajemne ułatwienie realizacji znamion czynu zabronionego”⁵⁵. Powstaje pytanie, czy taki rodzaj współdziałania również objęty jest dyspozycją przepisu art. 264 § 2 k.k. Wydaje się, że nie, jak bowiem wskazano wyżej, do uznania danego przekroczenia granicy za przestępstwo penalizowane w omawianym przepisie niezbędne jest także wykazanie zamiaru wspólnego działania przez współsprawców. Jeśli takowego zamiaru nie było, sprawcy mogą ponosić odpowiedzialność jedynie na gruncie art. 49a k.w. Jak zauważa Marek Bojarski, nie można mówić o współdziałaniu, jeśli osoby przekraczające granicę się nie znają, a na granicy znalazły się razem przypadkowo. Zatem „organy ścigania powinny zachować wyjątkową wrażliwość na kontekst zachowania się sprawcy, by go nie ukarać surowiej, niż na to zasługuje, a kwalifikując takie zachowanie jako przestępstwo, zawsze należy wykazać realizację znamienia «we współdziałaniu», a nie tylko poprzestać na stwierdzeniu, że sprawca występował w wieloosobowej konfiguracji, bo to jest za mało do przyjęcia odpowiedzialności za przestępstwo”⁵⁶.

Jeśli chodzi o liczbę osób współdziałających w celu popełnienia przestępstwa stypizowanego w art. 264 § 2 k.k., to w piśmiennictwie panuje zgodna opinia, że oprócz sprawcy muszą być to przynajmniej dwie inne osoby, musi więc dojść do współdziałania przynajmniej trzech osób⁵⁷. Zdanie to podzielił także Sąd Najwyższy (SN) w wyroku WK 23/04⁵⁸. Współdziałanie w tym przypadku może oznaczać zarówno nielegalne przekroczenie granicy wspólnie i w porozumieniu przez grupę przynajmniej trzech osób, jak i przekroczenie granicy nawet przez jedną osobę, ale przy pomocy minimum dwóch innych sprawców. W tym ostatnim przypadku do udowodnienia popełnienia przestępstwa z art. 264 § 2 k.k. niezbędne będzie jednak ustalenie istnienia współdziałania w popełnieniu przestępstwa ze strony tych osób. Niestety w praktyce nie zawsze ma to miejsce. Badania akt spraw karnych przeprowadzone przez Magdalenę Perkowską wskazują bowiem, że sądy skazywały

⁵⁴ W teorii prawa karnego w Polsce istnieją tutaj pewne rozbieżności w nazewnictwie. Lech Gardocki nazywa taką sytuację „sprawstwem równoległym” – L. Gardocki, *Prawo karne*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2008, s. 93).

⁵⁵ W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne...*, *op. cit.*, s. 255.

⁵⁶ M. Bojarski, *Przestępstwa przeciwko...*, *op. cit.*, s. 798.

⁵⁷ W przypadku wspólnego działania dwóch osób będziemy zatem mieli do czynienia z popełnieniem przez nie wykroczenia z art. 49a k.w.

⁵⁸ Wyrok z dnia 25 stycznia 2005 r., sygn. WK 23/04, OSNKW 2005 nr 2, poz. 21, s. 53, dostępny także na stronie Sądu Najwyższego: <http://194.181.24.25/sites/orzecnictwo/orzeczenia1/wk%2023-04.pdf> [dostęp: 30.07.2015].

za popełnienie omawianego przestępstwa w sprawach, w których granicę nielegalnie przekroczyły jedynie dwie osoby, przy czym nie dochodziło do ustalenia, czy w popełnieniu czynu brała udział jako współsprawca także trzecia osoba (np. pomocnik)⁵⁹. Takie same obserwacje poczynili autorzy niniejszego opracowania po przeprowadzenia badań jakościowych, o których więcej można przeczytać w dalszej części artykułu.

W każdej ze spraw sąd powinien także sprawdzić, czy nie zachodzą inne okoliczności uniemożliwiające ukaranie sprawców. W tym zakresie przede wszystkim należy wskazać dwie wytyczne wynikające z przepisów prawa międzynarodowego. Pierwszą stanowią przepisy Konwencji genewskiej o statusie uchodźców z dnia 28 lipca 1951 r.⁶⁰ W art. 31 ust. 1 tego aktu państwa-strony zobowiązały się, że nie będą nakładały kar za nielegalny wjazd na swoje terytorium uchodźców, którzy przybywają na nie bezpośrednio z państwa, na terenie którego zagrażało im niebezpieczeństwo, o ile niezwłocznie zgłoszą się do władz z wnioskiem o objęcie ich procedurą o nadanie statusu uchodźcy. Wydane przez Biuro Wysokiego Komisarza Narodów Zjednoczonych ds. Uchodźców zalecenia odnośnie do interpretacji Konwencji wskazują, że zasada niekaralności powinna być rozciągnięta na wszystkie przestępstwa, które zostały dokonane przez uchodźcę jako środek do ucieczki z kraju pochodzenia lub w związku z nią, zatem w kontekście uzasadnionej obawy przed prześladowaniem, jakiemu uchodźca był poddany w kraju pochodzenia⁶¹. Dla przykładu można podać, że chodzi tu nie tylko o samo nielegalne przekroczenie granicy, lecz także o posługiwanie się nie swoim dokumentem lub sfałszowanie dokumentów, w tym wizy. Należy zauważyć, że uchodźcy pochodzą z krajów, które zgodnie z polskimi przepisami najczęściej objęte są ruchem wizowym, dlatego nielegalne przekroczenie granicy może być dla nich jedynym sposobem na dostanie się na bezpieczne terytorium Unii Europejskiej⁶². A – jak słusznie zauważa Aleksandra Sawicka – są kraje, w których już samo ubieganie się o wizę i staranie o legalny wyjazd z kraju są właściwie równoznaczne z narażeniem się na represje, a nawet mogą stanowić zagrożenie dla życia aplikującego⁶³. Termin „bezpośrednie przybycie z kraju zagrożenia” nie jest klarowny, a w praktyce może być niezwykle trudno przybyć do Polski cudzoziemcom bezpośrednio z państwa, w którym grozi im niebezpieczeństwo. Z tego powodu należałoby przepis ten interpretować raczej w kontekście celu, dla którego został przyjęty, a nie stosować jego wykładnię literalną. Nie powinien być on zatem rozumiany jako podróż, w ramach której

⁵⁹ M. Perkowska, *Przestępczość graniczna cudzoziemców*, op. cit., s. 108.

⁶⁰ Dz.U. z 1991 r., Nr 119, poz. 515.

