

Wiktor Antolak, Szymon Tarapata, Witold Zontek

Przekroczenie granicy i pobyt na terytorium Polski imigrantów w warunkach stanu wyższej konieczności

Crossing the border and staying on the territory of immigrants under conditions of state of necessity

1. Wstęp

Ocena legalności przekroczenia przez migranta polskiej granicy i jego pobytu na terytorium Polski jest bardzo istotna zarówno z punktu widzenia stosowania różnorodnych instrumentów prawnoadministracyjnych, jak i prawnokarnych. Przede wszystkim – stosownie do art. 303b ust. 1 w zw. z art. 303 ust. 1 pkt. 9a ustawy z 12.12.2013 r. o cudzoziemcach (Dz.U. z 2021 r., poz. 2354 t.j.) – warunkiem wydania przez komendanta placówki Straży Granicznej postanowienia o opuszczeniu terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (procedura push-back) jest stwierdzenie, że cudzoziemiec przekroczył granicę „wbrew przepisom ustawy”. Stwierdzenie naruszenia regulacji dotyczących przekroczenia granicy jest również konieczne dla przypisania sprawstwa czynu zabronionego z art. 264 § 2 k.k.¹ Podobna sytuacja występuje na gruncie przestępstwa z art. 264a § 1 k.k. Przepis ten stanowi, że podlega karze pozbawienia wolności ten, kto w celu osiągnięcia korzyści majątkowej lub

¹ Przepis ten stanowi, że odpowiedzialności karnej podlega ten, kto wbrew przepisom ustawy przekracza granicę Rzeczypospolitej Polskiej, używając przemocy, groźby, podstępny lub we współdziałaniu z innymi osobami. Natomiast art. 264 § 3 k.k. penalizuje organizowanie innym osobom przekraczanie granicy Rzeczypospolitej Polskiej wbrew przepisom ustawy. Pozostałe przypadki nielegalnego przekroczenia granicy, które nie mieszczą się w art. 264 § 2 k.k., mogą stanowić realizację znamion wykroczenia z art. 49a § 1 k.w.

osobistej umożliwia lub ułatwia innej osobie pobyt na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej wbrew przepisom ustawy.

Zasady przekraczania polskiej granicy reguluje m.in. ustawa z 12 X 1990 r. o ochronie granicy państwowej (Dz.U. z 2019 r., poz. 1776 t.j. ze zm.), ustawa o cudzoziemcach oraz ustawa z 13 VI 2013 r. o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. z 2021 r., poz. 1108 t.j.). Przede wszystkim art. 14 ust. 1 ustawy o ochronie granicy państwowej stanowi, że przekraczanie granicy państwowej jest dozwolone na podstawie dokumentów uprawniających do jej przekroczenia. Według zaś art. 14 ust. 2 tegoż aktu – dokumenty te określają odrębne przepisy, w tym umowy międzynarodowe, których Rzeczpospolita Polska jest stroną, lub przepisy prawa Unii Europejskiej.

Z różnych powodów zdarza się jednak, że cudzoziemcy, przekraczając polską granicę lub przebywając na terytorium Polski, nie dochowują reguł ustanowionych w przywołanych aktach normatywnych. Często dotyczy to przemytników lub migrantów ekonomicznych, którzy nie są uprawnieni do przekroczenia granicy, lecz mimo to ją przekraczają. Z reguły takie zachowania będą stanowić naruszenie prawa, co z kolei może być podstawą do aplikowania różnorodnych instrumentów administracyjnoprawnych i prawnokarnych. Mogą zdarzyć się jednak wyjątkowe przypadki, kiedy nie będzie podstaw do stosowania takich narzędzi. Przekonuje o tym kryzys humanitarny, który trwa co najmniej od sierpnia 2021 r. na granicy polsko-białoruskiej. Należy w tym miejscu syntetycznie opisać panującą tam sytuację.

2. Sytuacja na granicy polsko-białoruskiej

Jedną z głównych przyczyn masowych migracji w stronę Europy, które destabilizują sytuację na granicy polsko-białoruskiej, są działania odwetowe podjęte przez władze Białorusi z powodu sankcji nałożonych na to państwo przez Unię Europejską (w związku z prześladowaniem opozycji oraz porwaniem w maju samolotu linii Ryanair, w którym znajdował się Roman Protasiewicz – białoruski opozycjonista). Reżim Aleksandra Łukaszenki, wykorzystując strach przed masową migracją istniejący w krajach unijnych, masowo wydaje wize cudzoziemcom pochodzącym z krajów dotkniętych wojnami lub głęboko naruszających prawa człowieka, a następnie siłą wypycha ich poza przejściami granicznymi do Polski,

Litwy czy Łotwy. Migranci są wprowadzani w błąd, albowiem oferuje się im pozornie legalną i bezpieczną drogę do Europy. Mamieni tymi mrzonkami cudzoziemcy, nie mając innej możliwości wjazdu do Unii Europejskiej, masowo korzystają z ofert biur podróży sprzedających wizy do Białorusi. Po przylocie do Mińska są przewożeni na wschodnią granicę UE ciężarówkami, busami lub taksówkami, gdzie są osadzani w obozach mieszczących się na terenach infrastruktury wojskowej i Straży Granicznej. Następnie są przez białoruskich funkcjonariuszy zmuszani do przekroczenia granicy z Polską poza oficjalnymi przejściami granicznymi.

Wiele spośród tych osób kwalifikuje się do objęcia ochroną międzynarodową, ale jedynie nielicznym udaje się doprowadzić do wszczęcia takiej procedury w Polsce. Część cudzoziemców, uzyskując pełny obraz swego położenia, chce wrócić do Mińska, a stamtąd do swoich krajów pochodzenia (nawet jeśli powrót tam nie jest dla nich bezpieczny). Białoruskie służby na to jednak nie pozwalają i ponownie przepychają ich na stronę polską. W trakcie takich działań wobec migrantów stosowana jest przemoc w postaci bicia, kopania i szczucia psami. Dochodzi też przy okazji do kradzieży telefonów, pieniędzy i dokumentów. Wystąpiły też przypadki, w których członkowie służb białoruskich, chcąc uniemożliwić migrantom powrót ze strony polskiej na białoruską, oddawali strzałę w powietrze lub pod nogi².

Z doniesień medialnych i z relacji organizacji pozarządowych wynika, że przynajmniej część migrantów, trafiając na pogranicze, znajduje się w pułapce. Z jednej bowiem strony służby białoruskie uniemożliwiają im powrót do kraju, z drugiej zaś – nie są przepuszczani do Polski przez polskich pograniczników³. Dramatyczną sytuację migrantów pogłębia fakt, iż znajdują się oni na terenie otoczonym gęstym lasem, na którym występują bagna. Na obszarze tym w okresie jesienno-zimowym często notowane są ujemne temperatury. Długotrwałe przebywanie w takich warunkach bez specjalnego przygotowania jest niezwykle ryzykowne – może zagrażać życiu lub zdrowiu człowieka. Migranci przebywający w obszarze przygranicznym często pozbawieni są możliwości zaspokajania podstawowych potrzeb życiowych. Narażeni są m.in. na brak pożywienia, napoju oraz miejsca noclegowego.

