

WYROK Z DNIA 9 MARCA 2010 R.
V KK 265/09

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 granic.

Przewodnicząca: sędzia SN E. Strużyna.

Sędziowie: SN K. Cesarz (sprawozdawca), SA (del. do SN) K. Klugiewicz.

Prokurator Prokuratury Krajowej: Z. Siejbik.

Sąd Najwyższy w sprawie Roberta B., skazanego z art. 272 k.k. i innych, po rozpoznaniu w Izbie Karnej na rozprawie w dniu 9 marca 2010 r., kasacji, wniesionej przez obrońców skazanego od wyroku Sądu Okręgowego w K. z dnia 3 marca 2009 r., zmieniającego wyrok Sądu Rejonowego w K. z dnia 4 września 2008 r.,

- 1) u c h y l i ł zaskarżony wyrok w zakresie rozstrzygnięć zawartych w pkt 2, 3 i 4 i w tej części przekazał sprawę Sądowi Okręgowemu w K. do ponownego rozpoznania,
- 2) p o z o s t a w i ł bez rozpoznania kasację obrońcy skazanego – adw. J. T. w części dotyczącej rozstrzygnięcia zawartego w pkt 1 wyroku Sądu Okręgowego.

UZASADNIENIE

Sąd Rejonowy w K. wyrokiem z dnia 4 września 2008 r., uznał Roberta B. za winnego:

- I. czynu wypełniającego dyspozycję art. 258 § 3 k.k., za który wymierzył karę 6 lat pozbawienia wolności,
- II. czynu wyczerpującego dyspozycję art. 47 ustawy z 24 kwietnia 1997 r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 65 § 1 k.k. i wymierzył karę 3 lat pozbawienia wolności,
- III. czynu zakwalifikowanego z art. 272 k.k. i 270 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. i 12 k.k., za który wymierzył karę roku pozbawienia wolności,
- IV. ciągu trzech przestępstw wypełniających dyspozycję art. 272 k.k. i 233 § 6 k.k. w zw. z art. 233 § 1 k.k. oraz art. 270 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. i art. 12 k.k. i wymierzył karę 2 lat pozbawienia wolności,
- V. czynów z pkt VII, VIII i IX aktu oskarżenia (opisanych w części wstępnej wyroku), polegających na tym, że: VII- w okresie od dnia 20 lipca 2001 r. do dnia 12 listopada 2003 r., w krótkich odstępach czasu w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, używając podstępu w postaci posługiwania się paszportem numer (...) wydanym przez Wojewodę Mazowieckiego w dniu 10 lipca 2001 r., poświadczającym nieprawdę co do prawdziwej tożsamości, wbrew przepisom ustawy 35 razy przekroczył granicę Rzeczypospolitej Polskiej w Kunowicach, Zgorzelcu, Barwinku, Świecku, Łęknicy, Chyżnem, Jędrzychowicach, Cieszynie, Jakuszycach, oraz w dniu 17 i 19 października 2003 r. w Hrebennem, VIII -w dniu 29 listopada 2003 r. w S., używając podstępu w postaci posługiwania się dowodem osobistym numer (...) wydanym przez Prezydenta Miasta S. w dniu 28 maja 2001 r., poświadczającym nieprawdę co do prawdziwej tożsamości, wbrew przepisom ustawy przekroczył granicę Rzeczypospolitej Polskiej, IX - w okresie

od dnia 22 grudnia 2003 r. do dnia 9 lutego 2005 r., w krótkich odstępach czasu w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, używając podstępnie w postaci posługiwania się paszportem numer (...) wydanym przez Wojewodę Mazowieckiego w dniu 10 grudnia 2003 r., poświadczającym nieprawdę co do prawdziwej tożsamości, wbrew przepisom ustawy 14 razy przekroczył granicę Rzeczypospolitej Polskiej w Kunowicach, Świecku, Kostrzynie, Słubicach, oraz w dniu 7 sierpnia i 7 września 2004 r. w Hrebennem, i przyjmując, że stanowią one „ciąg przestępstw, opisany w art. 264 § 2 k.k. w zw. z art. 12 k.k. i 264 § 2 k.k. przy zastosowaniu art. 91 § 1 k.k.”, na podstawie art. 264 § 2 k.k. w zw. z art. 91 § 1 k.k. wymierzył karę 2 lat pozbawienia wolności.