⁶¹ *Zasady i tryb ustalania statusu uchodźcy zgodnie z Konwencją dotyczącą statusu uchodźcy z 1951 r. oraz Protokołem dodatkowym do niej z 1967 r.* Podręcznik, Biuro Wysokiego Komisarza Narodów Zjednoczonych do spraw Uchodźców, Warszawa 2004, s. 52–54.

⁶² Zob. też *Podręcznik europejskiego prawa dotyczącego azylu, granic i imigracji*, Agencja Praw Podstawowych Unii Europejskiej, Rada Europy, Luksemburg 2014, s. 36.

⁶³ A. Sawicka, *Przerzut i migracja w percepcji nielegalnych migrantów*, „Prace Migracyjne” 1999, nr 23, s. 35.

bezpośrednio po sobie następuje przekroczenie granicy kraju pochodzenia i kraju przyjmującego. Uchodźcy w ramach tego uregulowania powinny przysługiwać prawo przejazdu przez inne państwa i niezatrzymywania się w nich, jeśli uznaje je także za niebezpieczne dla siebie czy swojej rodziny lub jeśli nie oferują mu ochrony międzynarodowej. Niestety, mimo wieloletniego obowiązywania art. 31 ust. 1 Konwencji genewskiej większość państw (w tym Polska) nie wprowadziła do swojego ustawodawstwa przepisów, które wprost zabraniałyby karania uchodźców w opisanych powyżej przypadkach⁶⁴.

Drugim przepisem mającym zastosowanie w omawianym zakresie jest art. 26 Konwencji Rady Europy w sprawie działań przeciwko handlowi ludźmi⁶⁵ nakładający na państwa-strony obowiązek zapewnienia niekaralności ofiar handlu ludźmi za ich udział w popełnianiu czynów, do których zostały zmuszone. Podobny nakaz zawiera art. 8 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/36/UE z dnia 5 kwietnia 2011 r. w sprawie zapobiegania handlowi ludźmi i zwalczania tego procederu oraz ochrony ofiar, zastępującej decyzję ramową Rady 2002/629/WSiSW⁶⁶. Olga Sitarz⁶⁷ oraz Krzysztof Karsznicki⁶⁸ zgodnie twierdzą, że polskie prawo karne spełnia standard wskazany przez przytoczone przepisy w tym zakresie. W zależności od rodzaju czynu można bowiem korzystać z różnych form wyłączenia odpowiedzialności karnej z uwagi na brak winy czy bezprawności sprawcy. Można też sięgnąć po konstrukcję znikomej społecznej szkodliwości. Zarazem jednak Karsznicki widziałby zasadność wprowadzenia do polskiego ustawodawstwa wprost regulacji znoszącej karalność ofiar handlu ludźmi z uwagi na brak pewności, że każdy rozpatrujący daną sprawę prokurator czy sędzia będzie świadomy regulacji międzynarodowych w tym zakresie i zastosuje którąś z właściwych konstrukcji prawnych, wywodzących się z ogólnych zasad prawa karnego⁶⁹.

Obawy o to, czy sytuacja osób przekraczających granice jako ofiary handlu ludźmi jest w należyтым stopniu brana pod uwagę przez praktykę wymiaru sprawiedliwości, potwierdza jedno z najnowszych orzeczeń Sądu Najwyższego

⁶⁴ Zob. G. Noll, w: A. Zimmermann (red.), *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and Its 1967 Protocol. A Commentary*, Oxford University Press, Oxford 2011, s. 1253–1256; G.S. Goodwin-Gill, *Article 31 of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees: Non-penalization, Detention and Protection*, w: E. Feller, V. Turk, F. Nicholson (red.), *Refugee Protection in International Law. UNHCR's Global Consultations on International Protection*, Cambridge University Press, UNHCR, Cambridge 2003, s. 185–252.

⁶⁵ Dz.U. z 2009 r., Nr 19, poz. 100.

⁶⁶ Dz.Urz. UE L 101.

⁶⁷ O. Sitarz, *O niekaralności ofiar handlu ludźmi – czyli polskie prawo karne materialne wobec zobowiązania wynikającego z art. 8 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 5 kwietnia 2011 r. w sprawie zapobiegania handlowi ludźmi i zwalczania tego procederu oraz ochrony ofiar*, w: Z. Lasocik (red.), *Niekaralność ofiar handlu ludźmi – wstępna diagnoza problemu*, Ośrodek Badań Handlu Ludźmi Uniwersytetu Warszawskiego, Warszawa 2013.

⁶⁸ K. Karsznicki, *Gwarancja niekaralności ofiar handlu ludźmi*, w: Z. Lasocik (red.), *Niekaralność ofiar handlu ludźmi...*, *op. cit.*

⁶⁹ *Ibidem*, s. 28, oraz wypowiedź tegoż w dyskusji na s. 39–40.

z 16 czerwca 2015 r. (sygn. III KK 138/15)⁷⁰. Uchyliło ono wyrok skazujący sądu I instancji wobec cudzoziemek ze Sri Lanki, będących ofiarami handlu ludźmi do pracy przymusowej, które nielegalnie przekroczyły granicę polsko-litewską, poszukując w Polsce ochrony w lankijskim konsulacie. SN w swoim wyroku zwrócił uwagę, że rozpatrujący sprawę sąd rejonowy powinien był rozważyć, czy w danym przypadku stopień społecznej szkodliwości popełnionego przez cudzoziemki czynu był wyższy niż znikomy z uwagi na podejrzenie faktu, iż były one ofiarami handlu ludźmi. Sąd rejonowy tymczasem rozpoznał sprawę bez rozprawy (cudzoziemki dobrowolnie poddały się karze w trybie art. 335 § 1 k.p.k.), uznając, że wina i okoliczności popełnienia przez Lankijki zarzucanego im czynu nie budziły wątpliwości. Praktyka ta zdaje się potwierdzać obawy Krzysztofa Karsznickiego, że w stosunkowo błahych z punktu widzenia wymiaru sprawiedliwości sprawach, jakie przede wszystkim będą występowały w przypadku ofiar handlu ludźmi (będą to bowiem oskarżenia o drobne kradzieże, oszustwa, wyłudzenia, fałszerstwa czy właśnie nielegalne przekroczenie granicy), przedstawiciele wymiaru sprawiedliwości nie będą stosowali bardziej wysublimowanych konstrukcji prawnych i w większości przypadków ich postępowanie będzie rutynowe.

Obie przytoczone wyżej regulacje prawa międzynarodowego nakazują w pewnych sytuacjach odstąpienie od ścigania czynu nielegalnego przekroczenia granicy i niekarania niektórych ich sprawców. Każdorazowo w przypadku prowadzenia postępowania związanego z nielegalnym przekraczaniem granicy sądy powinny zatem sprawdzać, czy nie zachodzi któryś z powyższych przypadków, uniemożliwiający ukaranie sprawcy.