² Taki opis sytuacji na granicy polsko-białoruskiej można znaleźć w: *Kryzys...*

³ Zob. *Kryzys...*, s. 10–12; K. Boczek, *Jakby...*

3. Przekroczenie granicy Polski pod wpływem przymusu fizycznego

Oczywiste jest, że ocena zgodności z prawem przekroczenia granicy Polski oraz pobytu na jej terytorium będzie uzależniona od okoliczności konkretnego przypadku. W jej dokonaniu kluczowe jest uwzględnienie warunków, w jakich cudzoziemiec znalazł się po stronie polskiej. Nie ulega wątpliwości, że nie można uznać za bezprawne przekroczenia granicy w tych wszystkich przypadkach, w których migranci dokonali takiego zachowania pod wpływem siły fizycznej stosowanej przez białoruskich pograniczników. Wynika to z leżącej u podstaw całego systemu prawnego zasady, że od jednostki nie powinno się żądać niemożliwego (*impossibilium nulla obligatio est*). Nie można uznać przejścia granicy za dokonane z naruszeniem przepisów prawa, jeżeli nastąpiło to pod wpływem stosowania siły fizycznej, której nie można było się oprzeć (*vis absoluta*)⁴. Zachowanie może zostać uznane za bezprawne przez racjonalnego interpretatora tekstu prawnego wyłącznie wtedy, gdy wypełnienie polecenia zawartego w konkretnej normie prawnej było możliwe do wykonania. Jeżeli kryterium to, które określa się mianem warunku wykonalności, nie zostało *in concreto* spełnione, określone działanie lub zaniechanie nie może w systemie prawa zostać uznane za niezgodne z prawem. W pewnej części przypadków w ogóle nie będziemy mieli do czynienia z czynem w rozumieniu prawa karnego. W konsekwencji w takich sytuacjach nie ma podstaw do tego, by wobec cudzoziemca wdrożyć procedurę push-backu na podstawie art. 303b ust. 1 ustawy o cudzoziemcach. Nie może też dojść wówczas do realizacji znamion przestępstwa z art. 264 § 2 k.k. oraz wykroczenia z art. 49a § 1 k.w. Co więcej, organizowanie możliwości przekroczenia granicy takim osobom nie może spełniać cech określonych w art. 264 § 3 k.k.

Uwzględnienie w toku karnistycznego wartościowania warunku wykonalności powoduje także, że nie można uznać, iż migranci nielegalnie przebywają na terenie Polski w tych sytuacjach, gdy z przyczyn czysto obiektywnych nie są w stanie opuścić jej terytorium. W konsekwencji pomaganie osobom znajdującym się w takiej sytuacji nie może

⁴ W literaturze prawa karnego podkreśla się, że w takiej sytuacji jednostka nie popełnia czynu w rozumieniu prawa karnego – W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie...*, s. 168. Podkreśla się też, iż w tego typu przypadkach nie może dojść do przekroczenia prawnokarnej normy sankcjonowanej – szerzej S. Tarapata, *Przypisanie...*, s. 163–187.

realizować znamion typu czynu zabronionego z art. 264a § 1 k.k. (gdyż zachowanie takie nie stanowi ułatwienia pobytu na terenie Rzeczypospolitej Polskiej wbrew przepisom ustawy), choćby nawet udzielenie takiej pomocy nastąpiło w celu udzielenia korzyści majątkowej lub osobistej.

4. Przekroczenie granicy Polski lub pobyt na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej a stan wyższej konieczności

4.1. Uwagi ogólne

Mogą zdarzyć się przypadki, w których migrantów nie zmusza się fizycznie do przekroczenia granicy polsko-białoruskiej, lecz z innych przyczyn są oni pozbawieni możliwości opuszczenia terenu przygranicznego, co przymusza ich do koczowania na tym terenie. Sytuacja taka może wynikać bądź to z faktu, iż powrót stamtąd uniemożliwiają im białoruscy pogranicznicy, bądź to z tego, że nie mają oni odpowiednich środków, by dostać się do Mińska lub powrócić do swego kraju. Możliwy jest też scenariusz, w którym migranci będą przekraczać granicę polsko-białorską wskutek gróźb kierowanych przez członków służb z Białorusi (w tym pozbawienia życia lub spowodowania poważnych uszczerbków na zdrowiu), a więc pod wpływem przymusu kompulsywnego. Możemy mieć także do czynienia z przypadkami, gdy od strony logistyczno-survivalowej skierowanie się w głąb Białorusi nie jest możliwe, a znajdująca się bliżej Polska jawi się jako jedyny racjonalny kierunek.

Nie ulega wątpliwości, że migranci, którzy przedostaną się do Polski w warunkach opisanych w poprzednim akapicie, czynią tak w celu ochrony szeregu swych dóbr. Działają przede wszystkim w zamiarze ratowania swego zdrowia lub nawet życia, zaspokojenia podstawowych potrzeb życiowych bądź pozbycia się poczucia zagrożenia (często także dla swoich małoletnich dzieci). Czyniąc to, godzą w dobro prawne w postaci ochrony granicy przed jej niekontrolowanym przekraczaniem⁵. Sytuacja taka musi zostać poddana ocenie z punktu widzenia przepisów o stanie wyższej konieczności. Na gruncie prawa karnego konstrukcja ta ma heterogeniczny charakter. Działanie w ramach stanu wyższej konieczności raz może wyłączać bezprawność (kiedy spełnione zostały

⁵ Z. Ówiąkalski, w: *Kodeks...*, s. 595.

przesłanki z art. 26 § 1 k.k.), innym razem – winę (wrazie aktualizacji kryteriów z art. 26 § 2 k.k.). To, w jaki sposób powinna zostać rozstrzygnięta określona kolizja wartości, uzależnione będzie przede wszystkim od tego, które dobra są zagrożone oraz jaki jest stopień tego narażenia oraz jakie dobra decyduje się poświęcić potencjalny sprawca⁶. Ocena istotności kolidujących dóbr ma więc zarówno aspekt statyczny, jak i dynamiczny.

4.2. Problem rozstrzygnięcia wagi kolidujących ze sobą dóbr

Nie powinno budzić większych wątpliwości twierdzenie, że zdrowie i życie są najważniejszymi wartościami w polskim systemie prawnym, a z pewnością istotniejszymi niż sama ochrona granicy przed jej niekontrolowanym przekraczaniem. Dlatego też nie dopuszcza się zachowania bezprawnego ten, kto przechodzi przez granicę z uwagi np. na to, iż grozi mu zamazanie lub śmierć głodowa bądź też ciężkie kalectwo.

Istotnym dobrem prawnym jest też z pewnością godność ludzka. Niewątpliwie ochrona człowieka jest centralną wartością w systemie prawa. W art. 30 Konstytucji wprost podkreślono, że godność istoty ludzkiej ma charakter przyrodzony i niezbywalny, stanowi źródło wolności, praw człowieka i obywatela. Wartość ta ma charakter nienaruszalny, a jej poszanowanie i ochrona jest obowiązkiem władz publicznych. Konstytucja nie ogranicza ochrony godności człowieka tylko do obywateli polskich. Wartość ta ma bowiem charakter uniwersalny i dotyczy też cudzoziemców.

Nie budzi wątpliwości, że na godność ludzką składa się szereg czynników. Jej istotą jest przede wszystkim możliwość zaspokajania podstawowych potrzeb życiowych, uzyskania środków koniecznych do egzystencji⁷ oraz wolność od niehumanitarnego traktowania lub karania⁸. Skoro polska Konstytucja jest humanocentryczna, gdyż szczególną rolę w jej obrębie stanowi ochrona człowieka w wielu aspektach jego funkcjonowania, to również zabezpieczenie godności ludzkiej musi być co do zasady istotniejsze od wartości w postaci ochrony granicy przed jej niekontrolowanym przekraczaniem. Oczywiście jest przecież, że jednym

⁶ Zob. np. W. Zontek, w: *Kodeks...*, s. s. 233.

⁷ Podkreśla się, że godność człowieka ma też wymiar socjalny, a w szczególności polega na zapewnieniu człowiekowi minimum egzystencji – L. Galicki, *Konstytucja...*, teza 21.