Następnie Sąd na podstawie art. 85 k.k., 86 § 1 k.k. i 91 § 1 k.k. wymierzył oskarżonemu karę łączną 8 lat pozbawienia wolności i obciążył go kosztami sądowymi.

W apelacji obrońców zarzuty 1 – 4, 6 i 8 dotyczyły rozstrzygnięć zawartych w pkt I i II wyroku (co do czynów z art. 258 § 3 k.k. i ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii), zarzut z pkt 7 obraży art. 5 § 2 k.p.k., 7 k.p.k., 410 k.p.k. nie został powiązany z żadnym z przypisanych czynów ani nie znalazł rozwinięcia w uzasadnieniu skargi, natomiast w pkt 5 zarzuciono „naruszenie prawa materialnego, tj. art. 264 § 2 k.k., przez błędne zastosowanie tej normy do ustalonego w sprawie stanu faktycznego, mimo braku znamienia działania przez oskarżonego z użyciem podstępnie oraz mimo braku znamienia przekroczenia granicy wbrew przepisom, tj. mimo braku znamienia bezprawności czynu”.

Obrońcy wnieśli o uchylenie wyroku albo jego zmianę i uniewinnienie oskarżonego od czynów opisanych w pkt I, II, IV i V części dyspozytywnej (sentencji) wyroku, a co do czynu z pkt III – złagodzenie wymiaru kary.

Wyrokiem z dnia 3 marca 2009 r., Sąd Okręgowy w K.:

- 1) uchylił zaskarżony wyrok w pkt I (czyn z art. 258 § 3 k.k.) i pkt II (czyn z art. 47 ustawy z dnia 24 kwietnia 1997 r. o przeciwdziałaniu narkomanii) i w tym zakresie przekazał sprawę Sądowi Rejonowemu w K. do ponownego rozpoznania,
- 2) uchylił orzeczenie o karze łącznej i na podstawie art. 85, 86 § 1 i 91 § 2 k.k. połączył kary wymierzone w pkt III, IV i V wyroku Sądu Rejonowego, orzekając karę łączną 4 lat pozbawienia wolności,
- 3) w pozostałej części utrzymał w mocy zaskarżony wyrok,
- 4) obciążył oskarżonego kosztami sądowymi za postępowanie odwoławcze i wymierzył opłatę za obie instancje.

Od wyroku Sądu odwoławczego zostały złożone dwie kasacje.

W pierwszej (także autorów apelacji) zarzucono:

- „1) rażące naruszenie prawa procesowego, mające istotny wpływ na treść orzeczenia, a to poprzez naruszenie następujących przepisów,
- a) art. 6, art. 350 § 1 k.p.k., art. 451 k.p.k. przez nieuwzględnienie wniosku oskarżonego o doprowadzenie go na rozprawę, mimo iż wniosek taki został złożony przez oskarżonego pozbawionego wolności, a w złożonej apelacji zostały podniesione zarzuty dotyczące tak prawa, jak i kwestii natury faktycznej, dla oceny których bezpośredni kontakt z oskarżonym był niezbędny,
 - b) art. 434 § 1 k.p.k. w zw. z art. 85 k.k. i art. 86 § 1 k.k., i wyrażonej tam zasady zakazu *reformationis in peius*, poprzez dokonanie zmiany wysokości kary łącznej za czyny z punktu III, IV i V wyroku Sądu Rejonowego w K. z pominięciem zastosowanej przez ten Sąd proporcji absorpcji kar częściowych i ustanowienie nowej proporcji, mniej korzystnej dla oskarżonego,
- 2) rażące naruszenie przepisów prawa materialnego, a to poprzez naruszenie art. 1 § 1 k.k. i art. 264 § 2 k.k. i zasady *nullum crimen sine lege*, poprzez błędne zastosowanie tej normy do ustalonego w sprawie