4. Przestępstwo nielegalnego przekroczenia granicy w praktyce działania Straży Granicznej

W marcu 2015 r. Zakład Kryminologii Instytutu Nauk Prawnych PAN zrealizował w Archiwum Straży Granicznej w Szczecinie⁷¹ badania jakościowe, polegające na analizie akt postępowania przygotowawczych, prowadzonych przez funkcjonariuszy Straży Granicznej⁷². Do badania wytypowano 15 ostatnich zakończonych postępowania, które zostały zarchiwizowane i w których sprawcami byli obywatele Wietnamu lub Chin. Sprawy dotyczyły przestępstw popełnionych w latach 2012–2014. Celem badań było zebranie informacji dotyczących charakterystyki sprawców (kim są, czy są wśród nich tylko cudzoziemcy, czy też czyny były popełnio-

⁷⁰ Dostępne na stronie Sądu Najwyższego: <http://194.181.24.25/sites/orzecznictwo/orzeczenia3/iii%20kk%20138-15.pdf> [dostęp 30.07.2015].

⁷¹ Chcemy bardzo podziękować dyrektorowi płk. dr. Ryszardowi Techmanowi oraz ppłk. Piotrowi Ilcewiczowi za ogromną pomoc w przeprowadzeniu niniejszych badań.

⁷² Badania przeprowadzono w ramach projektu „SIC – Modułowy wielozadaniowy System Identyfikacji Cudzoziemców wraz z modułem analizy ryzyka ofiar przestępstw handlu ludźmi” finansowanego przez Narodowe Centrum Badań i Rozwoju (nr projektu DOBR-BIO4/055/13127/2013).

ne przez grupy mieszane, z jakich krajów pochodzą) oraz sposobów ich działania (*modus operandi*), w tym ich wzajemnych powiązań (dlaczego przestępstwo zostało popełnione w Polsce, dlaczego Polska została wybrana jako miejsce działania). Interesowało nas także zbadanie otoczenia prawnego – w jaki sposób sprawcy przyjechali do Polski, na jakiej podstawie się legalizowali, jakie przestępstwo zostało zidentyfikowane przez funkcjonariuszy Straży Granicznej, czy w trakcie prowadzenia pracy operacyjnej współpracowali oni z innymi instytucjami, a jeśli tak, to którymi (np. Inspekcją Pracy, Policją, Służbą Celną). Z uwagi na niewielką liczbę wybranych spraw przyjęto, że na tej podstawie zostanie przeprowadzona analiza jakościowa zebranego materiału.

W przebadanych sprawach występowało łącznie 63 podejrzanych cudzoziemców. Jak się okazało, zdecydowana większość sprawców (39) była podejrzana o nielegalne przekroczenie granicy, zatem o przestępstwo z art. 264 § 2 kodeksu karnego. Trzy sprawy dotyczyły uprawy roślin odurzających, tj. przestępstwa z art. 62 ust. 1 i art. 63 ust. 3 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii. Ich sprawcami było ośmioro Wietnamczyków oraz jeden Polak. Charakterystyczne dla tego przestępstwa było to, że zdecydowana większość obywateli Wietnamu miała karty pobytu wydane w Czechach, a dwóch przebywało w Polsce bez ważnych dokumentów pobytowych. Pozostali sprawcy zidentyfikowani w badanych sprawach byli oskarżeni o posługiwanie się nielegalnymi dokumentami czy ułatwianie innym osobom nielegalnego przekroczenia granicy (art. 263 § 3 k.k.). Z uwagi na bardzo niewielką liczbę tych spraw nie zostały one poddane szczegółowej analizie. Lektura akt przyniosła natomiast ciekawe spostrzeżenia dotyczące *modus operandi* sprawców przestępstwa nielegalnego przekroczenia granicy, ale także nasunęła pewne, zasygnalizowane wyżej, wątpliwości zarówno co do prawidłowości kwalifikowania czynów z art. 264 § 2 k.k., jak i reakcji prawnokarnej na to przestępstwo.

Na podstawie przebadanych akt dość łatwo jest naszkicować sylwetkę sprawcy przestępstwa nielegalnego przekroczenia granicy. Najczęściej byli to młodzi mężczyźni. Wszyscy zatrzymani, którzy zostali uwidocznieni w badaniach, mieścili się w przedziale wiekowym 20–40 lat, z czego większość nie ukończyła lat 30. Mężczyźni ci na ogół deklarowali, że byli stanu wolnego i bezdzietni. Legitymowali się wykształceniem podstawowym lub (rzadziej) średnim i na ogół trudnili się pracą fizyczną (zatrzymani wykonywali m.in. pracę tragarza, robotnika budowlanego, pracowali w szwalniach). Kilka kobiet, które znalazły się w materiale badawczym, charakteryzowało się tymi samymi cechami, jeśli chodzi o wiek, wykształcenie, podejmowaną pracę i status rodzinny. Większość zatrzymanych jako powód migracji podawała przyczyny ekonomiczne (w tym także zbyt niską wysokość zarobków, na jakie mogli liczyć w Rosji) i chęć poprawy swojej sytuacji materialnej, jak również potrzebę wsparcia swojej rodziny, która została w kraju pochodzenia.

Najczęstszym ujawnionym modelem nielegalnego przekraczania granicy było korzystanie z pomocy osób trzecich. Na ogół były to zorganizowane grupy przestępcze. W zbadanych przez nas aktach wśród osób organizujących niele-

galne przekroczenie granicy dominowali Polacy (10 sprawców) i Wietnamczycy (5 sprawców). Zatrzymano także dwóch Litwinów, dwóch Estończyków oraz jednego bezpaństwowca narodowości czeczeńskiej zamieszkałego w Austrii. Większość osób zatrzymanych na nielegalnym przekraczaniu granicy pochodziła z Wietnamu (35 osób), zatrzymano jedynie trzech Chińczyków oraz jednego obywatela Afganistanu.

Modeli nielegalnego przekraczania granicy zidentyfikowano kilka. W żadnej z badanych spraw sprawcy w celu przekroczenia granicy nie użyli groźby, przemocy lub podstępów. Przesłanką, która pozwalała na zakwalifikowanie sprawy z art. 264 § 2 k.k., było przekroczenie granicy „we współdziałaniu z innymi osobami”. Niemniej w analizowanych sprawach stan faktyczny nie zawsze pozwalał na uznanie, że sprawcy rzeczywiście współdziałali ze sobą lub z grupą przemytników.

