

SZYMON GOŁĘBIEWSKI

STATUS PRAWNY FRANCUSKIEJ LEGII CUDZOZIEMSKIEJ

Streszczenie

Autor w swojej publikacji przedstawia status prawny Francuskiej Legii Cudzoziemskiej, omawiając przepisy prawa międzynarodowego i unijnego, mające znaczenie dla funkcjonowania tej formacji. Autor prezentuje także praktyczne aspekty funkcjonowania żołnierzy cudzoziemskich formacji w Legii, zwracając uwagę na szereg luk prawnych w uregulowaniach prawa międzynarodowego, a także dotyka problematyki penalizacji służby polskich najemników w Legii Cudzoziemskiej.

Utworzona dwa wieki temu w kolonizowanej przez Francję Algierii, znana na całym świecie Legia Cudzoziemska stanowi w większym stopniu temat zainteresowań historyków wojskowości niż przedstawiciele takich nauk jak prawo, politologia, czy stosunki międzynarodowe. Niemniej, koncepcja tworzenia oddziałów cudzoziemskich obok armii narodowych niejednokrotnie budziła kontrowersje polityczne i prawne. Wyrazem tego jest chociażby słynna sprawa „dezertersów z Casablanki” – spór między Niemcami a Francją, mogący doprowadzić do konfliktu światowego, rozstrzygnięty ostatecznie przez Stały Trybunał Arbitrażowy. Niestety, w orzeczeniu tym nie dokonano oceny prawnej statusu Legii i innych tego rodzaju formacji¹. Ustawodawstwa krajowe również nie były przychylnie służbie własnych obywateli w armiach innych państw, o czym mogą świadczyć m.in. przepisy ustaw karnych penalizujące służbę w obcym wojsku². O ile w epoce podbojów kolonialnych

¹ Affaire des déserteurs de Casablanca : Sentence arbitrale, Cour permanente d'arbitrage, 22.05.1909, s. 3.

² Por. np. art. 141 § 1 obecnego polskiego kodeksu karnego – ustawa z dnia 6 czerwca 1997 Dz. U.1997 r. Nr 88, poz. 553 ze zm.), wcześniej art. 237 ustawy z dnia 21 listopada 1967 o powszechnym obowiązku obrony

praktyka wcielania do własnych armii osób nie legitymujących się obywatelstwem danego państwa była powszechnie akceptowana³, to wraz z pierwszymi próbami „kodyfikacji” prawa wojennego w XIX w. pojawiły się pytania dotyczące legalności powoływania i istnienia formacji cudzoziemskich przy armiach poszczególnych państw.

Te i wiele innych problemów o charakterze prawnym jest związanych z tematem jednej z najsłynniejszych formacji militarnych na świecie, będącej pewnego rodzaju wizytówką Francji jako kraju przyjaznego imigrantom gotowym jej służyć. Poniżej omówione zostaną najbardziej istotne przepisy prawa wewnętrznego Republiki Francuskiej i Rzeczypospolitej Polskiej oraz regulacje prawa międzynarodowego publicznego i unijnego mogące mieć znaczenie dla funkcjonowania Legii Cudzoziemskiej. Niniejszy artykuł nie aspiruje do roli monografii dotyczącej statusu prawnego Legii Cudzoziemskiej, może jednak będzie stanowić impuls do analizy problemu, który pojawia się nawet w praktyce organów polskiego wymiaru sprawiedliwości.

Legia w świetle wewnętrznych uregulowań francuskich

Przez dwa stulecia istnienia Legii jej status w ramach francuskich sił zbrojnych był regulowany przez wiele aktów prawnych, z których część już obecnie nie obowiązuje. Sama formacja została utworzona dekretem królewskim Ludwika Filipa z 9 marca 1831 roku⁴. Aktualnie głównym aktem prawnym dotyczącym Legii jest dekret Ministra Obrony dotyczący żołnierzy służących pod tytułem cudzoziemskim z 2008 r.⁵ (dalej: dekret), który zastąpił dotychczas obowiązujące dwa dekrety z 1977 roku⁶. Dekret ten stanowi, że wszyscy żołnierze – oficerowie i żołnierze niebędący oficerami (*les militaires officiers et non officiers*) – służący pod tytułem cudzoziemskim zostają przyjęci do służby w Legii Cudzoziemskiej. Jest to więc

PRL (Dz. U. 1992 r. Nr 4, poz. 16), czy art. 154(2) węgierskiego kodeksu karnego z 1978 roku. Jednakże w przeciwieństwie do polskiej regulacji, węgierska ustawa penalizuje jedynie służbę w armiach niesprzymierzonych z Węgrami.

³ L. Sosnowski, *Najemnicy we współczesnym prawie międzynarodowym*, Wojskowy Przegląd Prawniczy, nr 2 (127) 1978, s. 184.

