

Małgorzata Trybus

Uniwersytet Rzeszowski

ORCID: 0000-0002-3053-3145

Nielegalne przekroczenie granicy – aspekty prawnokarne

Wprowadzenie

Migracje ludności występują praktycznie od zarania dziejów. Jak podkreśla A. Michałowski z Instytutu Prahistorii (IP) UAM w Poznaniu, niezwykła mobilność grup ludzkich wpisana jest w ludzką naturę. „To zacięcie podróźnicze, odziedziczone zapewne po pierwszym przemierzającym świat przodka, którym był *homo erectus*, tworzy tak naprawdę całą historię ludzkości, poczynając od momentu wykształcenia się naszego gatunku około 200 tysięcy lat temu w Afryce po czasy nam współczesne, kiedy obserwujemy kolejne wielkie exodusy początków XX wieku”¹. Przyczyny migracji jednostek pozostają niezmiennie. Przykładowo P. Majer wskazuje, iż na terenach odradzającej się II Rzeczypospolitej do wielomilionowego polskiego wychodźstwa przyczyniły się uwarunkowania polityczne, ekonomiczne oraz działania wojenne². Natomiast późniejsze migracje były powodowane głównie czynnikami ekonomicznymi, w tym następstwami wielkiego kryzysu gospodarczego³. O ile migracja legalna wiąże się z szeregiem pozytywnych efektów, to nielegalna migracja stanowi poważny problem. Obecnie obok migracji ekonomicznej doszło do wzrostu migracji uchodźczej. Zjawisko to, jak obserwujemy w dzisiejszej rzeczywistości, przybiera, szczególnie w Europie traktowanej jako obszar wyjątkowo atrakcyjny ekonomicznie, coraz większe rozmiary. Na taki stan rzeczy złożyło się wiele przyczyn, wśród których można wymienić konflikty zbrojne na świecie, przykładowo wojnę na Bliskim Wschodzie zapoczątkowaną w 2001 r., wojnę domową w Syrii, czy też konflikt polityczno-militarny na Ukrainie w latach 2014–2015. Według Fron-

¹ <http://naukawpolsce.pap.pl/aktualnosci/news,408368,migracje-ludnosci-sprzed-1500-lat-wplynely-na-kształt-współczesnej-europy.html> (data dostępu: 09.02.2016 r.).

² P. Majer, *Struktura, zadania i prawne podstawy działalności aparatu państwowego II RP do spraw repatriacji, reemigracji i emigracji*, „Studia Prawnoustrojowe” 2015, nr 27, s. 165.

³ *Ibidem*, s.178.

texu (Europejskiej Agencji Zarządzania Współpracą Operacyjną na Zewnętrznych Granicach Państw Członkowskich Unii Europejskiej) w 2014 r. wykryto 280 000 ludzi przekraczających nielegalnie granice UE, tj. dwa razy tyle co w rekordowym 2011 r., kiedy wykryto 140 000 ludzi⁴. W 2015 r. liczba ta wzrosła. Na granicach zewnętrznych UE wykryto ponad 1,83 miliona nielegalnych przekroczeń granic⁵. Obecnie 2015 r. traktowany jest jako ten, w którym nastąpił szczyt migracji. Jak wynika z raportu „Risk Analysis for 2019” Frontexu, w 2018 r. liczba wykrytych przypadków nielegalnego przekroczenia granicy osiągnęła najniższy poziom od pięciu lat, ale presja migracyjna pozostała stosunkowo wysoka na granicach zewnętrznych UE⁶.

Oczywistym jest, że niekontrolowany napływ ludności na terytorium UE, głównie z krajów Afryki, Azji i Bliskiego Wschodu, wymaga od państw członkowskich UE/strefy Schengen stałej współpracy, zarówno na szczeblu międzynarodowym, jak i na poziomie krajowym. Jeżeli mówimy o polskich realiach, to według danych Komendy Głównej Straży Granicznej w 2019 r. liczba cudzoziemców zatrzymanych/ujawnionych za przekroczenie granicy państwowej RP wbrew przepisom ustawy wyniosła 5188 osób. W tym 2164 osoby to cudzoziemcy zatrzymani na granicy zewnętrznej UE, natomiast na granicy wewnętrznej UE liczba zatrzymanych/ujawnionych cudzoziemców wyniosła 3024⁷.

Nielegalna migracja zazwyczaj jest określana jako wjazd lub pobyt cudzoziemca na terytorium danego państwa z naruszeniem przepisów tego państwa, dotyczących przyjmowania cudzoziemców⁸. Wjazd na terytorium danego państwa obejmuje przypadki nielegalnego przedostania się na to terytorium drogą powietrzną, morską lub lądową, przy użyciu sfalszowanych dokumentów lub z pomocą zorganizowanych grup przestępczych. Z kolei nielegalny pobyt cudzoziemca na terytorium danego państwa może być związany z odmową udzielenia azylu lub z wygaśnięciem wizy i bezprawnym przedłużaniem pobytu. Ochrona granicy państwowej mieści się w kompetencjach danego państwa. W świetle prawa polskiego, za ochronę granicy państwowej na lądzie i na morzu oraz za kontrolę ruchu granicznego odpowiada minister właściwy do spraw wewnętrznych. W przestrzeni powietrznej Rzeczypospolitej Polskiej za ochronę granicy państwowej odpowiada Minister Obrony Na-

⁴ http://frontex.europa.eu/assets/About_Frontex/Governance_documents/Annual_report/2014/General_Report_PL.pdf (data dostępu: 24.09.2015 r.).

⁵ http://www.danieleviotti.eu/public/uploads/2016/02/20160217_MFF_Migration-Policies_Rev4-with-cover.pdf (data dostępu: 10.02.2020 r.).