stanu faktycznego, mimo braku znamienia działania przez oskarżonego z użyciem podstępów oraz mimo braku znamienia przekroczenia granicy wbrew przepisom, tj. mimo braku znamienia bezprawności czynu, co miało istotny wpływ na treść orzeczenia”.

Autorka drugiej kasacji zarzuciła:

- „1) rażące naruszenie prawa materialnego, mające istotny wpływ na treść orzeczenia to jest art. 264 § 2 k.k. w zw. z art. 20 Rozporządzenia (WE) nr 562/2006 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 15 marca 2006 roku w zw. z art. 4 § 1 k.k. w zw. z art. 1 § 1 k.k. poprzez błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, iż przekroczenie przez Roberta B. granicy Rzeczypospolitej Polskiej w miejscowościach: Kunowice, Zgorzelec, Barwinek, Świecko, Łęknica, Chyżne, Jędrzychowice, Cieszyn oraz Jakuszyce odbyło się wbrew przepisom, których dotyczy norma art. 264 § 2 k.k. pomimo, że:

przepisami tymi było obowiązujące w dacie wyrokowania w/w Rozporządzenie, którego art. 20 *explicite* stanowił, że granice wewnętrzne Unii Europejskiej – Strefy Schengen mogą być swobodnie przekraczane w każdym miejscu bez dokonywania odprawy granicznej osób niezależnie od ich obywatelstwa (m.in. bez obowiązku okazywania paszportu i przedstawiania tożsamości), a zatem w sposób, w jaki przekraczał je Robert B.,

w konsekwencji zaś nieprawidłowe przyjęcie, iż doszło do popełnienia przestępstwa pomimo braku bezprawności zarzucanych czynów, co stanowi naruszenie naczelnej zasady wynikającej z art. 1 § 1 k.k. w zw. z art. 4 § 1 k.k.,

- 2) rażące naruszenie prawa materialnego, mające istotny wpływ na treść orzeczenia to jest art. 264 § 2 k.k. w zw. z art. 23 pkt 1 i 2 Rozporządzenia (WE) nr 562/2006 Parlamentu Europejskiego i Rady poprzez błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, iż wynikająca z art. 23 pkt 1 i 2 w/w Rozporządzenia hipotetyczna i podyktowana szczególnymi wa-

runkami możliwość przywrócenia przez Państwo Członkowskie na określony czas kontroli granicznej pozwala na uznanie, iż przekroczenie przez Roberta B. granicy Rzeczypospolitej Polskiej w miejscowościach: Kunowice, Zgorzelec, Barwinek, Świecko, Łęknica, Chyżne, Jędrzychowice, Cieszyn oraz Jakuszyce wypełnia znamiona przestępstwa opisanego w art. 264 § 2 k.k. pomimo, że:

aktualnie obowiązujące przepisy, do których odnosi się art. 264 § 2 k.k., żadnych ograniczeń w przekraczaniu tzw. wewnętrznej granicy Unii Europejskiej – Strefy Schengen nie przewidują, a przepisy, na które się powołał Sąd drugiej instancji w uzasadnieniu wyroku, mają charakter wyjątkowy i mogą, lecz nie muszą być wprowadzone w życie, oraz co najważniejsze, nie obowiązywały w dacie wyrokowania,

a w konsekwencji,

3) rażąco niewspółmierność wymierzonej Robertowi B. kary pozbawienia wolności za czyn z art. 264 § 2 k.k. to jest wymierzenie mu kary 2 lat pozbawienia wolności za dwukrotne przekroczenie wbrew przepisom ustawy granicy Rzeczypospolitej Polskiej w miejscowości Hrebenne – i wynikające z tego wymierzenie mu przez Sąd II instancji rażąco niewspółmiernej kary łącznej,