⁴ *Loi du 9 mars 1831 autorisante la formation d'une légion étrangère en France et de corps militaires composés d'indiènes et d'étrangers hors du territoire continental*. W rzeczywistości zostały wydane dwie ustawy (les lois) – 9 marca 1831 r. i 10 marca 1831 roku (P. Montagnon, *Historia Legii Cudzoziemskiej. Od 1831 roku do współczesności*, Wrocław 2006, s. 367). 17 stycznia 1855 r. cesarz Napoleon III wydał dekret cesarski o utworzeniu 2. Legii (*décret impérial en date du 17 janvier 1855, d'instituer une 2e Légion*) - http://encyclopediae-afn.org/index.php/LEGION_ETRANGERE_CREATION

⁵ *Décret n° 2008-956 du 12 septembre 2008 relatif aux militaires servant à titre étranger* (J.O. „Décrets, arrêtés, circulaires”: „Textes généraux“ z dnia 16 września 2008).

⁶ *Décret n° 77-789 du 1 juillet 1977 relatif aux militaires servant à titre étranger* (J.O. „Décrets, arrêtés, circulaires“ z dnia 17 lipca 1977), *Décret n° 77-790 du 1 juillet 1977 pris pour l'application de l'article 1^{er} du décret n° 77-789 du 1 juillet 1977 relatif aux militaires servant à titre étranger* (J.O. „Décrets, arrêtés, circulaires“ z dnia 17 lipca 1977).

jednostka „domyślna”, do której kierowani są wszyscy cudzoziemcy mający służyć w armii francuskiej – pozostała część Wojsk Lądowych (*l'armée de terre*) w założeniu ustawodawcy francuskiego ma składać się z elementu narodowego. Dlatego też w akapicie 2 art. 1 cytowanego dekretu stanowi się, że służba w innych formacjach możliwa jest tylko za zgodą Ministra Obrony, co z pewnością znacznie ogranicza dostęp cudzoziemców do służby w innych niż Legia jednostkach wojskowych.

Zgodnie z postanowieniami dekretu żołnierze cudzoziemscy mają obowiązek służyć Francji z honorem i wiernością (art. 2). Legia jest organizacyjnie podległa dowództwu francuskiemu i stanowi część Wojsk Lądowych – nie ma tu więc mowy o jakiegokolwiek autonomii organizacyjnej względem pozostałych wojsk Republiki. W związku z tym status legionisty (albo cudzoziemca służącego w armii francuskiej poza Legią) w świetle prawa francuskiego niewiele różni się od pozycji prawnej pozostałych żołnierzy armii Republiki.

Podstawowym aktem normatywnym dotyczącym funkcjonowania francuskich sił zbrojnych jest kodeks obrony (*code de la défense*)⁷. Najistotniejsze różnice związane są ze swojego rodzaju reglamentacją dostępu cudzoziemców do sektora obrony, a co za tym idzie wzmoczoną kontrolą organów państwowych (tj. Ministra Obrony) nad elementem „obcym” w armii narodowej (specyficzne reguły dotyczące zawarcia kontraktu, jego przedłużenia, nabycia obywatelstwa w wyniku służby, itp.). Pozostałe kwestie (przywileje żołnierzy kończących służbę – art. 14 dekretu, odpowiedzialność dyscyplinarna – art. 19-26) nie różnią się w istotny sposób od odpowiednich praw i obowiązków przysługujących pozostałym żołnierzom francuskim. Ich omówienie zostanie pominięte w niniejszej pracy, gdyż wymagałoby szczegółowego opisu regulacji zawartych w kompilacji, jaką jest *code de la défense*.

Do zadań Legii, według art. 3 dekretu należy: rekrutacja ochotników, pragnących służyć pod tytułem cudzoziemskim, powszechne szkolenie wszystkich żołnierzy służących pod tym tytułem, sprawowanie nadzoru administracyjnego nad żołnierzami służącymi pod tytułem cudzoziemskim, zapewnienie świadczeń socjalnych żołnierzom służącym obecnie lub dawniej pod tytułem cudzoziemskim. Zgodnie z dekretem, w Legii w stopniu żołnierza nie będącego oficerem mogą służyć tylko cudzoziemcy⁸. Stanowiska oficerskie natomiast mogą piastować

⁷ Trzeba pamiętać, że w prawie francuskim pojęcie kodeks znacząco różni się od swojego polskiego odpowiednika: mogą mieć charakter „uporządkowania” przepisów podustawowych, właściwych aktów podustawowych, bądź kompilacji aktów ustawowych i podustawowych (A. Machowska, K. Wojtyczek, *Prawo francuskie. Tom I*, Warszawa 2004, s. 28).