⁶ https://frontex.europa.eu/assets/Publications/Risk_Analysis/Risk_Analysis/Risk_Analysis_for_2019.pdf (data dostępu: 26.09.2019).

⁷ <https://www.strazgraniczna.pl/pl/granica/statystyki-sg/2206,Statystyki-SG.html> (data dostępu: 12.02.2020)

⁸ *Praktyczne aspekty zmniejszania skali nielegalnej migracji w Polsce. Raport krajowy za lata 2004–2010*, Warszawa 2010, s. 8–9.

rodowej⁹. Nielegalny pobyt może być poprzedzony legalnym lub nielegalnym wjazdem. W prawodawstwie europejskim brak jest aktu prawnego nakazującego wprowadzenie w państwach członkowskich karalności nielegalnego przekroczenia granicy. Zachowanie takie jest jednak penalizowane praktycznie we wszystkich państwach UE¹⁰. Również polski ustawodawca, w art. 264 Kodeksu karnego¹¹ oraz w art. 49a Kodeksu wykroczeń¹², przewidział odpowiedzialność za przekroczenie granicy Rzeczypospolitej Polskiej wbrew przepisom ustawy.

Nielegalne przekroczenie granicy RP – charakterystyka przestępstwa

Podkreślić należy, że art. 264 k.k. w brzmieniu obowiązującym nie statuuje odpowiedzialności karnej za tak zwane zwykle nielegalne przekroczenie granicy Rzeczypospolitej Polskiej. Od 24 sierpnia 2005 r. czyn ten stanowi wykroczenie określone w art. 49a k.w.¹³ (w pierwotnym brzmieniu § 1 art. 264 k.k.¹⁴). Aktualnie art. 264 k.k. znajduje zastosowanie w przypadku, gdy do przekroczenia granicy wbrew przepisom dochodzi przy użyciu przemocy, groźby, podstępów lub we współdziałaniu z innymi osobami – art. 264 § 2 k.k.¹⁵. Natomiast w § 3 tegoż artykułu przewidziano odpowiedzialność za organizowanie innym osobom nielegalnego przekroczenia granicy.

Decyzja ustawodawcy o depenalizacji częściowej czynu zabronionego, określonego w art. 264§1 k.k., w pierwotnym brzmieniu służyć miała racjonalizacji ścigania oraz skutecznej realizacji zasady nieuchronności kary¹⁶.

⁹ Por. art. 7 ust. 1 i 2 ustawy z 12 października 1990 r. o ochronie granicy państwowej (Dz.U. z 2019 r., poz. 1776 tj.).

¹⁰ Por. M. Perkowska, *Nielegalna migracja w Europie – aspekty prawne i kryminologiczne*, „TeKa Komisji Politologii i Stosunków Międzynarodowych – OL PAN” 2017, 12/3, s. 61.

¹¹ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. z 2019 r., poz. 1950 t.j.). Wśród przepisów Kodeksu karnego służących przeciwdziałaniu zjawisku nielegalnej migracji wymienić należy również art. 264a k.k., przewidujący odpowiedzialność za umożliwianie lub ułatwianie innej osobie pobytu na terytorium RP wbrew przepisom oraz art. 275 k.k., zakazujący posługiwania się dokumentem stwierdzającym tożsamość innej osoby oraz jego kradzieży i przywłaszczenia.

¹² Ustawa z dnia 20 maja 1971 r. – Kodeks wykroczeń (Dz.U. z 2019 r., poz. 821 t.j.).

¹³ Art. 49a k.w. dodany przez art. 3 ustawy z dnia 22 kwietnia 2005 r. o zmianie ustawy o Straży Granicznej oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 90, poz. 757 ze zm.).

¹⁴ Przepis ten został uchylony przez art. 6 lit. a ustawy 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 ze zm.).

¹⁵ Treść tego przepisu została zmieniona na podstawie art. 6 lit. b ustawy 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 ze zm.), w związku ze wspomnianą kontrawencjonalizacją.

¹⁶ Uzasadnienie projektu ustawy z 22 kwietnia 2005 r. o zmianie ustawy o Straży Granicznej oraz innych niektórych ustaw (Dz.U. z 2005 r. Nr 90, poz. 757 ze zm.).

Jak wskazano¹⁷ w 2001 r., z ponad 4 tys. wszczętych postępowań przygotowawczych prowadzonych na podstawie art. 264 § 1 k.k. aktem oskarżenia objęto tylko 27% spraw. Sądy najsurowszą z kar przewidzianych za popełnienie przestępstwa z art. 264 § 1 – pozbawienie wolności – bez zawieszenia tej kary, orzekły jedynie w 72 przypadkach.

Przedmiot ochrony

Przypadki nielegalnego przekroczenia granicy państwowej zostały zaliczone przez polskiego ustawodawcę do grupy przestępstw przeciwko porządkowi publicznemu. Dobrem prawnym chronionym na gruncie art. 264 k.k. jest przede wszystkim nienaruszalność granicy państwowej. Przyjmuje się również, że jest nim porządek publiczny, wyrażający się w przestrzeganiu zasad legalnego pobytu cudzoziemców na terytorium Polski¹⁸. Niekiedy jako przedmiot ochrony wskazywana jest granica RP¹⁹, suwerenność państwa²⁰. Nielegalne przekroczenie, do którego zastosowanie znajduje art. 264 § 2 lub 3, może przybierać formę drastyczną (np. użycie przemocy) lub zorganizowaną²¹. Pośrednio przepis ten chroni bezpieczeństwo państwa²² będące stanem, w którym dane państwo jest wolne od zagrożeń wewnętrznych i zewnętrznych. Jak wskazują zwolennicy uznawania bezpieczeństwa państwa za przedmiot ochrony, jest ono gwarantowane przez odpowiedni nadzór nad tym, kto zostaje wpuszczony na terytorium RP oraz kto je opuszcza²³.