Niemal we wszystkich sprawach wspólny mianownik stanowił fakt, że podróż zaczynała się w Moskwie. Dotyczyło to wszystkich obywateli Wietnamu. Jest to dość stary model przemytu ludzi, który funkcjonuje od co najmniej 20 lat⁷³. Podróż z Wietnamu do Moskwy kosztowała około 2 tys. dolarów amerykańskich (choć cudzoziemcy podawali różne kwoty). Na ogół była opłacona z góry. Granicę przekraczano legalnie – przemytnicy załatwiali w Rosji odpowiednie dokumenty do tego uprawniające. Dla niektórych Wietnamczyków Moskwa była tylko miejscem przesiadki i natychmiast podejmowali oni dalszą podróż do Unii Europejskiej. Inni zostawali w Moskwie tygodniami, miesiącami czy nawet latami, podejmując pracę w wietnamskich zakładach (głównie szyjących ubrania). W przypadku tych osób decyzja o wyjeździe dalej na Zachód była podyktowana względami ekonomicznymi (zbyt niskie zarobki) lub faktem, że pracodawca ich więził i uniemożliwiał opuszczenie terenu zakładu pracy (osoby te należałoby zatem uznać za ofiary handlu ludźmi do pracy przymusowej, zachowanie to wypełnia bowiem definicję tego czynu⁷⁴).

Następny etap podróży: z Moskwy do któregoś z krajów Unii Europejskiej, był już droższy, gdyż wymagał większych wysiłków organizacyjnych. Był on dokonywany nielegalnie, jako że niezwykle trudne (jeżeli w ogóle możliwe) byłoby uzyskanie wiz wjazdowych. Dlatego podawane przez zatrzymanych cudzoziemców kwoty wahały się od 3 tys. do nawet 10 tys. dolarów za organizację takiego przerzutu. Niektórzy z nich twierdzili, że całą kwotę mieli zapłacić po dojeździe do Polski, ale większość musiała zapłacić zaliczki w wysokości od 500 do 1 tys. dolarów. Aleksandra Sawicka podaje, że migranci, z którymi prowadziła wywiady, postrzegali osoby ułatwiające im nielegalne przekroczenie granicy jako niebezpieczne. Charakterystyczne było to, że na ogół przemytnicy byli innego pochodzenia etnicznego niż migranci. Azjatom najczęściej pomagali Rosjanie, Białorusini, Litwini i Polacy,

⁷³ A. Sawicka, *Przerzut i migracja...*, op. cit., s. 37.

⁷⁴ Więcej na temat definicji handlu ludźmi do pracy przymusowej zob.: W. Klaus, *Cudzoziemcy jako ofiary pracy przymusowej w Polsce*, w: L. Mazowiecka (red.), *Ofiary handlu ludźmi*, Wolters Kluwer, Warszawa 2014.

zdaniem respondentów powiązani z mafią rosyjską. Z uwagi na brak wspólnego języka komunikacja z przemytnikami niejednokrotnie odbywa się na migi⁷⁵.

Sposoby przedostania się do Polski były różne. W modelu pierwszym wjazd na terytorium naszego kraju następował od północy. Cudzoziemcy nielegalnie przekraczali granicę z Estonią, Łotwą czy Litwą, a następnie byli przewożeni wewnątrz Unii Europejskiej. Ich kierowcami byli zazwyczaj obywatele państw UE, którzy przewozili migrantów swoimi samochodami osobowymi. Drugim sposobem działania było organizowanie transportu z Moskwy na Białoruś w okolice granicy z Polską. Cudzoziemcy byli wysadzani na stacji benzynowej, na której stały zaparkowane tiry jadące do Polski. Migranci kładli się pod naczepą ciężarówki i w ten sposób usiłowali przekroczyć granicę. Kierowca ciężarówki twierdził, że nie wiedział o tym, iż przewozi ukrytych imigrantów. Trudno sobie wyobrazić zupełny brak kooperacji ze strony kierowcy, bo cudzoziemcy musieli chociażby wiedzieć, w jakim kierunku ruszy samochód, i raczej nie ryzykowaliby przypadkowej, niebezpiecznej podróży z powrotem na wschód. Niemniej w analizowanej sprawie kierowcy nie zostały postawione zarzuty; być może udowodnienie mu świadomego zaangażowania w przemyt ludzi było niemożliwe, jednak działania funkcjonariuszy Straży Granicznej nie zmierzały do objęcia go postępowaniem karnym.

Wreszcie trzeci, najbardziej popularny model, polegał na przewiezieniu grupy cudzoziemców busami pod granicę polską (z Moskwy na Ukrainę lub na Białoruś). Migranci opuszczali pojazdy (w odległości od kilku do kilkudziesięciu kilometrów od granicy) i piechotą przekraczali zieloną granicę. Całość była dobrze zorganizowana, gdyż cudzoziemcy byli prowadzeni do granicy, a do przeprawy przez nią używano specjalnych kładek służących do przejścia nad zaoranym pasem granicznym bez pozostawienia na nim śladów. Następnie czekał zorganizowany dla nich transport, mający ich przewieźć w głąb naszego kraju. Trudno powiedzieć, na ile samo przekroczenie granicy było samodzielne, a na ile odbywało się pod opieką przemytników. We wszystkich analizowanych sprawach cudzoziemcy zatrzymani w trakcie przekraczania granicy deklarowali, że szli sami, bez przewodnika. Nie było go także wśród zatrzymywanych w żadnej z analizowanych przez nas spraw. Wydaje się jednak mało prawdopodobne, by cudzoziemcy sami dawali sobie radę z przechodzeniem przez granicę w odpowiednim miejscu, nie błędząc przy tym w lesie, szczególnie że w innych sprawach, w których w głębi kraju zatrzymywano cudzoziemców przebywających na terytorium RP bez ważnej podstawy pobytowej, migranci opowiadali o przewodnikach przeprowadzających ich przez granicę. Jeden z nich twierdził, że przewodnicy nosili kominiarki.

W tym kontekście warto także odnieść się do przyjętej w 2015 r. tzw. Deklaracji z Dauhy, która została wydana jako podsumowanie XIII Kongresu Organizacji Narodów Zjednoczonych nt. „Zapobieganie przestępczości i sprawiedliwość karna”. Podkreśla się w niej, iż nie należy „wszczynać przeciwko migrantom postępowań

⁷⁵ A. Sawicka, *Przerzut i migracja...*, op. cit., s. 39.

karnych tylko dlatego, że uczyniono ich «obiektem» przemytu, lecz czynić wszelkie możliwe wysiłki, aby zapobiegać wypadkom śmierci migrantów, a sprawców tego procederu doprowadzać przed oblicze wymiaru sprawiedliwości. Działaniom tym powinno towarzyszyć wprowadzanie efektywnych środków eliminujących przemoc przeciwko migrantom, w tym wykonującym pracę zarobkową i ich rodzinom, jak również podejmowanie wszelkich niezbędnych prawnych i administracyjnych działań ukierunkowanych na zapobieganie i zwalczanie przestępstw z elementami przemocy przeciwko tej kategorii ludności⁷⁶.