⁸ W rzeczywistości w Legii Cudzoziemskiej służy także duża liczba Francuzów, którzy w celu uzyskania możliwości wstąpienia do tej jednostki uzyskują na potrzeby rekrutacji obywatelstwo jednego z krajów francuskojęzycznych (P. Konca, *Legia Cudzoziemska. Byłem tam*, Wrocław 2006, s. 56-57).

zarówno żołnierze cudzoziemscy, jak i pozostali oficerowie Wojsk Lądowych. Nie jest możliwa sytuacja odwrotna, tj. powierzenie stanowiska oficerskiego poza Legią cudzoziemcowi (art. 5 akapit 2)⁹. Szczególnego rodzaju „korzyścią” płynącą ze służby w Legii jest możliwość otrzymania statusu rezydenta lub obywatelstwa francuskiego. Art. L314-11 kodeksu wjazdu i pobytu cudzoziemców oraz prawa do azylu (*code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile*) w zw. z art. 6 dekretu przyznaje status rezydenta cudzoziemcowi, który łącznie spełni następujące warunki: nie stanowi zagrożenia dla porządku publicznego i jednocześnie służył w Legii Cudzoziemskiej przynajmniej trzy lata oraz otrzymał świadectwo wzorowego sprawowania (*le certificat de bonne conduite*). Świadectwo takie jest wydawane przez dowódcę jednostki, który bierze pod uwagę odbytą służbę (*services accomplis*). Naturalizacja natomiast może nastąpić w drodze dekretu na wniosek Ministra Obrony. Dotyczy ona tylko cudzoziemców odbywających służbę wojskową w armii francuskiej (będą to z reguły jednostki Legii Cudzoziemskiej, por. art. 1 dekretu), którzy zostali ranni w trakcie lub w związku z działaniami operacyjnymi (*au cours ou à l'occasion d'un engagement opérationnel*) oraz wystąpili z wnioskiem o naturalizację. Natomiast w razie śmierci osoby spełniającej wspomniane warunki, o naturalizację mogą ubiegać się jej małoletnie dzieci, które w dniu śmierci osoby uprawnionej spełniają warunki przewidziane w art. 22-1 francuskiego kodeksu cywilnego (*code civil*), tj. ich miejsce stałego pobytu jest tożsame z miejscem pobytu rodziców lub w przypadku rozwodu lub separacji rodziców – rodzica uprawnionego do naturalizacji (art. 21-14-1 *code civil*).

Indywidualno-konkretną podstawą prawną służby cudzoziemca pragnącego służyć w armii francuskiej (nie tylko w Legii Cudzoziemskiej) jest tzw. kontrakt, który ma charakter umowy administracyjnoprawnej między żołnierzem a Ministrem Obrony. Kontrakt wywołuje skutki prawne od daty w nim określonej, a w razie jej braku od dnia złożenia podpisu (art. 7 dekretu). Zgodnie z dekretem, kandydat na legionistę powinien odpowiednio udokumentować swoją tożsamość, jednak w przypadku braku stosownych dokumentów Minister Obrony może zezwolić na służbę pod danymi deklarowanymi przez kandydata. Mimo restryktywnego brzmienia tego przepisu, w rzeczywistości otwarta jest możliwość służby pod zmienionymi danymi osobowymi dla osób, które sobie tego życzą. Tożsamość taka jest uznawana za tożsamość żołnierza (*l'identité militaire*) dopóki nie zostanie wszczęta przez Ministra Obrony procedura zmiany danych na podstawie dowodów przedstawionych przez żołnierza (art. 9-10

⁹ Toutefois, un militaire servant à titre étranger ne peut exercer: 1)°Le commandement d'une formation administrative que s'il possède la nationalité française ;2)°Le commandement d'un détachement comprenant une ou plusieurs unités n'appartenant pas à la légion étrangère que s'il détient le grade le plus élevé au sein du détachement. A grade égal, le commandement est exercé par le militaire le plus ancien servant à titre français.

dekretu). Zmiana danych deklarowanych przez kandydata na zgodne z prawdą nie ma wpływu na ważność kontraktu, stopień wojskowy, ani na akty administracyjne i urzędowe, których adresatem jest taki żołnierz (art. 10). Z kolei stopnie wojskowe uzyskane wcześniej w armii francuskiej lub obcej nie są brane pod uwagę w procesie rekrutacji – nie zostają one (choć teoretycznie mogą być) automatycznie uznane w Legii. Wyjątek dotyczy zaliczenia lat uprzednio wysłużonych w armii francuskiej na poczet świadczeń emerytalnych (art. 10-11 dekretu). Liberalne podejście do kwestii danych osobowych legionistów jest ściśle związane z tradycją tej jednostki – wiele osób pragnęło rozpocząć w Legii nowe życie lub uniknąć prześladowań, często o charakterze politycznym¹⁰.