a ponadto

4) rażące naruszenie prawa to jest art. 25 § 1 ust. 2 k.p.k. w zw. z art. 7 p.w. k.p.k. w zw. z art. 6 ustawy z 29 marca 2007 r. w zw. z art. 6a ustawy z dnia 23 sierpnia 2007 r. w zw. z art. 258 § 3 k.k. poprzez ich błędną wykładnię polegającą na uznaniu, iż reguła petryfikacji właściwości sądu w przypadku uchylenia wyroku przez Sąd drugiej instancji i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania w postępowaniu pierwszoinstancyjnym uzasadnia skierowanie jej do rozpoznania przez Sąd Rejonowy, to jest według właściwości przyjętej w oparciu o nieo-

bowiąjącą już ustawę k.p.k., pomimo iż właściwy do ponownego rozpoznania sprawy o zarzuty z art. 258 § 3 k.k. jest Sąd Okręgowy”.

Skarżący wnieśli o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi odwoławczemu do ponownego rozpoznania.

Prokurator w pisemnej odpowiedzi na kasację postulował ich oddalenie jako oczywiście bezzasadnych.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Na wstępie należy przypomnieć, że kasacja przysługuje jedynie od orzeczenia kończącego postępowanie (art. 519 k.p.k. i 521 k.p.k.), zaś stronie – od takiego wyroku. Niedopuszczalna była zatem skarga kasacyjna adw. J. T. od rozstrzygnięcia uchylającego w części wyrok Sądu pierwszej instancji. Wszak nie ma ono przymiotu prawomocności (nie stanowi o odpowiedzialności karnej oskarżonego). Wymienioną kasację w tym zakresie należało więc pozostawić bez rozpoznania (art. 531 § 1 k.p.k.). Już tylko dla porządku dodać trzeba, że orzeczenie sądu odwoławczego o przekazaniu sprawy sądowi niższej instancji do ponownego rozpoznania też nie jest prawomocne (wiążące), ponieważ sąd przed przystąpieniem do rozpoznania sprawy (również kolejnego) bada z urzędu swą właściwość m.in. rzeczową, a w razie stwierdzenia swej niewłaściwości przekazuje sprawę sądowi właściwemu (art. 35 § 1 k.p.k.).

Co do zarzutów z pkt 1 kasacji adw. J. P. i J. D.

Ad ppkt a) nie zaistniało uchybienie art. 350 § 1 k.p.k., czy raczej – jak wskazywano w uzasadnieniu skargi – § 2 art. 350 k.p.k. Przepis ten mieści się w Dziale VIII – „Postępowanie przed sądem pierwszej instancji” i rozdziale 41 zatytułowanym „Przygotowanie do rozprawy głównej”. Natomiast kwestia obecności oskarżonego pozbawionego wolności na rozprawie odwoławczej regulowana jest odmiennie przez art. 451 k.p.k. Zgodzić się należy, że doszło do naruszenia tego przepisu, chociaż nie jego literalnego brzmienia, lecz w związku z uchybieniem dyspozycji art. 6 k.p.k. Nie