¹⁷ Ibidem. Dodatkowo w uzasadnieniu projektu zaakcentowano, że czyn objęty art. 264 § 1 k.k. jest typowym naruszeniem porządku administracyjnego, obejmującym nielegalne przekroczenie granicy, polegające na wyjeździe z terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, jak i na wjeździe na to terytorium. Jak wskazano, ustawodawstwa Republiki Federalnej Niemiec, Republiki Czeskiej i Republiki Słowackiej, czyny mieszczące się w art. 264 § 1 k.k. uznają za wykroczenie. W kontekście akcesji do Unii Europejskiej zasadne jest jednolite traktowanie porównywalnych naruszeń prawa. Zauważyć także należy, że obowiązujące przepisy w szeregu przypadków kwalifikację czynu uzależniają od jego skutków i wagi. Zgodnie z art. 255 k.k. przestępstwem jest publiczne nawoływanie do popełnienia przestępstwa, art. 52a Kodeksu wykroczeń stanowi, że nawoływanie do popełnienia przestępstwa, jeżeli czyn albo jego skutki nie są znaczne, jest wykroczeniem. Art. 278 k.k. oraz art. 119 k.w. uzależniają kwalifikację czynu od wartości jego przedmiotu.

¹⁸ A. Lach, [w:] V. Konarska-Wrzosek (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 1127.

¹⁹ K. Wiak, [w:] A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2019, s. 1310.

²⁰ A. Michalska-Warias, [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Komentarz – art. 222–316*, Warszawa 2017, s. 447.

²¹ Z. Cwiakalski, [w:] W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny, Część szczególna. Tom II. Komentarz do art. 212–277d*, Warszawa 2017, s. 595.

²² Ibidem; A. Herzog [w:] R.A. Stefański (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2015, s. 1656.

²³ W. Klaus, D. Woźniakowska-Fajst, *Przestępstwo nielegalnego przekroczenia granicy w ujęciu historycznym, teoretycznym i praktycznym*, „Archiwum Kryminologii” 2015, t. 37, s. 196.

Warto również podkreślić aspekt wspólnotowy tej ochrony. Kontrola w zakresie ruchu granicznego wpływa nie tylko na utrzymanie porządku publicznego i bezpieczeństwa państwowego, ale także przyczynia się do zapewnienia bezpieczeństwa całej strefy Schengen, w związku z tym, że granice RP na pewnych odcinkach stanowią granice zewnętrzne strefy Schengen.

Podmiot czynu zabronionego

Sprawcą analizowanych przestępstw może być każdy. Nie przewidziano w tym przypadku żadnych ograniczeń. Przestępstwa te należą do przestępstw powszechnych.

Strona podmiotowa czynu zabronionego

Przestępstwa określone w art. 264 § 2 i 3 k.k. cechuje umyślność w postaci zamiaru bezpośredniego. Zachowanie sprawcy przestępstwa z art. 264 § 2 k.k. ukierunkowanie jest na osiągnięcie uświadomionego celu w postaci przekroczenia granicy RP wbrew przepisom. Sprawca chce nielegalnie przekroczyć granicę stosując przemoc, groźbę, podstęp lub we współdziałaniu z innymi osobami. W przypadku przestępstwa z art. 264 § 3 k.k., znamię czasownikowe „organizuje” również przesądza o wystąpieniu zamiaru bezpośredniego u sprawcy. Wydaje się bowiem, że nie można organizować czegoś, nie będąc w pełni tego świadomym.

Strona przedmiotowa czynu zabronionego

W § 2 art. 264 k.k., który stanowi obecnie typ zasadniczy analizowanego przestępstwa, zachowanie sprawcy sprowadza się do nielegalnego „przekroczenia” granicy Rzeczypospolitej Polskiej. Pojęcie „granica RP”, jej przebieg, w tym także na morzu, zostały określone w ustawie z 12 października 1990 r. o ochronie granicy państwowej²⁴. Przyjęto, że granicą Rzeczypospolitej Polskiej „[...] jest powierzchnia pionowa przechodząca przez linię graniczną, oddzielająca terytorium państwa polskiego od terytoriów innych państw i od morza pełnego. Granica państwowa rozgranicza również przestrzeń powietrzną, wody i wnętrze ziemi” (art. 1 ustawy). Przebieg granicy państwowej na lądzie oraz rozgraniczenia morskich wód wewnętrznych i morza terytorialnego z państwami sąsiednimi są określone w umowach międzynarodowych, za-

²⁴ Dz.U. z 2019 r., poz. 1776 t.j.

wartych przez Rzeczpospolitą Polską (art. 2 ustawy). Granica państwowa na morzu przebiega w odległości 12 mil morskich od linii podstawowej, określonej w odrębnych przepisach, lub po zewnętrznej granicy red włączonych do morza terytorialnego (art. 3 ustawy).

Aby przekroczenie granicy odbywało się legalnie, osoba przemieszczająca się przez granicę musi posiadać odpowiednie, określone przez odrębne przepisy dokumenty, uprawniające ją do tego²⁵. Momentem przekroczenia granicy państwowej jest ukończenie przez funkcjonariusza polskiej Straży Granicznej czynności, polegającej na sprawdzeniu ważności i autentyczności dokumentów uprawniających do przekroczenia polskiej granicy państwowej przy równoczesnym ustaleniu tożsamości osoby legitymującej się tymi dokumentami²⁶.