Kontrakt legionisty (bądź cudzoziemca służącego w armii francuskiej za zgodą Ministra Obrony) zawierany jest na czas maksymalnie dziesięciu lat (art. 8) – wcześniej był to okres lat pięciu (art. 2 dekretu nr 77-789). W przypadku zawarcia kontraktu wstępnego (*le contrat initial*) lub pierwszego kontraktu po przerwie w służbie trwającej dłużej niż rok, Minister Obrony może uzależnić zawarcie właściwego kontraktu od odbycia służby w tzw. okresie próbnym (*la période probatoire*) trwającym maksymalnie sześć miesięcy. Okres próbny może zostać jednokrotnie odnowiony (*renouveler*) przez Ministra Obrony z przyczyn zdrowotnych lub niedostatecznego wyszkolenia legionisty. Jeśli szkolenie odbywane przez cudzoziemca tego wymaga, okres próbny może zostać przedłużony tak aby łączny czas jego trwania nie przekraczał osiemnastu miesięcy. W czasie okresu próbnego kontrakt może być jednostronnie wypowiedziany przez każdą ze stron. Wypowiedzenie kontraktu przez Ministra Obrony następuje w drodze decyzji, która musi zawierać uzasadnienie (art. 12). Z kolei kontrakt zawarty na okres jednego roku lub dłużej może zostać odnowiony przez Ministra Obrony. Zamiar odnowienia lub jego odmowa następuje w formie pisemnej co najmniej sześć miesięcy przed wygaśnięciem poprzedniego kontraktu. Natomiast żołnierz, któremu zaproponowano odnowienie kontraktu może wyrazić na nie zgodę do czasu wygaśnięcia kontraktu poprzedniego (art. 13).

W specyficzny sposób ustawodawca francuski określił przesłanki wypowiedzenia kontraktu cudzoziemcowi – określone one zostały w art. 15 dekretu. Wypowiedzenie może nastąpić z urzędu lub na wniosek żołnierza. Wypowiedzenie z urzędu jest ogłaszane przez Ministra Obrony i ma miejsce:

- a) w przypadkach określonych w art. L.4139 kodeksu obrony (są to ogólne przesłanki wypowiedzenia, właściwe dla wszystkich żołnierzy, m.in.: osiągnięcie wieku

¹⁰ P. Montagnon, *op. cit.*, s. 383.

emerytalnego, utrata stopnia wojskowego, orzeczenie komisji dyscyplinarnej, zwolnienie ostateczne (*la réforme définitive*) osoby niezdolnej do służby wojskowej, braki w wykszoleniu lub edukacji w szkole wojskowej, udzielenie urlopu w celu przekwalifikowania zawodowego (*le congé de reconversion*), nominacja lub wygranie konkursu na urząd publiczny);

- b) *gdy wymaga tego bezpieczeństwo narodowe (l'intérêt de la sécurité de la défense);*
- c) *gdy małoletni o ograniczonej zdolności do czynności prawnych (non émancipé) podpisał kontrakt bez potwierdzenia przedstawiciela ustawowego pod deklarowanymi danymi na podstawie sfalszowanych dokumentów potwierdzających tożsamość;*
- d) *w razie podpisania nowego kontraktu z Legią Cudzoziemską – wówczas obowiązuje nowy kontrakt.*

Drugi sposób wypowiedzenia ma miejsce, gdy żołnierz przedłoży pisemny wniosek, który zostanie zatwierdzony przez Ministra Obrony.

Żołnierze cudzoziemscy mają dostęp do wszystkich stopni wojskowych przewidzianych w armii francuskiej, za wyjątkiem stopni generalskich (*officiers généraux*) – art. 16. Żołnierze ci konkurują (*concourent*) tylko i wyłącznie między sobą (tj. niezależnie od pozostałych członków korpusu oficerskiego) w celu uzyskania awansu (art. 17) – można mówić więc o swojego rodzaju alienacji elementu cudzoziemskiego w obrębie armii. Nominacje i awanse są przyznawane przez Ministra Obrony w drodze decyzji (art. 18).

W trakcie odbywania służby żołnierz cudzoziemski ma możliwość zmiany jednostki, w której służy. Przeniesienie odbywa się na wniosek żołnierza jeśli wystąpią łącznie cztery wymienione w art. 27 dekretu przesłanki:

- 1) w trakcie obowiązywania kontraktu żołnierz złoży stosowny wniosek;
- 2) zostanie ujawniona rzeczywista tożsamość żołnierza, zgodnie z procedurą określoną w art. 10 – żołnierz musi więc zrzec się „przywileju” legitymowania się danymi deklarowanymi;
- 3) naturalizacja;
- 4) zostaną spełnione warunki określone w art. R.4133-1-R.4133-9 kodeksu obrony, tj. ogólnych zasadach przenoszenia żołnierzy w armii francuskiej (m.in. obowiązkowe uzyskanie zgody Ministra Obrony, który zasięga opinii komisji do spraw awansów (*la commission d'avancement*) działających przy armii, z której następuje przeniesienie oraz tej, do której żołnierz ma zostać przeniesiony oraz odrębności dotyczące personelu nawigacyjnego statków powietrznych i okrętów, a także Żandarmerii Narodowej).