zmienia tej oceny uchylenie wyroku Sądu Rejonowego w zakresie czynów z art. 258 § 3 k.k. i art. 47 ustawy z 1997 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (cz. I i II), bo tu fakt nieuwzględnienia wniosku oskarżonego o sprowadzenie go na rozprawę odwoławczą nie miał żadnego wpływu na treść wyroku, odczytanego w powiązaniu z wnioskiem apelacji. Istotne jest bowiem, że oskarżonemu uniemożliwiono osobiste wypowiedzenie się (obronę) przed Sądem odwoławczym co do trafności przypisania pozostałych czynów, wymiaru za nie kar, a przede wszystkim, kary łącznej. Wszak Sąd Okręgowy przyjął, że zarzut z pkt 7 apelacji (naruszenia art. 5 § 2, 7, 410 k.p.k.) dotyczył czynów przypisanych w pkt III, IV i V wyroku Sądu Rejonowego, w granicach określonych dyspozycją art. 447 § 1 k.p.k. W postanowieniu o odmowie sprowadzenia oskarżonego na rozprawę z dnia 9 lutego 2009 r. błędnie wstępnie uznano więc, że apelacja odnosi się „w głównej mierze do kwestii prawnych a nie faktycznych”. Ponadto, nie tylko w powyższym rozumieniu, ale i ogólnie przyjętym, do kwestii faktycznych, a nie prawnych, należy wymiar kary za poszczególne czyny, również za czyn z pkt III, która w apelacji wprost była kwestionowana. Podsumowując, mimo zaskarżenia wyroku także co do winy i kary w zakresie czynów z pkt IV – IX aktu oskarżenia i co do kary w odniesieniu do czynu z pkt III, oraz oczywiście co do kary łącznej, Sąd odwoławczy uniemożliwił oskarżonemu osobistą (ustną) obronę na rozprawie apelacyjnej, której celem mogło być żądanie zrewidowania oceny odnośnie do sprawstwa, winy i kary za poszczególne przestępstwa oraz apelowanie choćby o zachowanie przyjętych przez Sąd Rejonowy proporcji przy wymiarze kary łącznej. Według ugruntowanego stanowiska Sądu Najwyższego, podzielanego w tej sprawie, zaniechanie sprowadzenia oskarżonego pozbawionego wolności na rozprawę apelacyjną, mimo jego żądania, powinno być wyjątkiem. Chociaż przyznać należy, że wykładnia gramatyczna art. 451 k.p.k., nie wiedzie do tak stanowczych wniosków. Jednak przepis ten interpretować trzeba łącznie z art. 6 k.p.k., w

aspekcie materialnego prawa oskarżonego do obrony. Nie zostanie ono naruszone, gdy spór toczy się jedynie o prawo, przy czym decyzja o tym, czy i jakie przepisy prawa zastosować, nie będzie wywoływać negatywnych zmian w obrębie sankcji karnych i innych skutków wyroku Sądu pierwszej instancji. Pamiętać jednak należy, że kwestionowanie kwalifikacji prawnej jest atakowaniem wyroku co do winy, a przez to i co do kary (art. 447 § 1 k.p.k.). Jeżeli apelacja zwrócona jest tylko przeciwko karze, to i tak wywołuje kontrolę określoną w art. 447 § 2 k.p.k., a ponadto może dojść do tzw. odwrócenia kierunku apelacji (art. 434 § 2 k.p.k.), albo wyjścia poza granice środka odwoławczego (art. 435, 439, 455 k.p.k.), do czego impulsem może być treść oświadczenia oskarżonego, złożonego na rozprawie apelacyjnej.

Ad ppkt b) trafny jest zarzut kasacji, że nastąpiło naruszenie art. 434 § 1 k.p.k. w obszarze wymiaru kary łącznej, które miało istotny wpływ na treść zaskarżonego wyroku. Suma jednostkowych kar wymierzonych przez Sąd Rejonowy wynosiła 14 lat. Sąd ten orzekł karę łączną 8 lat pozbawienia wolności, przy czym najwyższa jednostkowa kara (za czyn z art. 258 § 3 k.k.) opiewała na 6 lat. Sąd pierwszej instancji posłużył się więc zasadą mieszaną, bliską zasadzie absorpcji. Natomiast Sąd odwoławczy, po uchyleniu części wyroku, teoretycznie mógł wymierzyć karę łączną w granicach od 2 do 5 lat pozbawienia wolności. Praktycznie, wobec wywiedzenia apelacji tylko na korzyść, był obowiązany zachować proporcje wymiaru kary łącznej, przyjęte przez Sąd Rejonowy. Tymczasem, Sąd Okręgowy karę tę ukształtował blisko sumy (kumulacji) kar jednostkowych. Sąd odwoławczy orzekł więc na niekorzyść oskarżonego, mimo braku środka odwoławczego na jego niekorzyść. Doszło więc do przełamania zakazu *reformationis in peius* (zob. również wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 19 lutego 2003 r., V KK 117/02, R-OSNKW 2003, poz. 370; z dnia 11 kwietnia 2006 r., II KK 208/05, R-OSNKW 2006, poz. 806). Zakaz ten rozciąga się również na