Z procesowego punktu widzenia, by zakwalifikować nielegalne przekroczenie granicy jako przestępstwo, a nie wykroczenie, oskarżonemu należy udowodnić fakt przekroczenia granicy „we współdziałaniu z innymi osobami”. W tym miejscu właśnie pojawiają się wątpliwości teoretyczne, o których pisaliśmy wyżej. Poza nimi jednak lektura akt nasuwa pewne zastrzeżenia co do sposobu stosowania tego przepisu w praktyce. Jeżeli to fakt współdziałania przy nielegalnym przekroczeniu granicy powoduje, że mamy do czynienia nie z wykroczeniem z art. 49a k.w., a z przestępstwem, to okoliczność owego „współdziałania” wymaga udowodnienia w sądzie. Naszym zdaniem bez udowodnienia tej okoliczności w ogóle nie można mówić o popełnieniu przestępstwa. Tymczasem w żadnym z analizowanych stanów faktycznych Straż Graniczna nie podjęła próby udowodnienia okoliczności współpracy, jako wystarczającą przesłankę przyjmując grupowe przekroczenie granicy. Jak wspominaliśmy powyżej, w niektórych sprawach kwestia ta wydaje się wątpliwa. W przypadku badanych przez nas spraw należy stwierdzić, że w kilku z nich udowodnienie współpracy byłoby właściwie niemożliwe, nawet gdyby ktoś zadał sobie trud przeprowadzenia takiego dowodu. Miało to miejsce np. wtedy, gdy dwoje Wietnamczyków (znających się dość pobieżnie) zostało dostarczonych w pobliże granicy polskiej i zostawionych na stacji benzynowej, na której położyli się pod naczępą tira i usiłowali w ten sposób przekroczyć granicę. Trudno także uznać za współpracę przekroczenie granicy przez osiem osób, które połączył jedynie fakt korzystania z usług tego samego przemytnika. Grupa składała się z siedmiu Wietnamczyków i jednego obywatela Afganistanu, więc osoby te zapewne nie były w stanie w ogóle porozumieć się w efektywny sposób. Wątpliwości nasuwały się także w sytuacji, gdy przekroczenie granicy polskiej odbywało się samochodem prowadzonym przez obywatela Unii Europejskiej. Pasażerowie pochodzili co prawda z tego samego kraju i wykupili tę samą usługę polegającą na transporcie w głąb Unii, ale niekoniecznie się znali. Postawienie im zarzutu współpracy byłoby równoznaczne z twierdzeniem, że wszyscy pasażerowie pociągu relacji Kraków–Warszawa współpracują ze sobą, ponieważ w danej chwili korzystają z tego samego środka transportu, który wiezie ich w tym samym kierunku zgodnie z umową zawartą przez nich z przewoźnikiem. W tym kazusie nie wiemy także, czy przekraczający

⁷⁶ E. Pływaczewski, *XIII Kongres Organizacji Narodów Zjednoczonych nt. „Zapobieganie przestępczości i sprawiedliwość karna” (Doha, Katar, 12–19 kwietnia 2015 r.)*, „Prokuratura i Prawo” 2015, nr 11, s. 180–181.

polską granicę współpracowali z jedną czy kilkoma osobami. W aktach sprawy jako osoba ułatwiająca przekroczenie granicy pojawiał się jedynie kierowca samochodu.

5. Celowość penalizacji nielegalnego przekraczania granicy wspólnie z innymi osobami

Artykuł 264 § 2 k.k. w intencji ustawodawcy penalizuje przekroczenie granicy w szczególnych, bardziej obciążających dla sprawcy okolicznościach. Organy ścigania, m.in. Straż Graniczna czy prokuratura, mogą być zdeterminowane, by w przypadkach zorganizowanego przetrwania cudzoziemców przez granicę twierdzić, że przestępstwo zostało popełnione nie tylko przez organizatorów tego procederu, lecz także przez osoby przekraczające granicę. Może za tym stać chęć wykazania się odpowiednią liczbą ujawnionych i wykrytych przestępstw, gdyż nielegalne przekroczenie granicy jest jednym z tych czynów, które mają wysoką wykrywalność, na ogół bowiem w chwili ujawnienia przestępstwa jednocześnie zatrzymywany jest jego sprawca. Innym powodem karalności może być chęć zastosowania idei prewencji generalnej. Surowa kara teoretycznie może powstrzymać przed popełnianiem podobnych przestępstw innych potencjalnych sprawców, pod warunkiem że będą oni świadomi stosowania przez dane państwo tego rodzaju polityki i nie wystąpią inne czynniki (tzw. *push factors*⁷⁷), które przeważą nad obawą przed ukaraniem. Ukaranie sprawców to także wprowadzenie w życie idei prewencji indywidualnej, skazanie za popełnienie przestępstwa może bowiem wpłynąć w przyszłości na odmowę wydania wizy przy próbie legalnego wjazdu do Polski. Wszystkie te argumenty wydają się jednak nieadekwatne, jeśli na sprawę spojrzymy z punktu widzenia racjonalnej polityki kryminalnej i kosztów prowadzenia postępowania.

Surowość i nieuchronność kary powinny mieć efekt odstraszący i zniechęcać potencjalnych sprawców do próby popełnienia przestępstwa. Tymczasem specyficzna sytuacja, w której znajdują się migranci usiłujący nielegalnie przedostać się do Polski, stawia pod znakiem zapytania racjonalność orzekania wobec nich kar. Nielegalne przekroczenie granicy we współdziałaniu z innymi osobami zagrożone jest karą pozbawienia wolności do lat trzech. Za wykroczenie polegające na nielegalnym przekroczeniu granicy grozi kara grzywny. Cudzoziemiec przebywający na terenie Rzeczypospolitej Polskiej bez ważnych dokumentów legalizujących ten pobyt lub który nielegalnie przekroczył polską granicę, zostaje odesłany do kraju pochodzenia, na ogół na koszt budżetu państwa⁷⁸. Procedurę tę może poprzedzić

⁷⁷ Czynniki wypychające migranta z kraju pochodzenia (*push factors*) i przyciągające go do kraju migracji (*pull factors*) są opisywane przez badaczy migracji. Mają one nierzadko większe znaczenie niż polityka migracyjna danego państwa – zob. np. M. Duszczyk, *Polska polityka imigracyjna a rynek pracy*, Aspra, Warszawa 2012, s. 52–54.