⁸ L. Galicki, w: *Konstytucja...*, teza 27.

z najbardziej podstawowych praw jednostki jest możliwość zdobycia pożywienia, napoju, ogrzania się, wykonania czynności higienicznych czy znalezienia dachu nad głową. Są to podstawowe dobra, które wszyscy ludzie winni mieć zagwarantowane bez względu na to, skąd pochodzą i gdzie przebywają. Jeśli więc migrant, chcąc je zaspokoić, przekroczy polską granicę, wówczas poświęci wartość takiej wagi, że mogą się aktualizować wymienione w art. 26 § 1 k.k. lub art. 16 § 1 k.w. przesłanki stanu wyższej konieczności wyłączające bezprawność. W takiej sytuacji cudzoziemiec nie popełni przestępstwa z art. 264 § 2 k.k. ani wykroczenia z art. 49a § 1 k.w. Legalne jest też udzielenie pomocy do przekroczenia granicy takim osobom. Nie będzie można stosować wobec niego push-backu z art. 303b § 1 ustawy o cudzoziemcach. Wynika to z faktu, że stan wyższej konieczności, która polega na tym, że człowiek poświęca cenniejsze dobro kosztem mniej cennej wartości, w sytuacji gdy dobro cenniejszego nie da się uratować w inny sposób, ma charakter ogólnosystemowy i legalizuje zachowanie w całym porządku prawnym⁹.

Należy podkreślić, że aktualnie nie ma informacji potwierdzających, że na granicy polsko-białoruskiej zgromadziły się takie liczby migrantów, że ich napływ do Polski może zagrozić poważnie bezpieczeństwu państwa oraz życiu, zdrowiu lub innym podstawowym dobrom mieszkańców Rzeczypospolitej, w tym z terenów przygranicznych. Gdyby zaś takie niebezpieczeństwo w dalszej perspektywie się pojawiło, wówczas inaczej mogłoby wyglądać rozstrzygnięcie kolizji dóbr. Mogłoby się bowiem okazać, że niekontrolowane przekroczenie granicy nie chroniłoby istotniejszej wartości niż dobro poświęcane. Jeżeliby np. napływ migrantów stwarzał bezpośrednie zagrożenie podejmowania licznych agresywnych zachowań wobec mieszkańców pogranicza, wówczas doszłoby do kolizji dóbr tej samej lub niższej wartości (kontrola przekroczenia granicy mogłaby się okazać równie istotna, co życie lub zdrowie migrantów, gdyż chroniłaby ona również zdrowie lub życie innych osób). Wówczas zachowanie cudzoziemca byłoby bezprawne, zaś w pewnych okolicznościach mogłoby się zaktualizować co najwyżej do przesłanki stanu wyższej konieczności wyłączającego winę z art. 26 § 2 k.k. (jeśli dobro poświęcone nie przedstawiałoby wartości oczywiście wyższej niż dobro ratowane). Jeżeliby się jednak tak stało, sprawca czynu zabronionego

⁹ Zob. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 1 lipca 2014 r., SK 6/12.

nie ponosiły odpowiedzialności karnej z art. 264 § 2 k.k. lub wykroczeniowej z art. 49a § 1 k.w. z uwagi na brak możliwości przypisania mu winy. Takie zachowanie nie pozostawałoby jednak pod ochroną prawną.

W doktrynie toczy się dyskusja, jak porównywać wartość dóbr prawnych należących do różnych kategorii (np. zdrowie i mienie, mienie i bezpieczeństwo powszechne). Wyklarowały się już jednak dość stanowcze poglądy, wedle których należy porównywać nie tylko samą aksjologiczną „wartość” dobra ratowanego i poświęcanego, ale także głębokość wkraczania w poszczególne z nich. Nie jest wykluczone, że dobro poświęcane, zwłaszcza jeśli ma charakter w pewnym sensie czysto normatywny (abstrakcyjny), jak np. nienaruszalność granicy, musi ustąpić w zestawieniu aksjologicznym z powodowaniem uszczerbku na zdrowiu czy też narażeniem na bezpośrednie zagrożenie dla życia. Prawo karne zainteresowane jest nie tyle abstrakcyjnym porównywaniem wartości, ile konsekwencjami ich naruszenia¹⁰.

4.3. Przekraczanie granicy polskiej lub pobyt na terytorium Polski w perspektywie zasady subsydiarności stanu wyższej konieczności

Warunkiem wystąpienia stanu wyższej konieczności z art. 26 § 1 i 2 k.k. oraz art. 16 § 1 k.w. jest to, by niebezpieczeństwa nie udało się uniknąć inaczej aniżeli poprzez poświęcenie jednego z kolidujących ze sobą dóbr. Oznacza to, że omawiana konstrukcja wyłączająca odpowiedzialność karną lub wykroczeniową ma charakter subsydiarny. Nie ma ona więc zastosowania wówczas, gdy kolizji pomiędzy wartościami da się uniknąć. W konsekwencji nie może powołać się na stan wyższej konieczności imigrant, który może uratować swe dobra prawne poprzez udanie się na przejście graniczne i poddanie się odpowiedniej procedurze przewidzianej dla cudzoziemców, uzyskując przy okazji stosowną pomoc neutralizującą zagrożenie dla jego dóbr prawnych. Wówczas przekroczenie granicy państwa nastąpi wbrew przepisom prawa. Pamiętać należy, że gdy mowa o szczególnej procedurze, w której *in abstracto* ustawodawca przesądził rezultat ważenia dóbr, by wyłączała ona możliwość powołania się na stan wyższej konieczności, z uwagi na jego subsydiarny wymiar należy ocenić, czy „kształt procedury wynika ze świadomej decyzji ustawodawcy, który m.in. dostrzegł konsekwencje nadania jej takiej, a nie innej formy, akceptując jednocześnie

¹⁰ W. Zontek, w: *Kodeks...*, s. 233–234.

pojawienie się takich stanów faktycznych, w których ona nie doprowadzi do pełnej ochrony wszystkich kolidujących interesów zainteresowanych podmiotów. (...) Może jednak okazać się, że prawny kształt owej procedury jest taki z uwagi na ograniczenia budżetowe, kadrowe czy logistyczne, a nie stanowi efektu zamkniętego wyboru aksjologicznego. Wówczas możliwe jest powołanie się na stan wyższej konieczności, gdy nie można zasadnie oczekiwać, że państwo uruchomi procedury równie efektywnej, jak możliwe działanie w stanie wyższej konieczności”¹¹.

Problem pojawi się w tych przypadkach, kiedy polskie służby, postępując wbrew wiążącym Polskę aktom prawa międzynarodowego, nie udzielają stosownej pomocy cudzoziemcom (m.in. medycznej), w tym nie przyjmują od nich wniosków o objęcie ochroną międzynarodową i nie umożliwiają uzyskania podstawowych środków egzystencji do czasu ich rozpoznania, lecz zamiast tego uchodźcy są z powrotem wypychani na Białoruś. Kłopot ten uwydatnia się wtedy, gdy ma on charakter systemowy i wynika z rozkazów przełożonych funkcjonariuszy służących w danej formacji. Wówczas warunek subsydiarności zostanie spełniony. Trzeba przy tym pamiętać, że ocena, czy spełnione są przesłanki kontratypu, dokonywana jest z perspektywy *ex ante*. Bazuje ona więc na prognozie. Charakterystyczną cechą prognozy jest zaś to, że może się nie sprawdzić i okazać się *ex post* błędna. Przy ocenie przesłanek z art. 26 § 1 i 2 k.k. lub art. 16 § 1 k.w. decyduje więc chwila czynu, a nie to, co wydarzyło się później. Powołanie się na stan wyższej konieczności możliwe jest więc wtedy, gdy w momencie przekraczania granicy istnieje racjonalne przypuszczenie (które na miejscu potencjalnego sprawcy powzięłaby każda racjonalna osoba), iż imigrant, zgłaszając się do przejścia granicznego lub do polskich służb, nie uzyska odpowiedniej pomocy, lecz zostaną podjęte wobec niego zachowania, które mogą jeszcze zwiększyć zagrożenie dla jego dóbr prawnych. Przekonanie takie może się opierać na wcześniejszych doświadczeniach związanych z byciem ofiarą naruszeń praw człowieka i wiedzy na temat tego, jak funkcjonariusze w Polsce postępują z cudzoziemcami, którym udało się przekroczyć granicę i poprosić o udzielenie przepisanej prawem pomocy.