Odmienne w stosunku do pozostałych jednostek *armée de terre* kształtuje się reżim prawny dotyczący oficerów służących pod tytułem cudzoziemskim. Czas ich służby nie jest ograniczony, jak ma to miejsce w przypadku żołnierzy niebędących oficerami. Mogą oni pełnić służbę aż do osiągnięcia wieku emerytalnego właściwego dla odpowiadających im stopni w armii francuskiej (art. 28). Oficerowie Legii (oraz inni oficerowie cudzoziemscy) są rekrutowani:

- 1) *na stopień porucznika spośród żołnierzy cudzoziemskich przyjętych na podstawie konkursu do francuskich szkół kształcących oficerów służby czynnej i wpisani na listy wyróżnionych (les listes de sortie) tych szkół;*
- 2) *na stopień porucznika spośród podoficerów cudzoziemskich (art. 30).*

Oficerowie mogą być rekrutowani wyjątkowo:

- 1) *na stopień podporucznika spośród oficerów-studentów cudzoziemskich wpisanych na listy wyróżnionych francuskich szkół kształcących oficerów służby czynnej i przyjętych do tych szkół jako stażyści cudzoziemscy;*
 - 2) *na stopień podporucznika spośród oficerów tego posiadających ten sam stopień lub stopień jemu odpowiadający w obcej armii regularnej;*
 - 3) *na wszystkie stopnie ogólnej hierarchii wojskowej, za wyjątkiem stopni oficerów generalnych, spośród oficerów lub starszych oficerów, którzy posiadają lub posiadali stopień odpowiadający co najmniej stopniowi porucznika w obcej armii regularnej.*
- Mogą oni także służyć w stopniu niższym od tego odpowiednika (art. 31).

Awans oficerów cudzoziemskich jest ściśle uzależniony od awansu oficerów *armée de terre*, którym przysługuje pierwszeństwo w stosunku do cudzoziemców. Zgodnie z art. 32 wpisanie oficera cudzoziemskiego na właściwą mu listę awansów (*le tableau d'avancement*) jest zależne od możliwości awansu oficerów francuskich, którym przysługuje pierwszeństwo w tym względzie. Dopiero wpisanie na listę oficera legitymującego się obywatelstwem Republiki, posiadającego dany stopień najkrócej w całym korpusie pozwala na wpisanie na tą listę oficerów cudzoziemskich mogących ubiegać się o wyższy stopień. Przepis ten w sposób bezpośredni dyskryminuje cudzoziemców w ramach francuskich sił zbrojnych. Powstaje tutaj zasadnicze pytanie o zgodność tego uregulowania z prawem unijnym, o czym niżej. Z kolei, jeżeli okres służby w posiadanym stopniu oficerów cudzoziemskich jest równy, są oni oceniani według długości okresu służby w stopniu poprzednim, następnie według długości okresu służby w stopniach niższych, następnie według wieku (art. 33).

Legia Cudzoziemska jako formacja obca w armii francuskiej poddana jest formalnej kontroli Ministra Obrony, co wydaje się uzasadnione ze względu na znaczenie sektora obrony

dla funkcjonowania państwa. Jednakże popularność służby w obcym wojsku (traktowanej często jako rodzaj pracy) oznacza ciągły napływ kandydatów do armii innych państw. Dodatkowo popularność Legii Cudzoziemskiej sprzyja dużemu zainteresowaniu służbą wśród obywateli francuskich. Tak zintensyfikowany napływ ochotników oznacza fizyczną niemożliwość sprawowania przez centralny organ administracji rządowej, tj. Ministra Obrony rzeczywistej kontroli nad sytuacją osobową w Legii. Dlatego też w art. 39 omawianego dekretu ustawodawca francuski zezwolił Ministrowi na delegację w drodze zarządzenia (*arrêté*) niektórych kompetencji dotyczących służby cudzoziemców na dowódcę (*commandant*) Legii. Najważniejsze z nich to: wydanie decyzji zezwalającej cudzoziemcowi na służbę poza Legią, podpisanie kontraktu, zatwierdzenie tożsamości deklarowanej żołnierza, przedłużenie okresu próbnego, wypowiedzenie kontraktu w okresie próbnym, przedłużenie kontraktu zawartego na ponad rok, wypowiedzenie kontraktu z przyczyn wskazanych w dekrecie, kodeksie obrony lub na żądanie legionisty, awansowanie cudzoziemca, kształtowanie składu komisji dyscyplinarnych. Wobec dużego zainteresowania Legią¹¹, Minister Obrony w rzeczywistości korzysta z możliwości delegowania tych kompetencji pozostawiając rzeczywistą kontrolę nad tą formacją w rękach jej dowództwa. Decentralizacja uprawnień takiej rangi może uchodzić za rozwiązanie ryzykowne, jednak jest ono z pewnością uzasadnione względami praktycznymi.