W praktyce nielegalne przekroczenie granicy oznacza przemieszczenie się, z naruszeniem przepisów, przez powierzchnię pionową przechodzącą przez linię graniczną, która oddziela prawnie i fizycznie terytorium Rzeczypospolitej Polskiej od terytorium innych państw (może to być wjazd lub wyjazd z Polski). Co więcej, nie można utożsamiać pojęcia granicy państwowej z terenem przejścia granicznego. Obszar przejścia granicznego stanowi terytorium danego państwa do miejsca, w którym przebiega linia graniczna. Teren przejścia granicznego zalicza się do kategorii drogi krajowej, na której istnieje obowiązek uiszczania opłaty drogowej²⁷. Z nielegalnym przekroczeniem granicy będziemy mieć zatem do czynienia m.in. w sytuacji, gdy ktoś przekracza granicę w miejscu dozwolonym i posiada nieodpowiednie dokumenty lub nie posiada dokumentów w ogóle albo przekracza granicę w miejscu do tego nieprzeznaczonym. Przykładowo w 2016 r. najpowszechniejszą odnotowaną metodą przekraczania granicy państwowej wbrew przepisom (zarówno na kierunku „do”, jak i „z” RP) wśród cudzoziemców było dokonanie lub usiłowanie przekroczenia granicy państwowej na podstawie sfalszowanego dokumentu: 2286 (czyli 33% ogółu przypadków), w tym na podstawie wyłudzonego dokumentu: 1502. Najczęściej chodzi tutaj o przypadki fałszowania paszportów, wiz, zezwoleń na pobyt. Zdarza się również przerabianie stempli potwierdzających odprawę graniczną²⁸. Drugą najpowszechniejszą metodą było przekraczanie granicy bez dokumentów (ujawniono 1391 takich przypadków, czyli 20% ogółu)²⁹.

²⁵ Por. art. 14 ustawy z dnia 12 października 1990 r. o ochronie granicy państwowej (Dz.U. z 2019 r., poz.1776 t.j.).

²⁶ Wyrok SN z dnia 26 lipca 2001 r., VKKN 81/99, LEX nr 51670.

²⁷ Por. wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Lublinie z dnia 2 grudnia 2010 r. III SA/Lu 367/10, LEX nr 757129.

²⁸ Por. M. Perkowska, op. cit., s. 65.

²⁹ <https://archiwumbip.mswia.gov.pl/bip/raport-o-stanie-bezpie/18405,Raport-o-stanie-bezpieczenstwa.html> (data dostępu: 12.10.2017 r.).

Czyn zabroniony określony w art. 264 k.k. może być popełniony tylko przez działanie. Kodeks karny mówi ogólnie o przekraczaniu granicy, nie zawiera żadnego uszczegółowienia odnośnie do formy przekroczenia. Pokonanie linii granicznej może zatem odbywać się praktycznie w każdej formie, przy użyciu dowolnych środków transportu. Może to być przejście, przejechanie, przelot lub przepłynięcie³⁰. Wśród wykorzystywanych środków komunikacji można wymienić przykładowo samochód, rower, pociąg, samolot³¹.

Jak stanowi art. 14 ust. 3 ustawy o ochronie granicy państwowej: „Przekraczanie granicy państwowej stanowiącej granicę wewnętrzną w rozumieniu przepisów kodeksu granicznego Schengen³² następuje na zasadach określonych w kodeksie granicznym Schengen³³.” Warto dodać, że SN w jednym z wyroków odwołując się do postanowień kodeksu granicznego Schengen przyjął, że uprawnienie do przekraczania granic wewnętrznych Unii Europejskiej w każdym miejscu bez odprawy granicznej zwalnia od obowiązku nie tylko legitymowania się przed kimkolwiek dokumentem uprawniającym do przekraczania granicy, ale i od powinności posiadania takiego dokumentu w czasie przekraczania tych granic³⁴. Z kolei w art. 14 ust. 4 tej ustawy przyjęto: „W przypadku tymczasowego przywrócenia lub przedłużenia kontroli granicznej osób na granicy państwowej stanowiącej granicę wewnętrzną w rozumieniu przepisów kodeksu granicznego Schengen do tej kontroli stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące kontroli granicznej na granicy państwowej stanowiącej granicę zewnętrzną w rozumieniu przepisów kodeksu granicznego Schengen³⁵.” Na marginesie warto zaznaczyć, że zgodnie z kodeksem granicznym Schengen, państwo członkowskie może w drodze wyjątku przywrócić kontrolę graniczną na wszystkich lub poszczególnych odcinkach swoich granic wewnętrznych na ograniczony okres, nie dłuższy niż 30 dni, lub na okres przewidywalnego istnienia tego poważnego zagrożenia, jeśli przekracza on 30 dni, w przypadku, gdy na obszarze bez wewnętrznej kontroli granicznej zaistnieje poważne zagrożenie porządku publicznego lub bezpieczeństwa wewnętrznego w danym państwie członkowskim (art. 25 pkt 1 tego kodeksu³⁶). Znaczne przywrócenie kontroli na granicach wewnętrznych

³⁰ Z. Cwiakalski, op. cit., s. 596.

³¹ Por. M. Jachimowicz, *Przestępstwo organizowania nielegalnego przekroczenia granicy RP (art. 264§3 k.k.)*, „Jurysta” 2007, nr. 10, s. 20.

³² Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/399 z 9 marca 2016 r. w sprawie unijnego kodeksu zasad regulujących przepływ osób przez granice (Dz. Urz. (UE) L Nr 77/1 ze zm.).