Skoro ocena tego, czy w danej sytuacji zachodzi stan wyższej konieczności, dokonywana jest *ex ante*, uzasadnione wydaje się twierdzenie, iż

¹¹ W. Zontek, w: *Kodeks...*, s. 235.

im więcej w przestrzeni publicznej będzie dowodów na to, że polskie służby dopuszczają się wobec imigrantów zachowań bezprawnych lub nawet przestępnych, bezzasadnie i niezgodnie z prawem nie przyjmują wniosków o udzielenie ochrony międzynarodowej, tym bardziej uprawnione stanie się przekonanie, że przesłanka subsydiarności stanu wyższej konieczności została spełniona.

Możliwe jest również, że sam pobyt na terytorium Polski nastąpi w realiach stanu wyższej konieczności. Stanie się tak wówczas, gdy przebywanie na terenie Rzeczypospolitej będzie konieczne dla uchylenia niebezpieczeństwa dla dóbr prawnych migranta istotniejszych niż wartość w postaci kontroli nad migracją cudzoziemców; zwłaszcza gdy obiektywnie nie jest możliwy powrót na Białoruś. Wówczas pobyt taki będzie legalny. Co więcej, jego ewentualne umożliwienie lub ułatwienie nie będzie realizować znamion czynu zabronionego z art. 264a § 1 k.k., choćby czyn taki został dokonany w celu osiągnięcia korzyści majątkowej lub osobistej. Trzeba jednak podkreślić, że owa legalizacja pobytu ma swoje granice. Trwać będzie ona do momentu, gdy stanie się możliwe zapewnienie, iż wobec cudzoziemca zostaną wdrożone stosowne procedury migracyjne, które zostaną przeprowadzone z poszanowaniem praw człowieka, bez uszczerbku dla najistotniejszych dóbr prawnych migranta. Pretekst w postaci chęci udzielenia pomocy humanitarnej nie może bowiem prowadzić do obejścia przepisów, za pomocą których podjęta zostanie decyzja w przedmiocie legalizacji pobytu obcokrajowca na terenie Polski.

Trzeba w tym miejscu zastrzec, że udzielenie drobnej pomocy humanitarnej, jak np. podanie napoju, ubrań, koców czy też krótkotrwałe zapewnienie miejsca noclegowego, będzie czynnością, którą można uznać za legalną, bez konieczności odwołania się do konstrukcji kontratypowych.

4.5. Powszechny obowiązek udzielania pomocy osobom znajdującym się w bezpośrednim niebezpieczeństwie utraty życia lub doznania ciężkiego uszczerbku na zdrowiu a obowiązek wpuszczania migrantów na terytorium Polski

Z uwagi na sytuację kryzysu humanitarnego, która stała się pretekstem do przygotowania niniejszego opracowania, naglący stał się dylemat, czy w pewnych przypadkach istnieje prawny obowiązek wpuszczenia migrantów na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, który ciążyłby na

przedstawicielach polskich służb. Abstrahując w tym miejscu od uprawnień, które cudzoziemcy mogą czerpać z norm prawa uchodźczego i aktów prawno-człowieczych, stwierdzić należy, że obowiązek taki (i to obwarowany sankcją karną) przynajmniej względem pewnej kategorii tych osób wynika z art. 162 k.k.¹² Chodzi mianowicie o te osoby, które znalazły się w stanie bezpośredniego zagrożenia utraty życia lub odniesienia ciężkiego uszczerbku na zdrowiu. Artykuł 162 k.k. ma – podobnie jak inne przepisy typizujące – podwójne znaczenie normatywne. Stanowi on z jednej strony źródło powszechnego obowiązku udzielania pomocy człowiekowi znajdującemu się w położeniu grożącym bezpośrednim niebezpieczeństwem utraty życia albo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu, z drugiej zaś jest podstawą odpowiedzialności karnej za niewykonanie tego obowiązku.

W analizowanych w tym miejscu układach sytuacyjnych istotnym zagadnieniem staje się terytorialny zakres obowiązywania obowiązku udzielania pomocy osobom znajdującym się w stanie bezpośredniego niebezpieczeństwa utraty życia lub doznania ciężkiego uszczerbku na zdrowiu. Choć obowiązek ten ma źródło w przepisie k.k., jest to zagadnienie odrębne względem zakresu stosowania ustawy karnej, przez który rozumie się zasięg państwowego prawa karania. W tym zaś momencie chodzi bowiem o to, jak daleko sięga prawo państwa do nałożenia obowiązku udzielania pomocy. Dopiero po stwierdzeniu, że nakaz obowiązywał daną osobę, otwiera się – w razie jego niewykonania – perspektywa represji karno-prawnej i powstaje pytanie o terytorialny zasięg prawa karnego.

W kontekście zakresu terytorialnego powszechnego obowiązku udzielania pomocy podkreślić trzeba, że w realiach interesujących nas przypadków potencjalny podmiot tego obowiązku każdorazowo znajduje się na terytorium Polski, zaś osoba wymagająca udzielenia tej pomocy – po stronie białoruskiej. Rozważyć więc należy, jakie znaczenie dla obowiązku udzielenia pomocy ma fakt znajdowania się tej osoby na terenie państwa obcego.

Okolicznością o znaczeniu podstawowym pozostaje fakt, że potencjalny adresat normy przebywa na terytorium Polski i to na terytorium Polski ma zająć zachowanie objęte treścią powszechnego obowiązku

¹² Zob. też D. Zając, *Stosowanie...*

udzielenia pomocy, począwszy od wpuszczenia zagrożonej osoby, aż do udzielenia jej stosownej pomocy humanitarnej lub medycznej czy wezwania służb ratunkowych. Występuje tu zatem – w kontekście normowania zachowania podmiotu będącego potencjalnym adresatem obowiązku – najsilniejszy łącznik jurysdykcyjny, a mianowicie więź terytorialna. Skoro zatem art. 162 k.k. nie posługuje się żadnym szczególnym ograniczeniem terytorialnego zakresu swego zastosowania, zaś w podanych tu analizie układach sytuacyjnych występuje – jak wskazano – łącznik jurysdykcyjny w postaci więzi terytorialnej z adresatem, to powszechny obowiązek pomocy nie może zostać tu wyłączony.

Zważyć jednak należy na okoliczność, że realne uzyskanie pomocy przez osobę, która znalazła się w opisanych okolicznościach, wymaga umożliwienia jej wejścia na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Obowiązek pomocy może zatem kolidować z innymi obowiązkami (nakazami) bądź zakazami związanymi z ochroną granicy państwowej. Rozstrzygnięcie tych kolizji będzie miało charakter kontratypowy, bowiem wchodzące w grę wartości czy cele będą musiały ulec wyważeniu. Chodzić będzie tu w pierwszym rzędzie o zakaz przekraczania granicy w sposób naruszający zasady określone w art. 14 ustawy o ochronie granicy państwowej, za co przewidziana jest odpowiedzialność wykroczeniowa na podstawie art. 49a k.w. Co prawda, w przypadkach podanych niniejszej analizie sam podmiot obowiązku nie przekracza granicy państwa, niemniej umożliwia uczynienie tego innej osobie. Trzeba wobec tego wskazać, że dobro chronione przez administracyjny zakaz przekraczania granicy państwa w nieprzeznaczonym do tego miejscu nie jest dobrem większym (a przeciwnie – jest oczywiście niższe) względem życia lub uratowania przed ciężkim uszczerbkiem zdrowia. Ponadto należy powtórzyć, że niebezpieczeństwa grożącego życiu lub zdrowiu migrantów nie sposób uchylić bez umożliwienia tym osobom wkroczenia na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej.