Prawo unijne a Legia Cudzoziemska

Wiążące Francję prawo unijne, pozostawia kwestie związane z obronnością w ramach kompetencji wyłącznych Państw Członkowskich (zgodnie z art. 4 ust. 1 w zw. z art. 5 ust. 2 TUE).¹² Art. 4 ust. 1 TUE wyszczególniając niektóre z kompetencji wyłącznych państw, przyznaje bezpieczeństwu narodowemu szczególny status. Z brzmienia tego przepisu wynika, że Unia nie może podejmować żadnych działań godzących w tożsamość narodową, do której atrybutów należy m.in. prawo regulowania kwestii dotyczących obrony narodowej. Organizacja sił zbrojnych niewątpliwie dotyczy kwestii związanych z bezpieczeństwem narodowym, jednakże Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej nie pozwala na zupełnie dowolne działania legislacyjne państw w tych dziedzinach. W orzeczeniu w sprawie *Sirdar*¹³

¹¹ Szacuje się, że od zakończenia wojny w Algierii stan osobowy Legii utrzymuje się na poziomie około 8000 żołnierzy (P. Montagnon, *op. cit.*, s. 352).

¹² Dz.Urz. UE C 83 z dnia 30 marca 2010.

¹³ Wyrok Trybunału w sprawie C-273/97 z dnia 26 października 1999 r. *Angela Maria Sirdar przeciwko The Army Board i Secretary of State for Defence*, Zbiory orzecznictwa Trybunału Europejskiego 1999, s. I-07403.

Trybunał uznał się właściwy do badania tak newralgicznej dziedziny jak organizacja sił zbrojnych państwa, ale tylko w zakresie dotyczącym swobody przepływu pracowników i zakazu dyskryminacji ze względu na płeć. W innym orzeczeniu, w sprawie *Kreil*¹⁴ Trybunał po raz kolejny stosując prawo unijne w sektorze obronnym, stwierdził, że ogólny zakaz służby wojskowej kobiet stanowi dyskryminację w rozumieniu prawa unijnego. Rozstrzygnięcie to zmusiło RFN do zmiany ustawy zasadniczej i w rezultacie istotnej reorganizacji sił zbrojnych.

Na podstawie tych orzeczeń można stwierdzić, że nawet kompetencje zastrzeżone wyłącznie dla Państw Członkowskich w Traktatach (w tym obrona narodowa) muszą być wykonywane w sposób zgodny z prawem unijnym i mieścić się w granicach wyjątków od zasad tego prawa¹⁵. Organizacja Legii Cudzoziemskiej jako formacji o szczególnym statusie w ramach Francuskich Wojsk Lądowych oraz wiekowej tradycji należy do kompetencji wyłącznych Francji, jednakże jej status powinien być także oceniany w świetle przepisów prawa unijnego w zakresie w jakim dotyczy Traktatowych swobód rynku wewnętrznego lub obywatelstwa Unii, a także odpowiednich przepisów prawa wtórnego. Oznacza to, że TSUE może w przyszłości wypowiedzieć się co do zgodności z prawem unijnym przepisów dekretu lub kodeksu obrony w świetle swobód rynku wewnętrznego i obywatelstwa unijnego.

Kwestią dotyczącą Legii, która mogłaby zostać poddana ewentualnej ocenie TSUE jest przede wszystkim uprzywilejowanie obywateli francuskich w stosunku do cudzoziemców w zakresie dostępu do awansów na stopnie oficerskie. Rozwiązanie takie jest wprost określone przez przywołane wyżej przepisy dekretu. Jeżeli na tej podstawie odmówi się dostępu do awansu żołnierzom nieposiadającym obywatelstwa francuskiego, ale będących obywatelami Unii, to będziemy mieli do czynienia z dyskryminacją bezpośrednią ze względu na przynależność państwową. Dyskryminacja tego rodzaju jest bezpośrednio zakazana w art. 18 TFUE, gdyż godzi ona w podstawy funkcjonowania rynku wewnętrznego. Mając na uwadze przywołane wyżej orzeczenia należy również stwierdzić, że mamy tu do czynienia z dyskryminacją pracowników ze względu na przynależność państwową (art. 45 ust. 2 TFUE). Należy zatem rozstrzygnąć kwestię dopuszczalności tego rodzaju zabiegu zastosowanego przez francuskiego ustawodawcę.