użytą przez Sąd pierwszej instancji zasadę wymiaru kary łącznej i – dodać należy – środka karnego (art. 90 § 2 k.k.). Jednak ocena, czy nie doszło do naruszenia art. 434 § 1 k.p.k., musi być dokonywana przez pryzmat wszystkich kar i środków karnych ostatecznie orzeczonych wobec oskarżonego. W niniejszej sprawie nie ma wątpliwości, że Sąd odwoławczy nie tylko sprzeciwił się pełnej absorpcji, ale wymierzył, czego nie wytłumaczył, karę bliską sumie kar jednostkowych, a więc odstąpił od przyjętej przez Sąd pierwszej instancji zasady.

Do wydania przez Sąd Najwyższy wyroku w przyjętym kształcie wystarczające było rozpoznanie zarzutu z pkt 1 ppkt a i b. Ale rozpatrzono również zarzut drugi i dwa pierwsze zarzuty kasacji adw. J. T., ponieważ konieczne jest podzielenie się z Sądem Okręgowym zapatrywaniami prawnymi, istotnymi dla rozstrzygnięcia w tego typu sprawach, a wiążącymi ten Sąd w niniejszej sprawie.

Zatem, co do obu kasacji – art. 264 § 2 k.k., którego wypełnienie przypisano oskarżonemu w pkt V wyroku Sądu Rejonowego (czyny z pkt VII – IX aktu oskarżenia) jest tzw. przepisem blankietowym. Realizacja znamion tego typu czynu (od dnia 12 sierpnia 2007 r. typu kwalifikowanego w stosunku do zachowania wyczerpującego znamiona wykroczenia z art. 49a § 1 k.w.) następuje w razie przekroczenia granicy RP **wbrew przepisom**, w określony sposób. Przepisy te wyznaczają zakres bezprawności takiego zachowania (zob. A. Zoll [w:] A. Zoll [red.]: Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz, Warszawa 2007, t. I, s. 78). Zmianę przepisów wypełniających znamię „blankietowe” należy traktować jako zmianę ustawy w znaczeniu art. 4 § 1 k.k. (A. Zoll, *op. cit.*, s. 78; B. Kunicka – Michalska: Zasady odpowiedzialności karnej. Art. 1 § 1 i 2, 3 – 7 k.k. Komentarz, Warszawa 2006, s. 251; wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 11 października 2000 r., III KKN 356/99, OSPriPr 2001, z. 2, poz. 1, z dnia 4 lipca 2001 r., V KKN 346/99, OSPriPr 2001, z. 12, poz. 1).