Wynika stąd, że spełnione w tym wypadku byłyby znamiona stanu wyższej konieczności w rozumieniu art. 16 k.w. Co więcej, samo przekroczenie granicy przez osobę, której udzielana jest pomoc, nie stanowi czynu bezprawnego, bowiem jest dokonane w celu ratowania swego zdrowia przed ciężkim uszczerbkiem bądź ratowania swego życia. Oznacza to zatem, że również osoba znajdująca się w bezpośrednim zagrożeniu życia lub zdrowia i przekraczająca granicę w sposób odmienny od

przewidzianego w ustawie o ochronie granicy państwowej, jeśli czyni to dla ratowania tego życia lub zdrowia, nie popełnia czynu bezprawnego. Wykluczona jest zaś bezprawność pomocnictwa do czynu legalnego. Wynika z powyższego, że nie stanowi – i to z dwóch powodów – wykroczenia z art. 49a k.w. w zw. z art. 13 k.w. udzielenie pomocy osobie, która znajduje się po stronie białoruskiej. Samo przez się realizowałoby bowiem znamiona stanu wyższej konieczności, ale jego karalność jest już niemożliwa z tego powodu, że samo przekroczenie przez osobę zagrożoną jest czynem w stanie wyższej konieczności, a pomocnictwo do takiego zachowania jest wykluczone.

Powyższe rozważania należy odnieść również do wykroczenia sty-pizowanego w art. 18d ustawy o ochronie granicy państwowej. Umożliwienie wejścia na obszar objęty zakazem przebywania, gdy dokonane zostaje w celu ratowania życia bądź zdrowia innej osoby jest – ze względu na powoływane wyżej okoliczności – działaniem w stanie wyższej konieczności w rozumieniu art. 16 k.w. i nie podlega odpowiedzialności za wykroczenie.

Charakter kontratytu stanu wyższej konieczności, tyle że opisanego w art. 26 k.k., jeśli jest bezwzględnie konieczne do wykonania obowiązku udzielenia pomocy osobie znajdującej się w bezpośrednim zagrożeniu życia lub takim zagrożeniu ciężkim uszczerbkiem zdrowotnym, może mieć m.in. zniszczenie, uszkodzenie, usunięcie, przesunięcie lub uczynienie niezdatnymi do użytku elementów infrastruktury znajdujących się w strefie nadgranicznej i przeznaczonych do ochrony granicy państwowej. Nie budzi wątpliwości, że poświęcone przedmioty majątkowe (ogrodzenia, szyby w samochodzie itp.) są dobrem niższym względem ratowanego życia lub zdrowia przed ciężkim uszczerbkiem. Co więcej, można je relatywnie łatwo doprowadzić do stanu poprzedniego. W tym kontekście podnosi się w doktrynie, iż z „art. 142 § 1 k.c. wynika, że ustawodawca wyżej stawia dobra osobiste od dobra majątkowego. Najważniejszym dobrem osobistym jest życie człowieka”¹³. Jeśli uwzględnić, że przedmioty te służą bezpieczeństwu publicznemu, to miejscowe ich naruszenie będzie oznaczało wciąż naruszenie dobra niższego względem ratowanego życia lub zdrowia ludzkiego. Egzemplifikując te rozważania, wskazać można na sytuację, w której osoba znajdująca się po stronie

¹³ A. Zoll, w: *Kodeks...*, s. 585.

polskiej zobaczy po przeciwnej stronie granicy umocnionej na danym obszarze zasiekami z drutu kolczastego osobę w stanie hipotermii bezpośrednio zagrażającym życiu. Jeżeli nie będzie możliwe wpuszczenie tej osoby na terytorium Polski i udzielenie ratujących jej życie czynności medycznych bez sforsowania tych zasieków, to ich zniszczenie w zakresie koniecznym do ratowania życia tej osoby spełni przesłanki stanu wyższej konieczności.

Powyższe analizy pokazują, że udzielenie pomocy osobie zagrożonej nie będzie stanowiło czynu zabronionego w postaci wykroczenia czy przestępstwa jako działania realizujące znamiona stanu wyższej konieczności.

Należy jednak zważyć, że obowiązek udzielania pomocy nie jest absolutny. Jeśli bowiem pomoc niosłaby za sobą narażenie siebie lub innej osoby na niebezpieczeństwo utraty życia albo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu, to obowiązek ten nie wiąże. Gdy zatem udzielanie pomocy wiązałoby się z przekroczeniem przez udzielającego pomocy granicy (np. by zabrać niemogącą poruszać się osobę) i – w konkretnych okolicznościach – oznaczałoby narażenie się na realne niebezpieczeństwo związane z atakiem służb reżimu białoruskiego, obowiązek taki byłby zniesiony. Brak zobowiązania do udzielania pomocy występuje też w przypadku okoliczności opisanych w art. 162 § 2 k.k. O ile poza relewancją pozostaje w analizowanym kontekście okoliczność poddania się zabiegowi lekarskiemu, o tyle trzeba się odnieść do negatywnej przesłanki, którą jest możliwość niezwłocznej pomocy ze strony instytucji lub osoby do tego powołanej. Chodzi tu bowiem o to, że pozbawiony uzasadnienia – a wręcz kontrskuteczny – byłby wymóg pomocy, gdy na miejscu znajdują się służby, które bardziej efektywnie z uwagi na swój profesjonalny charakter udzielą takiej pomocy. Nieporozumieniem byłoby odniesienie tej okoliczności do służb białoruskich, których faktycznym celem działania nie jest pomoc migrantom, a wręcz to one są sprawcami sprowadzenia niebezpieczeństwa dla tych osób. Nie może zatem do wyłączenia spod powszechnego obowiązku posłużyć argumentacja, że występowała możliwość udzielenia tym osobom pomocy przez służby reżimu Białorusi.

Konstatując, stwierdzić należy, że spod zakresu powszechnego obowiązku udzielania pomocy nie są wyłączone osoby znajdujące się na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej z tego powodu, że udzielana przez nie pomoc ma być skierowana do osób znajdujących się za linią graniczną.

Określając konsekwencje niewykonania takiego obowiązku, wskazać należy, że miejsce czynu (zaniechania wykonania obowiązku) znajduje się na terytorium polskim. Stosowanie represji karnej wobec podmiotu, który zaniechał świadczenia pomocy, jest zatem możliwe na zasadzie terytorialności (art. 5 k.k.) i bez znaczenia pozostaje fakt, że osoba wymagająca pomocy znajdowała się za linią graniczną.

W ramach niniejszych analiz nie sposób pominąć specyfiki sytuacji funkcjonariuszy Straży Granicznej, wojska, policji i innych służb w perspektywie art. 162 k.k. Podmioty te również rzecz jasna są adresatami powszechnego obowiązku udzielania pomocy i, poza wypadkami związanymi z rozkazem, stosować się będą do nich wprost powyższe tezy. Problematyka rozkazu będzie poddana szerszej analizie w poniższych rozważaniach, tu zaś zostanie zrelatywizowana do sytuacji, w której treścią rozkazu byłoby zaniechanie udzielenia pomocy osobom znajdującym się w położeniu grożącym bezpośrednim niebezpieczeństwem utraty życia albo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu. Zastosowanie znajdą tu przepisy części wojskowej k.k., a to art. 318 oraz art. 344. Zauważyć należy, że przepisy te znajdują odpowiednie zastosowanie do funkcjonariuszy Policji (art. 141a ustawy o Policji), Straży Granicznej (art. 143a ustawy o Straży Granicznej) i innych służb. Wynika zaś z nich m.in. to, że granice obowiązku posłuchu rozkazowi sięgają tak daleko, jak treścią tego rozkazu nie jest czyn stanowiący przestępstwo. Ponadto art. 63 ust. 2 ustawy o Straży Granicznej, będący przepisem analogicznym względem art. 58 ust. 2 ustawy o Policji, stanowi, że funkcjonariusz obowiązany jest odmówić wykonania rozkazu lub innego polecenia, jeśli wykonanie rozkazu lub innego polecenia łączyłoby się z popełnieniem przestępstwa.