Wyrażone w TFUE swobody rynku wewnętrznego nie mają nieograniczonego charakteru. W kontekście samej swobody przepływu osób art. 45 ust. 3 TFUE zezwala

¹⁴ Wyrok Trybunału w sprawie C-285/98 z dnia 11 stycznia 2000 r. *Tanja Kreil przeciwko Bundesrepublik Deutschland*, Zbiory orzecznictwa Trybunału Europejskiego 2000, s. I-00069.

¹⁵ A. Frąckowiak-Adamska, *Obowiązek poszanowania prawa wspólnotowego w dziedzinach należących do kompetencji wyłącznych państw członkowskich*, Europejski Przegląd Sądowy, 3/2005, s. 20.

Państwom Członkowskim na przyjęcie w prawie wewnętrznym ograniczeń tej swobody, jeżeli jest to uzasadnione potrzebą ochrony porządku publicznego lub bezpieczeństwa publicznego. Dokonując oceny procedury awansowania żołnierzy-cudzoziemców służących w armii francuskiej należy odnieść się przede wszystkim do tego właśnie przepisu. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem TSUE, *wyjątek [od zasady niedyskryminacji pracowników ze względu na przynależność państwową] należy interpretować w taki sposób, że przepis ten dotyczy jedynie stanowisk związanych z wykonywaniem służby publicznej, a charakter stosunku prawnego między pracownikiem a pracodawcą nie ma w tym kontekście znaczenia*¹⁶. Nie ulega wątpliwości, że awansowanie na stanowisko oficerskie łączy się z przyznaniem danej osobie pewnej części władzy publicznej, tj. władztwa administracyjnego. Władztwo takie nie jest elementem stosunku pracy w rozumieniu przepisów TFUE, co oznacza, że w tym zakresie nawet bezpośrednia dyskryminacja ze względu na przynależność państwową mieści się w określonych przez Traktaty granicach i jest zgodna z zasadami ogólnymi (w tym zasadą proporcjonalności). Nie jest natomiast dopuszczalna dyskryminacja żołnierzy cudzoziemskich w stosunku do obywateli francuskich w odniesieniu do „zwykłych” elementów stosunku pracy, np. urlopów, świadczeń socjalnych, wynagrodzenia.

Legia a regulacje prawnomiędzynarodowe dotyczące najemników

Spółeczność międzynarodowa oraz ustawodawstwa wewnętrzne poszczególnych państw na ogół nieprzychylnie odnoszą się do zjawiska najemnej służby wojskowej. Wyrazem tego rodzaju historycznej niechęci są odpowiednie akty prawne, piętnujące tego rodzaju praktyki. Formacje wojskowe złożone z obcokrajowców uważane są powszechnie za wojska najemne – jest to często spotykany zarzut kierowany pod adresem m.in. Legii Cudzoziemskiej. Właściwa ocena tego stwierdzenia wymaga analizy przepisów prawa międzynarodowego odnoszących się do najemnej służby wojskowej. Ma to o tyle istotne znaczenie, że ewentualne przyznanie legionistom statusu najemników pociąga za sobą odpowiednie konsekwencje – zarówno dla żołnierzy, jak i Republiki Francuskiej – określone w prawie międzynarodowym oraz krajowych porządkach prawnych implementujących normy konwencji i traktatów z tego zakresu.

Poszukując powszechnie akceptowanej definicji najemnika możemy znaleźć wiele, wskazujących na różne elementy charakterystyczne, objaśnień, niejednokrotnie sprzecznych

¹⁶ Wyrok Trybunału w sprawie 152/73 z dnia 12 lutego 1974 r. *Giovanni Maria Sotgiu przeciwko Deutsche Bundespost*, Zbiór Orzeczeń 1974, s. 00153, pkt 6.

ze sobą. Internetowa *Encyclopedia Britannica* za najemnika uważa *wynajętego* (hired) *zawodowego żołnierza, który walczy dla jakiegokolwiek państwa lub narodu bez względu na interesy czy kwestie polityczne*¹⁷. Z kolei *Słownik współczesnego języka polskiego* zawiera następujące rozwinięcie: *osoba (zwykle żołnierz) służąca za pieniądze w obcym wojsku lub formacjach zbrojnych*¹⁸. Ze względu na rozbieżności między definicjami tego rodzaju oraz na ich szeroki i nieprecyzyjnie określony zakres pojęciowy, konieczne jest stworzenie definicji legalnej. Próbę znalezienia uniwersalnej prawnej koncepcji najemnika należy podjąć poprzez odniesienie do uregulowań historycznych oraz wnikliwą analizę praktyki społeczności międzynarodowej.