Zmiana przepisów, do których odsyła art. 264 § 2 k.k., nastąpiła z dniem 21 grudnia 2007 r. Od tego dnia decyzją Rady Unii Europejskiej z dnia 6 grudnia 2007 r. w sprawie pełnego stosowania przepisów dorobku Schengen mają one zastosowanie m.in. w Rzeczypospolitej Polskiej (art. 1 Decyzji – DZ.U.UE-L z dnia 8 grudnia 2007 r., nr 323, poz. 34). W skład tego dorobku wchodzi przede wszystkim Rozporządzenie (WE) nr 562/2006 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 15 marca 2006 r. ustanawiające wspólnotowy kodeks zasad regulujących przepływ osób przez granice (kodeks graniczny Schengen), Dz. U. UE-L 2006, nr 105, poz. 1 ze zm. W myśl dyspozycji art. 19a ustawy z dnia 12 października 1990 r. o ochronie granicy państwowej, Dz. U. 2009 r. Nr 12, poz. 67 (dalej u.och.g.p.), z dniem 21 grudnia 2007 r. utracił moc art. 14a tej ustawy, określający, że przekraczanie granicy państwowej stanowiącej granicę wewnętrzną w rozumieniu kodeksu granicznego Schengen, dozwolone jest przez przeznaczone oraz otwarte dla ruchu granicznego przejścia graniczne. Granice wewnętrzne to są m.in. wspólne granice lądowe Państw Członkowskich Unii Europejskiej (art. 2 pkt 1a kodeksu granicznego Schengen – dalej k.g.S.). W preambule do k.g.S. przypomniano, że jednym z celów Unii było stworzenie obszaru, na którym zapewniony jest swobodny przepływ osób – pkt (1). Cel ten jest realizowany przez zapis w art. 20, stanowiący, że **granice wewnętrzne mogą być przekraczane w każdym miejscu bez dokonywania odprawy granicznej osób niezależnie od obywatelstwa**. (Przepis ten zamieszczony jest w rozdziale I zatytułowanym „Zniesienie kontroli granicznej na granicach wewnętrznych”). Nie istnieje już pojęcie „przejście graniczne” na granicy wewnętrznej. „Przejście graniczne” w myśl definicji zawartej w art. 2 pkt 8 k.g.S., jest miejscem wyznaczonym do przekraczania granic zewnętrznych Unii. Dlatego Minister Spraw Wewnętrznych i Administracji na podstawie art. 16 ust. 4 u.och.g.p. ogłosił tylko wykaz przejść granicznych na granicach zewnętrznych, w tym

w Hrebennem (obwieszczenie z dnia 17 grudnia 2008 r. w sprawie ogłoszenia przejść granicznych, rodzaju ruchu dozwolonego przez te przejścia oraz czasu ich otwarcia, M.P. Nr 97, poz. 854). Na granicach wewnętrznych nie ma też odprawy granicznej w rozumieniu art. 2 pkt 10 k.g.S.

Uprawnienie do przekraczania granic wewnętrznych Unii 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 granic.

Obowiązek posiadania przez pełnoletniego obywatela polskiego, zamieszkałego w Rzeczypospolitej Polskiej, dowodu osobistego (art. 34 ust. 1 ustawy z dnia 10 kwietnia 1974 r. o ewidencji ludności i dowodach osobistych, Dz. U. z 2006 r. Nr 139, poz. 993 – dalej u.e.l.d.o.) nie rozciąga się więc na konieczność posiadania przy sobie dowodu w czasie przekraczania granic wewnętrznych. Uregulowania zawarte w art. 20 k.g.S. i art. 34 ust. 1 u.e.l.d.o. są od siebie niezależne (zob. art. 21c k.g.S.). Zgodnie z art. 1 ust. 3 pkt 1 u.e.l.d.o. – dowód osobisty, a w myśl art. 4 ustawy z dnia 13 lipca 2006 r. o dokumentach paszportowych, Dz. U. Nr 143, poz. 1027 ze zm. – dokument paszportowy uprawnia obywateli polskich do przekraczania granicy (dowód osobisty – granic państw członkowskich Unii Europejskiej). W świetle treści art. 20 k.g.S. przepisy te należy interpretować w ten sposób, że ewentualne wezwanie funkcjonariuszy Straży Granicznej państw Unii Europejskiej na granicach wewnętrznych do okazania dowodu lub paszportu będzie służyć tylko weryfikacji (potwierdzeniu), prawa obywatela polskiego do swobodnego przemieszczania się po jej obszarze. Brak takiego dokumentu nie jest karalnym usiłowaniem popełnienia wykroczenia z art. 49a § 2 k.w. Objęcie Polski z dniem 21 grudnia 2007 r. dorobkiem Schengen oznacza, że z tym dniem w zakresie przekraczania granic wewnętrznych obowiązuje ustawa nowa w rozumieniu art. 4 § 1 k.k., to jest