³³ Art. 14 ust. 3 zmieniony przez art. 3 pkt 3 lit. a ustawy z dnia 9 lipca 2015 r. (Dz.U. z 2015 r., poz. 1336) zmieniającej ustawę o ochronie granicy państwowej z dniem 10 października 2015 r.

³⁴ Wyrok SN z 9 marca 2010 r., V KK 265/09, OSNKW 2010, nr 8, poz. 66.

³⁵ Art. 14 ust. 4 dodany przez art. 3 pkt 3 lit. b ustawy z dnia 9 lipca 2015 r. (Dz.U. z 2015 r., poz. 1336) zmieniającej ustawę o ochronie granicy państwowej z dniem 10 października 2015 r.

³⁶ Szczegółowe uregulowania dotyczące tymczasowego przywracania kontroli na granicach wewnętrznych określone zostały w rozdziale 2 Kodeksu granicznego Schengen.

można było obserwować w 2015 r. Wówczas kontrola została przywrócona w Niemczech, Austrii (od września 2015 r.), Szwecji (od listopada 2015 r.), na Węgrzech (lipiec 2015 r.). Jako przyczynę przywrócenia kontroli w tych krajach wymieniano duży napływ imigrantów. Z kolei we Francji kontrola została przywrócona od listopada 2015 r. z powodu zagrożenia terrorystycznego. W Polsce okresowe przywrócenie kontroli na granicach wewnętrznych związane było m.in. w 2016 r. ze szczytem NATO oraz Światowymi Dniami Młodzieży, w 2018 r. z Konferencją Klimatyczną w Katowicach³⁷.

Jak wskazano, przestępstwem określonym w art. 264 § 2 k.k. jest nie każde nielegalne przekroczenie granicy państwowej, ale tylko takie, które odbywa się przy użyciu przemocy, groźby lub podstępu albo we współdziałaniu z innymi osobami. Znamiona takie jak przemoc, groźba, podstęp, występują również w opisach czynów zabronionych w innych przepisach Kodeksu karnego, np. przemoc, groźba w przypadku przestępstwa rozboju – 280 k.k., kradzieży rozbójniczej – 281 k.k. czy wymuszenia rozbójniczego – 282 k.k., podstęp przy przestępstwie przejęcia kontroli nad statkiem wodnym lub powietrznym – 166 § 1 k.k., przy przestępstwie zgwałcenia – 197 § 1 k.k., współdziałanie z innymi osobami stanowi znamię takich czynów zabronionych, jak czynna napaść na funkcjonariusza publicznego wykonującego obowiązki służbowe – art. 223 k.k., niewykonanie lub odmowa wykonania rozkazu – 343 § 2 k.k.

Przemoc w języku potocznym oznacza siłę przewyższającą czyjąś siłę, fizyczną przewagę wykorzystywaną do czynów bezprawnych dokonywanych na kimś, narzucenie bezprawnie władzy, czyny bezprawne, dokonane z użyciem fizycznego przymusu, gwałt³⁸. Jest to więc środek przymusu stosowany z użyciem siły fizycznej. Przemoc może wiązać się z bezpośrednim oddziaływaniem środkami fizycznymi na dowolną osobę ,np. funkcjonariusza Straży Granicznej lub na rzeczy, np. pokonanie siłą bariery na przejściu granicznym lub innych urządzeń blokujących przejście graniczne. Zawsze wiąże się ona z użyciem siły fizycznej³⁹, co ma służyć w przypadku przedmiotowego przestępstwa przekroczeniu granicy.

Groźba jest również formą przymusu. Termin groźba obejmuje groźbę użycia przemocy (art. 190 k.k.) i groźbę bezprawną zdefiniowaną w art. 115 § 12 k.k. Adresatem groźby może być wyłącznie osoba. Jest to z kolei oddziaływanie na psychikę drugiej osoby, którego celem jest podporządkowanie woli zagrożonego woli sprawcy lub wywołanie u zagrożonego stanu obawy przed spełnieniem groźby. Posłużenie się groźbą będzie zatem zmierzać do wywołania odpowiedniego stanu psychicznego, zastraszenia osób, które mo-

³⁷ https://pl.wikipedia.org/wiki/Uk%C5%82ad_z_Schengen. (data dostępu: 28.09.2019 r.).

³⁸ M. Szymczak (red.), *Słownik języka polskiego*, t. II, Warszawa 1979, s. 986.

³⁹ I. Andrejew, W. Świda, W. Wolter, *Kodeks karny z komentarzem*, Warszawa 1973, s. 486.

głyby uniemożliwić sprawcy nielegalne przekroczenie granicy. Kierowane groźby w formie np. wypowiedzi wywołują u adresata przekonanie, że zostaną spełnione i dojdzie do naruszenia istotnych dla niego dóbr. Mogą one przybierać dowolne formy. Mogą być wyraźne lub dorozumiane, wyrażone za pomocą słowa czy też gestu⁴⁰.

Przez podstęp należy natomiast rozumieć inne działanie niż przemoc lub groźba. W języku potocznym termin ten oznacza posunięcie, wybieg, mające na celu zmylenie, oszukanie kogoś, podejście, fortel⁴¹. Jest to więc zachowanie, mające na celu wprowadzenie w błąd osoby lub wykorzystanie jej błędu⁴² lub jej oszukanie. Podstępem będzie takie zachowanie sprawcy, które doprowadza do podjęcia decyzji opartej na nieprawdziwych podstawach przez osobę, w stosunku do której podstęp został zastosowany, co umożliwi pozornie legalne przekroczenie granicy. Przykładowo będzie to posłużenie się przez osobę odpowiednio ucharakteryzowaną, cudzym dokumentem stwierdzającym tożsamość.