⁷⁸ Teoretycznie na podstawie art. 337 i 338 ustawy o cudzoziemcach (Dz.U. z 2013 r., poz. 1650) wszelkimi kosztami związanymi z postępowaniem wydaleniovym można obciążyć cudzoziemca. Egzekwowanie tych kwot jest jednak trudne z uwagi na niewielką ilość pieniędzy, które cudzoziemcy przywożą ze sobą do Polski, a ponadto zobowiązanie to przedawnia się po upływie pięciu lat.

umieszczenie takiej osoby w strzeżonym ośrodku dla cudzoziemców. Cudzoziemiec taki zatem, wyłącznie z racji nielegalnego pobytu na terytorium Polski, zostaje pozbawiony wolności, a w interesie państwa jest jak najszybsze odesłanie go do kraju pochodzenia, by nie ponosić kosztów jego dalszego utrzymywania w detencji.

O nieefektywności działania polskiego wymiaru sprawiedliwości świadczy kilka analizowanych przez autorów w badaniach spraw, które zostały zakończono wyrokami skazującymi. Sprawcy występowali w nich o dobrowolne poddanie się karze, a sądy orzekały wobec nich kary sześciu miesięcy pozbawienia wolności w zawieszeniu na dwa lub trzy lata. W jednym przypadku – małoletniego sprawcy – orzeczono wobec niego także dozór kuratora.

Spostrzeżenia z badań jakościowych znajdują potwierdzenie w statystykach sądowych dotyczących wymiaru kary. Samoistna kara grzywny wobec cudzoziemców, będących sprawcami przestępstwa z art. 264 § 2 k.k., orzekana jest sporadycznie, a na dodatek do 2013 r. istniała niezrozumiała praktyka stosunkowo częstego zawieszania jej wykonania (nawet w prawie połowie przypadków, jak w 2013 r.). Ponadto kwoty orzekanych wobec migrantów grzywien były dość niskie – średnio połowa z nich nie przekraczała 1500 zł (w 2013 r. było to aż dwie trzecie, a w 2010 r. – trzy czwarte orzeczonych grzywien). Karą dominującą za popełnienie tego typu przestępstwa pozostawała kara pozbawienia wolności, jednak fakt, że niemal zawsze była ona orzekana z zawieszeniem jej wykonania, prowokuje do zapytania o jakikolwiek sens wydawania takich wyroków (tab. 4). Ciekawy jest także fakt, że w latach 2010–2013 wymiar orzekanej kary pozbawienia wolności za to przestępstwo w zdecydowanej większości przypadków nie przekraczał sześciu miesięcy (np. w 2010 r. było to 83% kar pozbawienia wolności, w 2011 r. – 76%, w 2012 r. – 87%, a w 2013 r. – 90%). Tymczasem w 2014 r. z niewiadomych przyczyn doszło do gwałtownego zaostżenia wymiaru orzekanych kar, gdyż kary do sześciu miesięcy stanowiły zaledwie 63% orzeczonych kar pozbawienia wolności. Oczywiście kary te są prawie zawsze warunkowo zawieszane, więc ich wysokość *de facto* nie ma wielkiego znaczenia dla sprawców, pozostaje jednak pytanie, z czego wynikało podwyższenie surowości orzekanych przez sędziów kar. Ponieważ większość tych postępowań prowadzona jest na podstawie przepisów o dobrowolnym poddaniu się karze przez sprawców, zapewne to organy ścigania, sporządzające te dokumenty, zaczęły wnioskować o wyższy wymiar kary.

Warto się zastanowić nad sensownością opisanego wyżej sposobu karania sprawców przestępstwa nielegalnego przekroczenia granicy. W bardzo wielu przypadkach bowiem skazywani migranci i tak są osadzeni w strzeżonych ośrodkach dla cudzoziemców i tam oczekują na wydalenie. Wymierzanie im zatem kary pozbawienia wolności w zawieszeniu nie ma głębszego sensu, ponieważ gdyby sprawcy powtórnie usiłowali nielegalnie przekroczyć granicę i zostali przy tym zatrzymani, ewentualne podjęcie wykonania zawieszanej uprzednio kary jest dla nich bez znaczenia, albowiem zgodnie z procedurami i tak po zatrzymaniu zostaną uprzednio

pozbawieni wolności i osadzeni w placówce detencyjnej Straży Granicznej, w której będą oczekiwali na kolejne wydalenie z Polski.

Tabela 4. Struktura kar orzeczonych wobec cudzoziemców sprawców przestępstwa z art. 264 § 2 k.k. w latach 2010–2014⁷⁹

Rok	Liczba skazanych osób ogółem	Liczba osób skazanych na karę grzywny	W tym z warunkowym zawieszeniem jej wykonania	Odsetki	Liczba osób skazanych na karę pozbawienia wolności	W tym z warunkowym zawieszeniem jej wykonania	Odsetki
2010	953	97	32	32,99	845	834	98,70
2011	544	69	18	26,09	474	474	100,00
2012	784	145	26	17,93	638	636	99,69
2013	618	61	28	45,90	555	554	99,82
2014	571	74	7	9,46	495	494	99,80
Razem	3470	446	111	24,89	3007	2992	99,50

Na niecelowość stosowania kary pozbawienia wolności w stosunku do cudzoziemców, których pobyt na terytorium państw Unii Europejskiej jest nielegalny, zwraca także uwagę w swoich wyrokach Trybunał Sprawiedliwości UE (TSUE). W wyroku w sprawie *El Dridi*⁸⁰ Trybunał uznał za sprzeczne z prawem wspólnotowym włoskie uregulowania, które przewidywały wymierzenie przebywającemu nielegalnie obywatelowi państwa trzeciego kary pozbawienia wolności wyłącznie z tego względu, że przebywał on bez uzasadnionego powodu na terytorium tego państwa, z naruszeniem nakazu opuszczenia go w określonym terminie. TSUE uznał pozbawienie wolności takiego cudzoziemca za sprzeczne z art. 15 i 16 tzw. dyrektywy powrotowej⁸¹, zgodnie z którą cudzoziemca przebywającego bez ważnych dokumentów pobytowych na terenie któregośkolwiek z państw członkowskich należy jak najszybciej wydalić z terytorium UE. Stanowisko to Trybunał powtórzył w wyroku Wielkiej Izby w sprawie *Achughbabian*⁸². Rozważania te uzupełnia wyrok w sprawie *Celaj*⁸³ z 1 października 2015 r., który precyzuje, że państwa członkowskie mogą przewidzieć karę pozbawienia wolności wobec obywatela państwa trzeciego nielegalnie przebywającego na ich terytorium w sytuacji, gdy cudzoziemiec

⁷⁹ Dane otrzymane przez Zakład Kryminologii INP PAN z Wydziału Statystycznej Informacji Zarządczej Ministerstwa Sprawiedliwości, opracowanie własne.

⁸⁰ Sygn. C-6/11 PPU, opublikowany w: „Zbiór Orzeczeń” 2011 I-03015.

⁸¹ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/115/WE z dnia 16 grudnia 2008 r. w sprawie wspólnych norm i procedur stosowanych przez państwa członkowskie w odniesieniu do powrotów nielegalnie przebywających obywateli państw trzecich (Dz.U. L 348, s. 98).