Z rozkazem takim – o czym będzie jeszcze mowa – mamy do czynienia, gdy (1) jego przedmiotem jest działanie lub zaniechanie odpowiadające opisowi zawartemu w znamionach przedmiotowych jakiegokolwiek typu czynu zabronionego, pomijając znamiona określające konsekwencje zachowania sprawcy, tj. skutek czy następstwo, a zarazem (2) nie ma podstaw prawnych do jego wydania, czyli jest on bezprawny.

W świetle powołanych przepisów nie może ulegać wątpliwości, że nie ma mocy wiążącej rozkaz, który zakazuje udzielenia pomocy osobom znajdującym się w położeniu grożącym bezpośrednim niebezpieczeństwem utraty życia albo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu. Nieudzielenie tej pomocy, kiedy nie wiąże się z samonarażeniem się na utratę

życia lub odniesieniem ciężkiego uszczerbku na zdrowiu, stanowi bowiem realizację znamion art. 162 k.k., a zarazem brak jest podstaw prawnych do wydania takiego rozkazu.

Z kolei art. 318 k.k. odpowiada na pytanie, kiedy za wykonanie rozkazu, którego treścią jest czyn przestępny, funkcjonariusz może ponieść odpowiedzialność karną. Otóż mimo wyłączenia na mocy art. 344 k.k. wiążącego charakteru każdego rozkazu o takiej treści, w świetle art. 318 k.k. funkcjonariusz nie poniesie odpowiedzialności za wykonanie tego rozkazu, jeśli działał nieumyślnie. Zgodnie z art. 318 k.k. *in fine* za przestępstwo dokonane umyślnie, mimo że stanowiło treść rozkazu, funkcjonariusz odpowiedzialność już ponosi. Należy w tym miejscu przypomnieć dwie kwestie odnoszące się – odpowiednio – do problemu strony podmiotowej czynu zabronionego oraz winy. Po pierwsze, umyślność ma obejmować znamiona typu czynu karalnego. Przekonanie funkcjonariusza, że musiał wykonać rozkaz, nie wykluczy umyślności w rozumieniu art. 9 § 1 k.k. Jak się bowiem zasadnie wskazuje w piśmiennictwie, „do przyjęcia umyślności czynu zabronionego (...) nie jest wymagana świadomość bezprawności czynu”¹⁴. Po drugie, błędne przekonanie funkcjonariusza, że działanie w ramach rozkazu nie może być podstawą odpowiedzialności karnej, nie stanowi błędu usprawiedliwionego, a zatem nie wyłącza przestępności czynu ze względu na brak winy. Jak się bowiem wskazuje, „**Usprawiedliwione błędne przekonanie** w znaczeniu art. 28 § 2 (tak samo w znaczeniu art. 29 i 30) należy rozumieć w ten sposób, że sprawcy nie można zarzucić, iż gdyby dołożył należytej staranności, to rozpoznałby właściwie zachodzącą sytuację”¹⁵. Tymczasem jedną z podstawowych zasad dotyczących statusu prawnego żołnierza czy funkcjonariusza jest, że nie powinien on wykonywać rozkazu, którego treścią jest popełnienie czynu karalnego, a za wykonanie takiego rozkazu niewykuczona jest jego odpowiedzialność karna. Dołożenie należytej staranności przez żołnierza (funkcjonariusza) oznaczałoby zaś, że takie rudymentarne prawidło byłoby mu znane. Powtórzyć ponadto trzeba, że nie ma prawnych podstaw do wydania w czasie pokoju rozkazu zakazu pomocy człowiekowi znajdującemu się w sytuacji bezpośredniego zagrożenia życia lub zdrowia.

¹⁴ A. Zoll, w: *Kodeks...*, s. 149.

¹⁵ A. Zoll, w: *Kodeks...*, s. 615.

Powyższe oznacza, że jeśli sprawca obejmuje świadomością, iż dana osoba znajduje się w położeniu grożącym bezpośrednim niebezpieczeństwem utraty życia albo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu oraz że może udzielić jej pomocy bez narażenia na niebezpieczeństwo swojego życia lub zdrowia, a mimo to nie realizuje obowiązku udzielenia tej osobie pomocy, to popełnia czyn zabroniony z art. 162 k.k. Przekonanie o związaniu rozkazem może jedynie stanowić podstawę nadzwyczajnego złagodzenia kary jako nieusprawiedliwiony błąd co do okoliczności wyłączającej bezprawność albo winę w rozumieniu art. 29 k.k.

Pozostaje do rozważenia, kiedy w kontekście okoliczności analizowanych układów sytuacyjnych wystąpi stan grożący bezpośrednim niebezpieczeństwem utraty życia albo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu, a kiedy zaktualizuje się obowiązek pomocy oraz – w razie jego niewykonania – norma przewidująca sankcję karną. Otóż, po pierwsze, niebezpieczeństwo musi grozić życiu człowieka lub musi to być zagrożenie poniesienia ciężkiego uszczerbku na zdrowiu w rozumieniu art. 156 § 1 k.k. Ponadto niebezpieczeństwo to musi być bezpośrednie, co oznacza, że stan niebezpieczeństwa musi być tego rodzaju, że bez włączenia się dodatkowych okoliczności może ulec ono zniszczeniu. Rzecz też można, że niebezpieczeństwo bezpośrednie to takie, w przypadku którego brak niezwłocznego udzielenia pomocy może sprawić, że nie będzie już możliwe późniejsze ocalenie dobra¹⁶.

Ocena, czy niebezpieczeństwo ma charakter bezpośredni, musi – rzecz jasna – być dokonywana *ad casum*. Niewątpliwie uwzględnienia w tym kontekście wymagać będą warunki meteorologiczne. Wskazać należy, że w przypadku niskich temperatur, zwłaszcza poniżej zera stopni, znajdowanie się w lesie, z którego wydostanie się jest uniemożliwiane, i nie dysponując sprzętem umożliwiającym egzystencję w takich warunkach, samo przez się stanowi położenie bezpośrednio zagrażające życiu. Poza oddziaływaniem temperatury, o stanie bezpośredniego zagrożenia życia lub zdrowia świadczyć mogą choroby lub urazy, nawet te, które w codziennych okolicznościach takiego zagrożenia nie niosą, jednak w owym anormalnym położeniu, takie zagrożenie już będą nieść.

Trzeba jednak dodać, że znalezienie się przez wymagającą pomocy osobę w położeniu bezpośredniego zagrożenia musi być uświadomione

¹⁶ Zob. A. Spotowski, *Funkcja...*, s. 84–87 i cyt. lit.

przez podmiot czynu z art. 162 k.k. Tymczasem niektóre choroby bądź urazy, będące źródłem bezpośredniego niebezpieczeństwa, nie zawsze będą dostrzegalne dla osoby trzeciej. W takich przypadkach brak świadomości występowania niebezpieczeństwa wykluczy odpowiedzialność za nieudzielenie pomocy. Odmiennie należy ocenić fakt przebywania pod gołym niebem bez odpowiedniego sprzętu w bardzo niskiej temperaturze i bez możliwości opuszczenia tego miejsca. Fakt ten jest bowiem w sposób oczywisty percepowalny i możliwy do powiązania z owym bezpośrednim niebezpieczeństwem. Podmiot mający świadomość przebywania konkretnych osób w warunkach zimowych na obszarze lasu, z którego ich wydostanie jest uniemożliwiane, będzie zatem spełniał przesłankę świadomości bezpośredniego zagrożenia grożącego tym osobom.