Zachowanie polegające na współdziałaniu z innymi osobami wymaga porozumienia z co najmniej dwoma dalszymi osobami. Oznacza to, że musi dojść do współdziałania co najmniej trzech osób. Jeżeli będziemy mieć do czynienia ze współdziałaniem dwóch osób, to zachowanie takie należy kwalifikować w oparciu o art. 49a k.w.⁴³. Porozumienie oznacza, że sprawca uzgodnił z osobami, z którymi współdziałała, na czym polega ich rola przy nielegalnym przekroczeniu granicy RP. Forma porozumienia może być dowolna. Porozumienie może być zawarte w sposób wyraźny lub dorozumiany. Może być zawarte przed, jak i w trakcie wykonywania czynu zabronionego. Zawierający porozumienie nie muszą znać się bezpośrednio. Ponadto „inne osoby”, o których mowa w ustawie, nie muszą współdziałać ze sobą. Wystarczy, że są zorientowani, że współdziałają ze sprawcą. W świetle orzecznictwa sądowego, pojęcie „przekraczanie granicy wspólnie z innymi osobami” oznacza, że wszystkie osoby wspólnie nielegalnie granicę tę przekraczają, jak i to, że tylko jedna osoba przekracza nielegalnie granicę, a pozostałe jej w tym pomagają, tj. podejmują działania stwarzające ku temu warunki, np. dostarczają dokumenty lub udzielają rad⁴⁴.

Czyn zabroniony opisany w art. 264 § 3 k.k. jest typem kwalifikowanym. Polega na organizowaniu innym osobom, wbrew przepisom ustawy, przekraczania granicy Rzeczypospolitej Polskiej. Przepis ten nie miał odpowiednika w Kodeksie karnym z 1969 r. Wprowadzenie karalności tego rodzaju zachowania było podyktowane koniecznością uzyskania w nowych realiach geopo-

⁴⁰ Por. M. Mozgawa [w:] M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2019, s. 604.

⁴¹ M. Szymczak (red.), op. cit., s. 750.

⁴² Por. A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 564

⁴³ Por. W. Klaus, D. Woźniakowska-Fajst, op. cit., s. 208.

⁴⁴ Por. wyrok SA w Warszawie z dnia 26 stycznia 2016 r. II AKa 387/15, LEX nr 2025493.

litycznych odpowiednich narzędzi do walki ze zorganizowaną przestępczością, związaną m.in. z przemytem ludzi.

Przemyt osób wiąże się z dążeniem do uzyskania korzyści finansowych. Prowadzony na dużą skalę pozwala osiągać duże zyski organizacjom przestępczym trudniącym się tym procederem. Organizacja Narodów Zjednoczonych 15 listopada 2000 r. przyjęła protokół przeciwko przemytowi migrantów drogą lądową, morską i powietrzną, uzupełniający konwencję Narodów Zjednoczonych przeciwko międzynarodowej przestępczości zorganizowanej⁴⁵. W świetle tego protokołu, przemyt migrantów polega na organizowaniu, w celu uzyskania bezpośrednio lub pośrednio, korzyści finansowej lub innej korzyści o charakterze materialnym, nielegalnego wjazdu osoby na terytorium państwa-strony, którego taka osoba nie jest obywatelem lub w którym nie posiada stałego miejsca zamieszkania (art. 3 pkt a protokołu). Obecnie dostrzegane są tendencje uznawania za przemyt ludzi również przypadków ułatwiania bezprawnego wjazdu bez zysku finansowego.

Warto zauważyć, że ustawodawca w § 3 art. 264 k.k. posłużył się ogólnym sformułowaniem „organizowanie” przekroczenia granicy RP wbrew przepisom. Brak jest tutaj wskazania motywów działania takiego sprawcy, ustawa nie precyzuje jaki jest cel osoby organizującej nielegalne przekroczenie granicy. Rozwiązanie to należy uznać za trafne. Przepis ten znajdzie bowiem zastosowanie zarówno w przypadku, gdy wykonanie opisanego zachowania podyktowane było chęcią uzyskania korzyści, jak i w sytuacji, gdy taki cel sprawcy nie przyświecał. W ogóle nie będzie tutaj zachodzić konieczność wykazania, że sprawca działał w celu osiągnięcia korzyści majątkowej. Sprawcą tego przestępstwa może być nawet jedna osoba, pod warunkiem, że „zorganizuje” przekroczenie granicy co najmniej dwóm osobom. Przesądza o tym użyta w art. 264 § 2 k.k. formuła „organizuje innym osobom”. „Organizowanie” oznacza urządzanie, zakładanie, układanie w pewne formy⁴⁶. Z realizacją owej czynności sprawczej będziemy mieć do czynienia w przypadku planowania, przygotowywania, a także koordynowania poszczególnych etapów działań, które mają doprowadzić do przekroczenia granicy RP przez inne osoby⁴⁷. Można stwierdzić, że są to wszelkiego rodzaju działania, których zwieńczeniem ma być przekroczenie granicy. W świetle orzecznictwa sądowego, „organizowanie”, o którym mowa w art. 264 § 3 k.k., nie musi sprowadzać się wyłącznie do starań o zapewnienie samego fizycznego przekroczenia tej granicy wbrew przepisom. Może bowiem polegać również na staraniach o zapewnienie miejsc przechowania dla osób nielegalnie przekraczających granice Rzeczypospolitej Polskiej lub środków przewozu tychże

⁴⁵ M. Szymczak (red.), op. cit., s. 986.

⁴⁶ Ibidem, s. 540.