⁸² Sygn. C329/11, opublikowany w: „Zbiór Orzeczeń” 2011 I-12695.

⁸³ Sygn. C290/14, niepublikowany.

ten po uprzednim powrocie (lub odesłaniu) do państwa pochodzenia w ramach wcześniejszego postępowania w sprawie powrotu ponownie nielegalnie wjedzie na terytorium państwa członkowskiego z naruszeniem zakazu wjazdu.

Wątpliwości budzi również sposób prowadzenia postępowania karnego i orzekania kar pozbawienia wolności w stosunku do migrantów nielegalnie przekraczających granicę w zakresie zagwarantowania im prawa do uczciwego procesu. Do 2003 r. oskarżony, który nie władał językiem polskim, obligatoryjnie musiał mieć obrońcę⁸⁴. Obecnie osobie takiej przysługuje wyłącznie wsparcie tłumacza (art. 72 § 1 k.p.k.). W badanych przez nas sprawach wszystkie wyroki zapadły w trybie dobrowolnego poddania się karze. Pojawia się tu kolejny problem: czy rzeczywiście słabo lub średnio wykształcony cudzoziemiec z innego kręgu kulturowego jest w stanie zrozumieć istotę instytucji dobrowolnego poddania się karze i czy jego deklaracja w tym zakresie powinna być w ogóle uznana za skuteczną?

Badania prowadzone przez Witolda Klause⁸⁵ z ofiarami handlu ludźmi, z których wiele zostało zatrzymanych w związku z nielegalnym przekroczeniem granicy lub nieudokumentowanym pobytem, wskazują, że w postępowaniu przygotowawczym nikt nawet nie stara się wyjaśnić cudzoziemcom ich praw. Jeden z nich tak to zapamiętał: *Bardzo mało wiedziałem. Nie wiedziałem, o co chodzi. Nie powiedziano mi, jakie mam prawa. No i zrozumiałem, że jestem przestępcą.* W badaniach tych wiele osób opowiadało o zmuszeniu ich do podpisania dokumentów, które były sporządzone po polsku i których znaczenia nie rozumieli: *Każda z nas dostała kartkę papieru i zbrali nasze podpisy na osobnych kartkach. Ten dokument był napisany po polsku. Zanim przyjechał tłumacz, podpisałyśmy to.* Inna osoba dodawała: *Były sytuacje, kiedy nie było tłumacza, a trzeba było się podpisać. (...) dostałem jakiś dokument po polsku, coś do podpisania, potem przez telefon ktoś mi ten dokument przetłumaczył. I miałem się pod nim podpisać.* Jedna ze spraw, w której cudzoziemki podpisały dokumenty, gdzie oświadczyły, że dobrowolnie poddają się karze i rezygnują z obecności adwokata, tak została skomentowana: *Jeden z tych dokumentów zawierał stwierdzenie, że złamałyśmy polskie prawo, przekraczając nielegalnie granicę, i że kara wynosi dwa lata więzienia w Polsce. Ale dostałyśmy specjalne warunki i nasza kara została zredukowana do dwóch dni⁸⁶.* (...) Kiedy usłyszałam „dwa

⁸⁴ Przepis art. 79 § 1 pkt 4 kodeksu postępowania karnego został uchylony ustawą z dnia 10 stycznia 2003 r. (Dz.U. Nr 17, poz. 155), która weszła w życie 1 lipca 2003 r.

⁸⁵ Badania zostały zrealizowane w Zakładzie Kryminologii INP PAN w ramach projektu „SIC – Modułowy wielozadaniowy System Identyfikacji Cudzoziemców wraz z modułem analizy ryzyka ofiar przestępstw handlu ludźmi” finansowanego przez Narodowe Centrum Badań i Rozwoju (nr projektu DOBR-BIO4/055/13127/2013). W ramach badania przeprowadzono 14 wywiadów pogłębionych z ofiarami handlu ludźmi. Prezentowane cytaty pochodzą od ich respondentów. Więcej w: W. Klaus, *Doświadczenia pokrzywdzonych przestępstwem handlu ludźmi w kontakcie z organami ścigania*, Warszawa 2015, niepublikowany raport z badań w posiadaniu autorów.

⁸⁶ Badana odnosi się tu do czasu, jaki spędziła zamknięta w pomieszczeniu zatrzymań, kiedy prowadzono w stosunku do niej (i innych cudzożemek razem z nią zatrzymanych) czynności rozpoznawcze.

lata więzienia”, to bardzo się przestraszyłam. Inna cudzoziemka mówiła podobnie: *Niejasno pamiętam, że pytało nas, czy przyznajemy, że popełniłyśmy przestępstwo, przekraczając granicę.* Przykłady te pokazują nadużywanie instytucji dobrowolnego poddania się karze w stosunku do cudzoziemców.

Podjmując postępowanie karne, Rzeczpospolita Polska ponosi także koszt jego prowadzenia. W przypadku uznania czynu za wykroczenie w stosunku do cudzoziemców i tak zostałoby wszczęte postępowanie wydalenkowe, a samo nielegalne przekroczenie granicy mogłoby zostać ukarane mandatem, który zapewne byłby łatwiejszy do wyegzekwowania, cudzoziemcy bowiem na ogół mają przy sobie pewną sumę pieniędzy. Nie byłoby jednak konieczności prowadzenia całego postępowania karnego w stosunku do osoby, która i tak wkrótce zostanie wydalona z Polski, a egzekucja w stosunku do niej kary jest właściwie wbrew interesom RP (nie mówiąc już o tym, że kary te nie są egzekwowane także z tego powodu, iż zostały orzeczone z zawieszeniem ich wykonania).

Jeśli zastanowić się nad ostatnim argumentem prewencyjnym, dotyczącym ewentualnej podstawy odmowy wydania wjazdu do Polski w przypadku skazania za przestępstwo nielegalnego przekroczenia granicy, to także wydaje się on nieadekwatny. Większość osób, które nielegalnie przekraczają granicę RP, to obywatele państw sąsiadujących, mający możliwość dość łatwego uzyskania wizy. Jeżeli jej nie mają, wynika to albo z pewnego rodzaju niefrasobliwości, albo z faktu, że nie uzyskali jej w związku z wcześniejszymi przewinieniami. Dla tej grupy osób pozbawienie możliwości uzyskania wizy nie będzie miało żadnego znaczenia przy podejmowaniu decyzji o popełnieniu czynu zabronionego. Jeżeli zaś chodzi o obywateli państw dalszych, takich jak Wietnam, to doskonale zdają oni sobie sprawę z tego, że ich szanse na uzyskanie legalnych dokumentów wjazdowych są nikłe. Gdyby było inaczej, Wietnamczycy korzystaliby chętnie z możliwości, jakie Polska daje Ukraińcom, Białorusinom czy Rosjanom. Nielegalne przedostanie się na terytorium RP lub jego usiłowanie (wszystko jedno, czy w formie wykroczenia, czy przestępstwa) skutkuje wydaniem w stosunku do przekraczającego decyzji o zobowiązaniu cudzoziemca do powrotu wraz z orzeczeniem o zakazie ponownego wjazdu na terytorium RP lub na terytorium RP i innych państw strefy Schengen (art. 315 i 318 ustawy o cudzoziemcach). Cel, jakim miałyby być uniemożliwienie w przyszłości uzyskania wizy wjazdowej do Polski osobie, która nielegalnie przedostała się (lub usiłowała się przedostać) na teren RP, jest obligatoryjnie realizowany przez przepisy administracyjne i nie ma konieczności angażowania przepisów prawa karnego dla jego osiągnięcia.