W świetle powyższego stwierdzić należy, że art. 162 k.k. stanowi podstawę obowiązku umożliwienia wejścia na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej i podjęcia na tym terytorium odpowiednich czynności z zakresu pomocy humanitarnej i medycznej względem osób, które znalazły się w położeniu grożącym bezpośrednim niebezpieczeństwem utraty życia albo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu. Obowiązek ten spoczywa zarówno na osobach cywilnych jak i funkcjonariuszach służb, a za jego niewykonanie k.k. przewiduje dla obu tych kategorii osób odpowiedzialność karno-prawną. Gdy zaś funkcjonariusz nie wykonał obowiązku ze względu na zabraniający udzielenia pomocy rozkaz, to co najwyżej błędne przekonanie o wiążącym charakterze takiego rozkazu daje sądowi uprawnienie do nadzwyczajnego złagodzenia kary.

4.6. Atak na dobra funkcjonariuszy publicznych a stan wyższej konieczności

We wcześniejszych rozważaniach wskazano już, że możliwe jest niszczenie w granicach kontratypowego stanu wyższej okoliczności elementów infrastruktury, które mają za zadanie chronić granicę przed sforsovaniem. Pojawić się zaś musi pytanie, czy – a jeżeli tak, to pod jakimi warunkami – prawnie dopuszczalne jest atakowanie dóbr prawnych funkcjonariuszy strzegących przejścia granicznego lub obszaru przygranicznego. Udzielenie na nie odpowiedzi jest zadaniem niezwykle skomplikowanym. Nie budzi bowiem z jednej strony wątpliwości, że dobra

funkcjonariuszy nie podlegają absolutnej ochronie. Mogą się więc zdarzyć wyjątkowe przypadki, kiedy będzie można legalnie je zaatakować. Oczywiście jest jednak też, że dopuszczalność takiego ataku może zachodzić jedynie w ekstremalnych sytuacjach. Podstawowym obowiązkiem pograniczników jest bowiem obrona polskich granic. W ramach realizacji takiego zadania są oni narażeni na różnorakie niebezpieczeństwa ze strony różnych osób. Zarazem w działalność funkcjonariuszy wpisane jest również to, że podejmowane przez nich czynności, choć oparte na podstawie przepisów prawa, mogą okazać się merytorycznie bezzasadne. Ich uprawnienia aktualizują się bowiem dopiero wówczas, gdy mają oni uzasadnione podejrzenie, że określona osoba dopuściła się czynu zabronionego. Często bazują oni więc na przypuszczeniach, które *ex post* mogą okazać się błędne. Z tego powodu pogranicznicy i inni przedstawiciele służb muszą być odpowiednio chronieni przed cudzoziemcami, którzy w sposób siłowy mogliby kwestionować podejmowanie wobec nich określonych działań.

W literaturze podkreśla się, że nie mają one cechy bezprawności takie czynności funkcjonariuszy publicznych, które podjęte są w ramach wykonywania przez nich szczególnych uprawnień lub obowiązków. Nie jest więc bezprawnym zamachem naruszenie przez funkcjonariusza publicznego dóbr chronionych prawem, gdy działa on w ramach swoich kompetencji służbowych i w przewidzianym przez prawo trybie postępowania. Dla oceny legalności zachowania funkcjonariusza publicznego nie jest istotna merytoryczna słuszność podjętych przez niego decyzji. System prawny, by zapewnić efektywność działania organów państwa, warunkuje legalność czynności ich formalną dopuszczalnością. Zagadnienie jej merytorycznej zasadności często jest oceniane dopiero *ex post*. Dlatego też zapewnione są (a przynajmniej powinny być) mechanizmy kwestionowania właśnie merytorycznie niewłaściwych decyzji¹⁷.

Nie jest zatem zamachem bezprawnym na wolność obywatela, upoważniającym do stosowania obrony koniecznej, zatrzymanie przez policjanta na skutek podejrzenia, że ma do czynienia z poszukiwaną osobą, nawet gdy się okaże, że podejrzenie to w stosunku do tego obywatela nie było uzasadnione. Bezzasadnie zatrzymany obywatel dysponuje

¹⁷ Zob. rozwiązania dotyczące zażalenia na zatrzymanie i ewentualne roszczenia odszkodowawcze z tytułu oczywiście niesłusznego zatrzymania.

środkami prawnymi służącymi obronie jego interesów¹⁸. W tym kontekście akcentuje się jednak, że w pewnych wyjątkowych wypadkach, tj. gdy działanie funkcjonariusza publicznego w ramach jego kompetencji, lecz merytorycznie błędne, grozi bezpośrednim niebezpieczeństwem wyrażenia nieodwracalnej szkody danej osobie, wówczas taka jednostka może zapobiec takiemu niebezpieczeństwu w ramach stanu wyższej konieczności wyłączającego, w zależności od sytuacji, bądź to bezprawność, bądź to winę¹⁹.

Nie ulega wątpliwości, że taka sytuacja może wystąpić w odniesieniu do migranta, który albo forsuje granicę polsko-białoruską, albo jest usuwany przez funkcjonariuszy z terytorium Polski na Białoruś. Wówczas nie jest wykluczone powołanie się na stan wyższej konieczności przy stosowaniu siły fizycznej wobec przedstawiciela służb (np. wtedy, gdy wykonanie push-backu może doprowadzić do tego, że cudzoziemiec zostanie pozbawiony możliwości powrotu do swego macierzystego kraju i będzie zmuszony do koczowania w lesie, które może z prawdopodobieństwem graniczącym z pewnością zagrozić bezpośrednio jego życiu). Ocena prawna będzie jednak uzależniona od tego, jakie dobro prawne zostanie zaatakowane przez cudzoziemca oraz w jakim stopniu będzie ono zagrożone.

Z drugiej strony w doktrynie wskazuje się na możliwość wystąpienia sytuacji, w której będzie możliwe stosowanie obrony koniecznej w stosunku do funkcjonariusza. Jest to możliwe po pierwsze wtedy, gdy funkcjonariusz wykorzystuje swe kompetencje do załatwienia swych prywatnych porachunków. Po drugie, podkreśla się, że zamachami „bezpawnymi są także takie zachowania funkcjonariuszy publicznych, które nie mieszczą się w ogóle w ramach ich kompetencji (próba przywłaszczenia sobie jakiegoś przedmiotu przez policjanta dokonującego przeszukania mieszkania) lub stanowią naruszenie tych kompetencji (np. używanie broni lub pałki służbowej w sposób wyraźnie odbiegający od obowiązujących przepisów)²⁰. Możliwe jest więc powołanie się przez imigranta na obronę konieczną, np. wówczas, gdy jest on poddawany torturom lub kiedy pogranicznik – bez wdrożenia jakiegokolwiek trybu przewidzianego prawem – wywozi cudzoziemca do lasu, chcąc

¹⁸ A. Zoll, w: *Kodeks...*, s. 551.

¹⁹ A. Zoll, w: *Kodeks...*, s. 551–552.

²⁰ A. Zoll, w: *Kodeks...*, s. 552.

pozostawić go w takim miejscu i takich warunkach, że grozi mu utrata życia lub wystąpienie ciężkiego uszczerbku na zdrowiu.

Dopuszczalne jest też podjęcie działań obronnych wtedy, gdy przykładowo funkcjonariusze, działając bez jakiegokolwiek podstawy prawnej, zabierają pieniądze imigrantów lub niszczą należące do nich telefony. Wówczas bowiem przedstawiciel służb, wykonując czynności mieszczące się całkowicie poza swymi kompetencjami, dopuszcza się bezpośredniego i bezprawnego zamachu na cudze mienie ruchome. Przesądzenie, że działania funkcjonariuszy są rezultatem wykonywania rozkazów polecających im popełnianie przestępstw (wobec braku normatywnie skutecznej autoryzacji wydania konkretnego polecenia, np. push-backu) prowadzi do wniosku, że zachowania te są bezprawne i przysługuje wobec nich obrona konieczna (o kwestii rozkazu mowa będzie niżej).