⁴⁷ K. Wiak, op. cit., s. 1311.

osób do określonych miejsc⁴⁸. Użycie przez ustawodawcę w opisie tego przestępstwa formuły „organizuje innym osobom przekraczanie” wskazuje, że realizacja tej czynności sprawczej obejmuje etap poprzedzający samo przekroczenie granicy⁴⁹. Dochodzi tutaj do przesunięcia odpowiedzialności na chwilę znacznie wcześniejszą niż samo przekroczenie, a dokładniej już na etap przygotowania. W związku z tym, popełnieniem tego przestępstwa będzie podjęcie przez sprawcę czynności mających stworzyć warunki do nielegalnego przekroczenia granicy przez co najmniej dwie osoby⁵⁰. Jako przykłady zachowań realizujących znamię „organizowania” wymienia się sporządzanie planu trasy, zdobywanie odpowiednich dokumentów, zapewnienie miejsc noclegowych, zapewnienie środków transportu, pobieranie opłat od kandydatów do nielegalnego przekroczenia granicy, nabywanie przedmiotów ułatwiających przekroczenie granicy⁵¹. Dla przyjęcia, iż doszło do dokonania czynu zabronionego określonego w art. 264 § 3 k.k., nie musi nastąpić faktyczne przekroczenie granicy przez osoby, którym takie przekroczenie sprawca organizował⁵².

Dla bytu tego przestępstwa nie jest konieczna powtarzalność czynności sprawczej. Już w przypadku jednorazowego organizowania przekraczania granicy, o którym mowa w tym przepisie, dochodzi do realizacji przedmiotowego przestępstwa. Zazwyczaj organizowaniem nielegalnego przekraczania granicy RP trudnią się grupy przestępcze działające niejako „zawodowo”. Jeżeli dochodzi do skazania członków tego rodzaju grup, to najczęściej kwalifikacja prawna obejmuje, obok art. 264 § 3 k.k., również art. 258 k.k. Przyjmuje się wówczas rzeczywisty zbieg przestępstw. Należy zaznaczyć, że „w języku kryminologów i funkcjonariuszy Straży Granicznej oba powiązane ze sobą przestępstwa określa się jako «przerzut ludzi»”⁵³.

Sankcje karne grożące za ich popełnienie

Ustawodawca w omawianym przepisie zastosował sankcję prostą. Czyn zabroniony określony w art. 264 § 2 k.k. zagrożony jest karą pozbawienia wolności do lat 3. Natomiast kara za występki z § 3 art. 264 k.k. została

⁴⁸ Wyrok SA w Gdańsku z dnia 24 października 2017 r., II AKa 200/17, LEX nr 2662131; wyrok SN z 25 stycznia 2005 r., WK 23/04, OSNKW 2005, nr 2, poz.11.

⁴⁹ Por. Z. Cwiąkański, op. cit., s. 579.

⁵⁰ Por. Wyrok SA w Lublinie z dnia 20 listopada 2008 r. II AKa 250/08, LEX nr 477864.

⁵¹ Por. M. Jachimowicz, *Nowe zasady odpowiedzialności za nielegalne przekroczenie granicy RP*, „Prokuratura i Prawo” 2006, nr 5, s. 60; Z. Cwiąkański, op. cit., s. 597; wyrok SN z dnia 6 czerwca 2003 r., III KKN 349/01, „Prokuratura i Prawo”, wkł. 2003, nr 12, poz. 2.

⁵² Por. Postanowienie SN z dnia 22 listopada 2016 r., IVKK 362/16 (uzasadnienie), <http://www.sn.pl/sites/orzecznictwo/Orzeczenia3/IV%20KK%20362-16.pdf>.

⁵³ K. Laskowska, *Zorganizowany przerzut ludzi przez polskie granice w świetle wyników badań empirycznych*, „Studia Prawnoustrojowe” 2018, nr 40, s. 274.

zmodyfikowana w 2004 r. Pierwotnie przestępstwo to zagrożone było karą pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5. Z dniem 1 maja 2004 r. nastąpiło podwyższenie sankcji karnej. Wprowadzono zagrożenie karą pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat⁵⁴. Zasady wymiaru kary pozbawienia wolności określa art. 33 k.k. W przypadku wymierzenia kary nieprzekraczającej jednego roku pozbawienia wolności, istnieje możliwość warunkowego zawieszenia wykonania kary, pod warunkiem spełnienia przesłanek określonych w art. 69 k.k. Warto zaznaczyć, że nowelizacja Kodeksu karnego z 20 lutego 2015 r., która weszła w życie 1 lipca 2015 r., daje możliwość, na podstawie dodanego art. 37a k.k.⁵⁵, orzeczenia, zamiast kary pozbawienia wolności, grzywny albo kary ograniczenia wolności, o której mowa w art. 34 §1a pkt 1 lub 4, pod warunkiem, że ustawa przewiduje zagrożenie karą pozbawienia wolności nieprzekraczającą 8 lat. W doktrynie przyjmuje się, że przepis ten stanowi uzupełnienie, dookreślenie ustawowego wymiaru kary za niektóre występki. Jak wskazano, zarówno § 2, jak i § 3 art. 264 k.k. przewidują zagrożenie karą pozbawienia wolności nieprzekraczającą 8 lat, a nie wprowadzają jednocześnie alternatywnego zagrożenia obiema karami niezolacyjnymi, tj. grzywną i karą ograniczenia wolności. Możliwość orzeczenia grzywny bądź kary ograniczenia wolności daje art. 37a k.k. Z kolei na podstawie art. 37b k.k.⁵⁶ może zostać orzeczona kara mieszana, polegająca na wymierzeniu kary pozbawienia wolności w połączeniu z karą ograniczenia wolności.