6. Podsumowanie

Analiza historyczna kwestii nielegalnego przekroczenia granicy państwowej pokazuje, że instrumenty reakcji prawnokarnej są charakterystyczne raczej dla państw totalitarnych niż demokratycznych. W przypadku Polski zdecydowanie w cią-

gu ostatnich dekad uległ zmianie cel ochrony granicy. Do końca lat osiemdziesiątych XX w. starano się nie wypuszczać z kraju własnych obywateli, obecnie zaś system kontroli granicy skoncentrowany jest na niewpuszczaniu do Polski obywateli państw trzecich. Problem migracji, ucieczek przed prześladowaniem, wojną, ubóstwem i szukaniem bezpieczeństwa czy po prostu wyższego standardu życia w państwach Unii Europejskiej stał się dziś niezwykle aktualny. Oczywiście jest, że państwo polskie w imię swoich interesów stara się, by napływ migrantów był legalny i kontrolowany. Naszą wątpliwość budzi jednak wykorzystywanie w tym celu instrumentów prawa karnego⁸⁷.

Przede wszystkim wyraźną intencją ustawodawcy, wyrażoną w nowelizacji kodeksu karnego z 2005 r., było odstąpienie od nadmiernej reakcji prawnokarnej za czyn polegający na nielegalnym przekroczeniu granicy i w tym celu art. 264 § 1 k.k. w typie podstawowym został on zamieniony na wykroczenie. Ów zamiar ustawodawcy nie został jednak zrealizowany w praktyce działań Straży Granicznej, prokuratury czy sądów. Straż Graniczna częściej niż przed 2005 r. dopatruje się w przypadkach nielegalnego przekroczenia granicy dodatkowych okoliczności obciążających sprawców, co prowadzi do zakwalifikowania ich czynu jako przestępstwa, a nie wykroczenia. Sądy natomiast dość bezrefleksyjnie przyjmują te ustalenia i nie zmieniają kwalifikacji prawnej czynów oraz wymierzają sprawcom kary. O ile stwierdzenie wykroczenia jest proste i nie wymaga skomplikowanych czynności dowodowych, o tyle stwierdzenie przestępstwa w państwie prawa powinno być prawidłowo udowodnione. W przypadku omawianych przez nas przepisów zastosowanie art. 264 § 2 k.k. wymaga nie tylko przeprowadzenia dowodu na okoliczność, że fakt przekroczenia granicy miał miejsce, lecz także udowodnienia okoliczności, które powodują, że formalnie mamy do czynienia z przestępstwem, a nie wykroczeniem. W prawidłowo i uczciwie prowadzonym postępowaniu udowodnienia wymagają takie okoliczności, jak stosowanie przez sprawcę groźby, przemocy, podstępny czy świadomej współpracy z innymi osobami (co najmniej dwiema) podczas popełnienia czynu, jak również fakt umyślności jego dokonania i działania sprawcy w zamiarze bezpośrednim. Sąd powinien także stwierdzić, czy nie zachodzą okoliczności wyłączające bezprawność czynu, np. czy oskarżony nie jest ofiarą handlu ludźmi. Kwestie te nie zawsze są jasne, jak staraliśmy się pokazać na przykładach, a w co najmniej kilku analizowanych przez nas sprawach w aktach nie było wystarczającego materiału, który pozwalałby przyjąć, że sąd istotnie dysponował wiedzą, iż owe dodatkowe okoliczności, statuujące istnienie przestępstwa z art. 264 § 2 k.k., rzeczywiście wystąpiły. Sprawy o nielegalne przekroczenie granicy były na ogół rozpatrywane w trybie dobrowolnego poddania się karze, co jednak w sytuacji,

⁸⁷ Niestety coraz większa liczba państw korzysta z różnego rodzaju instrumentów prawa karnego w celu przeciwdziałania lub ograniczania migracji – zob. np. A. Aliverti, *Crimes of Mobility. Criminal Law and the Regulation of Immigration*, Routledge, London–New York 2013; J. Stumpf, *The Crimmigration Crisis: Immigrants, Crime, and Sovereign Power*, „American University Law Review” 2006, nr 56(2).

w jakiej znajdują się oskarżeni (będący cudzoziemcami w obcym im kulturowo kraju, mający na ogół niskie wykształcenie, nieznający języka polskiego i niekorzystający z pomocy tłumacza) rodzi pytanie o prawną skuteczność czynności, jaką było oświadczenie o dobrowolnym poddaniu się karze.

I wreszcie ostatnia kwestia. Kary, które można nałożyć na sprawcę przestępstwa nielegalnego przekroczenia granicy, w większości wypadków nie odgrywają żadnej roli. Nie można tu mówić o odwecie (bo to w ogóle nie jest czyn, który budziłby jakiegokolwiek emocje społeczne i odwetu wymagał), nie można też mówić o resocjalizacji sprawcy (ponieważ z jednej strony trudno fakt przekroczenia granicy traktować jako wykraczający poza fundamentalne wartości społeczeństwa, z drugiej zaś sprawca jest cudzoziemcem, a w interesie państwa polskiego nie jest przywrócenie go do społeczeństwa, a wydalenie z terytorium RP). Wreszcie chybiony wydaje się argument o prewencyjnej roli kary, ponieważ – jak wykazaliśmy powyżej – doskonale służy temu reakcja administracyjna (w postaci praktyki stosowania detencji oraz instytucji wydalenia i zakazu wjazdu na terytorium RP), która jest w pełni wystarczająca, szczególnie jeśli powiązana byłaby z odpowiedzialnością wykroczeniową. W związku z powyższym, w naszym przekonaniu, uzasadniona wydaje się rekomendacja, by odstąpić od tak częstego stosowania art. 264 § 2 k.k., na rzecz prowadzenia postępowania wykroczeniowego w sprawach związanych z nielegalnym przekraczaniem granicy.