tylko art. 20 k.g.S. Nie wypełnia on blankietu zawartego w art. 49a k.w. i art. 264 k.k. Taki stan prawny istniał już w chwili orzekania przez Sąd Rejonowy. Od tego dnia regulacją wyczerpującą znamię blankietowe jest dotychczasowy art. 14 ust. 1 u.och.g.p., ale w związku z art. 4 ust. 1 k.g.S., zabraniający przekraczania granic zewnętrznych Polski wbrew tym przepisom. To zawężenie zakresu bezprawności czynu nielegalnego przekraczania granicy do przekraczania wbrew przepisom tylko granic zewnętrznych RP, nie wyklucza możliwości poszerzenia tego zakresu na skutek tymczasowego przywrócenia kontroli granicznej na granicach wewnętrznych przez Polskę na podstawie i w trybie art. 23 – 26 k.g.S. Jest rzeczą oczywistą, że przywrócenie takiej kontroli wywołuje skutki, określone w tytule II k.g.S. na przyszłość (art. 28 k.g.S.). Skoro zachowanie oskarżonego przy przekraczaniu granic wewnętrznych w chwili orzekania nie realizowało już wszystkich znamion czynu zabronionego, to na podstawie art. 4 § 1 k.k. należało wyeliminować z opisów czynów w pkt VII i IX aktu oskarżenia zachowania polegające na przekraczaniu tych granic.

Nie jest trafny pogląd wyrażony w kasacji adw. adw. J. P. i J. D., że oskarżony przekraczając granicę zewnętrzną w Hrebennem nie użył podstępny (toteż jego zachowanie należałoby ocenić jak wykroczenie, które uległo już przedawnieniu). Posłużenie się przez sprawcę dokumentem uprawniającym do przekroczenia granicy zewnętrznej, uzyskany przez zachowanie określone w art. 272 k.k., jest użyciem podstępny, o którym mowa w art. 264 § 2 k.k. Dochodzi do zmylenia, oszukania, wprowadzenia w błąd drugiej osoby, ale – szczególnego, bo praktycznie niemożliwego do ujawnienia czy zapobieżenia mu. Dlatego działanie takie zasługuje na miano podstępny w rozumieniu tego przepisy. Zatem kasacja w tej części okazała się tylko częściowo zasadna.

Ponownie rozpoznając sprawę Sąd Okręgowy będzie miał na względzie powyższe wskazania i zapatrywania prawne (art. 442 § 3 k.p.k.). Dla-

tego oraz mając na uwadze ograniczenia wynikające z dyspozycji art. 343 § 1 k.p.k., ale również fakt, iż w pierwszej instancji doszło do skazania za czyn z pkt VIII a/o, Sąd odwoławczy:

- poleci doprowadzić oskarżonego na rozprawę, jeżeli będzie pozbawiony wolności i podtrzyma wolę osobistego w niej udziału,
- rozważy, czy zachowanie oskarżonego opisane w pkt VIII a/o, nie wypełniało znamion art. 273 k.k.,
- nie powoła tego przepisu do podstawy prawnej ewentualnego skazania oskarżonego za przekroczenia wbrew przepisom granicy RP w Hrebennem (czyny VII i IX a/o), bo tu będzie stał na przeszkodzie zakaz *reformationis in peius* (przyjęcie kumulatywnej kwalifikacji byłoby orzeczeniem na niekorzyść przy apelacji tylko na korzyść oskarżonego),
- przyjmując ewentualnie ciąg przestępstw, tam gdzie to możliwe, będzie miał na uwadze dotychczas orzeczone kary jednostkowe za te ciągi,
- wymierzając karę łączną będzie respektował zasadę jej orzekania zastosowaną przez Sąd Rejonowy.