Należy też podkreślić, że na funkcjonariuszu, który pozbawia wolności cudzoziemca w celu zastosowania wobec niego prawem przewidzianej procedury, ciąży prawny i szczególny obowiązek zapobieżenia negatywnym skutkom dla zdrowia lub życia obcokrajowca. Wykonując więc procedurę push-backu, musi doprowadzić do tego, by cudzoziemiec opuścił granice Polski w bezpiecznym miejscu. Jeśli zaś nie dopełni tego obowiązku, przez co imigrantowi grozić będzie niebezpieczeństwo, wówczas funkcjonariusz dopuści się bezprawnego zaniechania, które może uprawniać do podjęcia działań obronnych. Przykładowo, zabranie chorego i rannego cudzoziemca ze szpitala, wywiezienie go na bagna, narażenie na ekspozycję niskich temperatur może z dużym prawdopodobieństwem doprowadzić do jego śmierci. Takie zachowanie pogranicznika stanowi więc przekroczenie normy sankcjonującej ochronę życia. Z tego powodu przeciwko takim działaniom przysługuje prawo do podjęcia obrony przed działaniami pogranicznika. Każdy pozbawiony wolności na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej pozostaje pod ochroną jej władz, które muszą zapewnić mu bezpieczeństwo.

Wykazano już, że na funkcjonariuszach publicznych ciąży ogólny obowiązek udzielenia pomocy migrantom znajdującym się w bezpośrednim niebezpieczeństwie utraty życia lub doznania ciężkiego uszczerbku na zdrowiu, nawet gdy ci znajdują się po stronie białoruskiej. Pomoc ta może przede wszystkim polegać na wpuszczeniu cudzoziemców na teren Polski. W literaturze dopuszcza się zaś możliwość stosowania obrony koniecznej w niektórych przypadkach bezprawnych zaniechań. Powstaje

ona zwłaszcza wtedy, gdy wykonania określonej powinności może wykonać wyłącznie osoba dopuszczająca się bierności²¹. Przyjmując takie założenie, uprawnione jest twierdzenie, że pogranicznicy, którzy nie wpuszczają na teren Polski cudzoziemców znajdujących się w stanie bezpośredniego niebezpieczeństwa dla zdrowia lub życia, dopuszczają się czynu bezprawnego, który może z kolei polegać na podjęciu działań obronnych wymierzonych w stronę funkcjonariusza. Oczywiście działania takie muszą być proporcjonalne do istniejącego zagrożenia i muszą być podejmowane w taki sposób, by w możliwie największym stopniu uniknąć szkód w dobrach prawnych.

5. Konkluzja

Prowadzone w tym tekście rozważania dowiodły, że możliwa jest legalizacja przekroczenia przez cudzoziemca polskiej granicy lub pobytu na terenie Rzeczypospolitej Polskiej z powołaniem się na stan wyższej konieczności. Niekiedy też czyny takie będą skutkować wyłączeniem winy (gdy migrant poświęci dobro o tej samej lub większej wartości niż dobro ratowane). Nie da się też wykluczyć możliwości zaatakowania dóbr funkcjonariuszy strzegących obszaru przygranicznego w ramach obrony koniecznej. Jest to możliwe wówczas, gdy przedstawiciele służb będą dopuszczać się wobec migrantów bezprawnych czynów.

Kończąc, warto jeszcze wspomnieć o jednym problemie, który wiąże się z analizowaniem potencjalnych sytuacji kontratypowych związanych z kryzysem na granicy polsko-białoruskiej. Mogą bowiem się zdarzyć sytuacje, w których członkowie organizacji pozarządowych, wolontariusze lub inne osoby będą pomagać migrantom w przekroczeniu granicy lub pobycie na terenie Polski, tkwiąc w błędnym przekonaniu, że po stronie cudzoziemców zachodzi stan wyższej konieczności wyłączający bezprawność. Jeśli błąd taki będzie usprawiedliwiony, wówczas tacy pomocnicy nie będą ponosić odpowiedzialności karnej. W kontekście usprawiedliwienia tego błędu będzie mieć znaczenie wiedza co do tego, jaką praktykę stosują polskie służby wobec migrantów napływających z Białorusi.

²¹ A. Zoll, w: *Kodeks...*, s. 545.

Summary

The refugee crisis on the Polish-Belarusian border related to the appearance on the border of a significant number of people who were brought to the territory of Belarus and then directed to the territory of Poland in an organized manner by Belarusian services led to a number of actions by, among others, Polish authorities, the legal aspects of which required urgent elaboration. This article addresses the issue of crossing the border and staying on the territory of immigrants under conditions of state of necessity. The considerations carried out in this text have proven that it is possible to legalize a foreigner's crossing of the Polish border or stay in the Republic of Poland by invoking a state of superior necessity. Sometimes, too, such acts will result in the exclusion of guilt (when the migrant sacrifices a good of the same or greater value than the good being saved). It is also impossible to exclude the possibility of attacking the property of officers guarding the border area as a necessary defense. This is possible when service representatives commit unlawful acts against migrants. It is also permissible to take defensive action when, for example, officers, acting without any legal basis, take the migrants' money or destroy phones belonging to them. This is because then a representative of the services, performing actions that are completely outside his competence, commits a direct and unlawful attack on other people's movable property. The determination that the officers' actions are the result of the execution of orders instructing them to commit crimes (in the absence of normatively effective authorization for the issuance of a specific order, such as push-back) leads to the conclusion that these behaviors are unlawful and a necessary defense is available against them.

Keywords

refugees, crisis, order, state of necessity, border crossing, duress, Polish-Belarusian border, state of emergency, restrictions on rights and freedoms

Bibliography

- Boczek K., *Jakby to nie byli ludzie. 13 form bezwzględnej przemocy polskich służb granicznych*, < https://oko.press/jakby-to-nie-byli-ludzie-13-form-bezwzgledej-przemocy-polskich-sluzb-granicznych-katalog-bezprawia/?utm_medium=Social&utm_source=Twitter&fbclid=IwAR0kzyxsqTOqySTBGsGtldmqLLJSH_EH-896StOH0I9VGyxGIKij5gjiwBo#Echobox=1639253175 >.
- Ćwiąkański Z., w: *Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Komentarz do art. 277-277d*, red. W. Wróbel, A. Zoll, Warszawa 2017.
- Garlicki L., w: *Konstytucja Rzeczypospolitej Polski. Komentarz. Tom II*, red. L. Garlicki, M. Zubik, Warszawa 2016.
- Kryzys humanitarny na pograniczu polsko-białoruskim. *Raport Grupy Granica*, red. W. Klaus, < <https://www.grupagranica.pl/files/Raport-GG-Kryzys-humanitarny-napograniczu-polsko-bialoruskim.pdf> >.
- Spotowski A., *Funkcja niebezpieczeństwa w prawie karnym*, Warszawa 1990.

Wiktor Antolak, Szymon Tarapata, Witold Zontek

Tarapata S., *Przypisanie sprawstwa skutku w sensie dynamicznym w polskim prawie karnym*, Kraków 2019.

Wróbel W., Zoll A., *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2012.

Zajac D., *Stosowanie procedury push-back a odpowiedzialność karna*, „Karne24.com”, < <https://karne24.com/stosowanie-procedury-push-back-a-odpowiedzialnosc-karna/> >.

Zoll A., w: *Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Część I. Komentarz do art. 1–52*, red. W. Wróbel, A. Zoll, Warszawa 2016.

Zontek W., w: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do art. 1–116*, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, Warszawa 2021.