W grupie środków karnych, które mogą zostać orzeczone w zależności od okoliczności konkretnego przypadku, w sytuacji popełnienia wskazanych przestępstw, znajdują się m.in. zakaz wykonywania zawodu przykładowo wobec funkcjonariusza Straży Granicznej, obowiązek zadośćuczynienia za doznaną krzywdę lub nawiązkę na podstawie art. 46 § 1, 2 k.k., podanie wyroku do publicznej wiadomości.

⁵⁴ Art. 264 § 3 k.k. został zmieniony przez art. 1 pkt 5 ustawy z dnia 16 kwietnia 2004 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2004 r., Nr 93, poz. 889).

⁵⁵ Art. 37a k.k. został dodany przez art. 1 pkt 8 ustawy z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2015 r. Nr 396). Przepis ten został następnie zmieniony przez art. 1 pkt 3 ustawy z dnia 11 marca 2016 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz ustawy – Kodeks karny wykonawczy (Dz.U. z 2016 r. Nr 428). Było to związane z uchYLENIEM pkt 2 art. 34 § 1a k.k.

⁵⁶ Art. 37b k.k. został dodany przez art. 1 pkt 8 ustawy z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2015 r. Nr 396). Przepis ten został następnie zmieniony przez art. 7 pkt 3 ustawy z dnia 11 marca 2016 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2016 r. Nr 437). Zmiana polegała na dodaniu zapisu o niestosowaniu art. 69–75 k.k. w przypadku stosowania rozwiązań przyjętych w art. 37b k.k.

Uwagi końcowe

W ostatnich latach bez wątpienia doszło do zmniejszenia zjawiska nielegalnej migracji, w tym także przypadków nielegalnego przekroczenia granicy. W latach 2015 i 2016 odnotowano rekordowe przepływy migracyjne w Europie. W 2018 r. liczba ta zmalała, zwłaszcza w zakresie migracji drogą morską. Według danych Straży Granicznej, w pierwszym półroczu 2019 r. liczba cudzoziemców zatrzymanych/ujawnionych w Polsce na granicach zewnętrznych i wewnętrznych UE za przekroczenie lub usiłowanie przekroczenia granicy państwowej wbrew przepisom, wyniosła 2601 przypadków, tj. o 5% mniej w porównaniu z tym samym okresem w roku ubiegłym⁵⁷. Art. 264 k.k. został sformułowany prawidłowo i nie wymaga modyfikacji. Nie zachodzi również potrzeba zmiany sankcji karnych grożących za popełnienie występku w nim opisanego, zwłaszcza negatywnie należałoby ocenić ewentualne propozycje ich podwyższenia. Nie oddziaływałyby to w dzisiejszych realiach odstraszająco na potencjalnych sprawców tych przestępstw, gdyż Europa jest postrzegana jako obszar wyjątkowo atrakcyjny ekonomicznie, a korzyści, zwłaszcza finansowe, uzyskiwane przez organizatorów nielegalnego przekroczenia są bardzo duże.

Wykaz literatury

- Andrejew I., Świada W., Wolter W., *Kodeks karny z komentarzem*, Warszawa 1973.
- Ćwiakalski Z., [w:] W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny, Część szczególna. Tom II. Komentarz do art. 212–277d*, Warszawa 2017.
- Herzog A. [w:] R.A. Stefański (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2015.
- Jachimowicz M., *Nowe zasady odpowiedzialności za nielegalne przekroczenie granicy RP*, „Prokuratura i Prawo” 2006, nr 5.
- Jachimowicz M., *Przestępstwo organizowania nielegalnego przekroczenia granicy RP (art. 264§3 k.k.)*, „Jurysta” 2007.
- Klaus W., Woźniakowska-Fajst D., *Przestępstwo nielegalnego przekroczenia granicy w ujęciu historycznym, teoretycznym i praktycznym*, „Archiwum Kryminologii” 2015, t. 37.
- Lach A., [w:] V. Konarska-Wrzošek (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2016.
- Laskowska K., *Zorganizowany przerzut ludzi w świetle wyników badań empirycznych*, „Studia Prawnoustrojowe” 2018, nr 40.
- Majer P., *Struktura, zadania i prawne podstawy działalności aparatu państwowego II RP do spraw repatriacji, reemigracji i emigracji*, „Studia Prawnoustrojowe” 2015, nr 27.
- Marek A., *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2010.
- Michalska-Warias A., [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Komentarz – art. 222–316*, Warszawa 2017.

⁵⁷ Komenda Główna Straży Granicznej, Straż Graniczna. Informacja statystyczna za I półrocze 2019 r., Warszawa lipiec 2019, s.12.

- Mozgawa M., [w:] M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2019.
- Perkowska M., *Nielegalna migracja w Europie – aspekty prawne i kryminologiczne*, „Teki Komisji Politologii i Stosunków Międzynarodowych – OL PAN” 2017, 12/3.
- Szymczak M. (red.), *Słownik języka polskiego*, t. II, Warszawa 1979.
- Wiak K., [w:] A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2019.

Summary

Irregular entry – aspects in criminal matters

Key words: criminal law, Penal Code, illegal migration, entry.

Illegal migration is often referred to as an entry or stay in a particular country in violation of the law of this country related to the hosting of refugees. A dwelling without permission in the particular country entails, among others, an illegal entry to its territory. In the Polish Penal Code, the legislator envisaged the responsibility for irregular entry into the Republic of Poland in contrary to the regulations of law from article 264. Trespasses, determined in this regulation, are presented within the limits of the coverage. Reflections include also remarks concerning the range of the illegal migration phenomenon in Europe and instances of violation of article 264 of the Penal Code in the Polish reality.