Konwencja dotycząca praw i obowiązków mocarstw i osób neutralnych w razie wojny lądowej z 18 października 1907 r. (tzw. V Konwencja Haska)¹⁹ nie dotyczy co prawda bezpośrednio najemników, jednakże odnosi się do nich poprzez pojęcie „neutralności”²⁰. Zgodnie z Konwencją mocarstwa neutralne nie mogą formować oddziałów przeznaczonych do walki i otwierać biur werbunkowych na korzyść wojujących stron, ani tolerować takich działań na swoim terytorium, a w przypadku naruszenia tego zakazu mocarstwa mają obowiązek karać takowe czyny jako sprzeczne z neutralnością, jeśli zostały popełnione na jego terytorium (art. 4 i 5 w zw. z art. 4). Z kolei art. 17 Konwencji odmawia prawa do wykorzystywania przez osoby neutralne swojej neutralności, m.in. w przypadku gdy taka osoba *popelnia czyny na korzyść jednego z wojujących, a mianowicie gdy dobrowolnie wstępuje na służbę do szeregów armii jednej ze stron*. Przepis ten znajduje zastosowanie wobec żołnierzy Legii. Przepis ten jest również uznawany za normę zwyczajową²¹.

W ostatnim zdaniu art. 17 stanowi, że w wypadku zaistnienia sytuacji przewidzianych w wyżej przytoczonym przepisie, osoba neutralna nie będzie surowiej traktowana przez stronę wojującą, przeciwko której wystąpiła z neutralności, niżeli obywatel drugiego państwa wojującego, który popełnił ten sam czyn. V Konwencja Haska korzystnie więc kształtuje pozycję prawną cudzoziemców walczących w „obcej wojnie”, niezależnie od tego czy są najemnikami czy nie. Konwencja zakazuje jedynie tworzenia takich oddziałów poza granicami mocarstwa wojującego. Legia Cudzoziemska jest oddziałem stanowiącym część francuskich Wojsk Lądowych, a zarówno szkolenie, jak i rekrutacja do niej odbywają się na

¹⁷ *Encyclopedia Britannica Online*: <http://www.britannica.com/EBchecked/topic/375662/mercenary>.

¹⁸ B. Dunaj (red.), *Słownik współczesnego języka polskiego*, Warszawa 1995, s. 559.

¹⁹ Dz. U. 1927 r., Nr 21, poz. 163.

²⁰ K. Fallah, *Corporate actors: the legal status of mercenaries in armed conflict*, *International Review of the Red Cross*, Volume 88 Nr 863 September 2006, s. 603.

²¹ E. David, *La condition juridique des volontaires belges pendant la guerre d'Espagne (1936-1939)*, *Revue belge d'histoire contemporaine*, Archives – XVII 1987, 1-2, s. 43.

terytorium Republiki (por. przepisy dekretów omówionych powyżej). Francja więc nie narusza postanowień V Konwencji Haskiej w tym zakresie.

Kwestia najemników oraz żołnierzy cudzoziemskich została pominięta w Konwencji o traktowaniu jeńców wojennych z 12 sierpnia 1949 r. (tzw. III Konwencja Genewska)²². Art. 4 enumeratywnie wylicza kategorie osób, które po znalezieniu się we władzy nieprzyjaciela otrzymują status jeńców wojennych. W pkt 2) wymienia się *członków innych* [niż stanowiące część sił zbrojnych Strony w konflikcie] *milicji i innych oddziałów ochotniczych*, pod warunkiem, że:

- a) *mają na czele osobę odpowiedzialną za swych podwładnych;*
- b) *noszą stały i dający się z daleka rozpoznać znak rozpoznawczy;*
- c) *jawnie noszą broń;*
- d) *przestrzegają w swych działaniach praw i zwyczajów wojny.*

Biorąc pod uwagę tylko te postanowienia III Konwencji Genewskiej, żołnierze cudzoziemscy, mogą być uważani za kombatantów oraz jeńców wojennych i korzystać ze wszystkich wynikających z tych tytułów praw, niezależnie od tego, czy organizacyjnie wchodzi w skład wojsk państwa, na rzecz którego walczą²³. Z takim podejściem do problemu zgadzali się także prawnicy oraz politycy amerykańscy pod koniec lat 70. XX wieku:

Powszechna międzynarodowa praktyka wydaje się przyznawać najemnikom taki sam status jak innym kombatantom, a zatem traktować ich zgodnie z postanowieniami Konwencji Genewskiej z 1949 roku. Taka była z pewnością amerykańska praktyka sięgająca wojny o niepodległość i znalazła ona swój wyraz w traktowaniu pojmanych żołnierzy heskich. Tak było również w przypadku wojny secesyjnej, gdzie po obu stronach znajdowali się kombatanci, walczący dla pieniędzy [org. for hire], przygody lub swoich przekonań, którzy mogli być przez niektórych uważani za najemników²⁴.

Powyższe oświadczenie Zastępcy Sekretarza Stanu jest istotne dla ustalenia ówczesnie obowiązującej regulacji zwyczajowej dotyczącej najemników. Trzeba pamiętać, że Konwencja ma zastosowanie jedynie do konfliktów międzypaństwowych – w przypadku konfliktów wewnętrznych zastosowanie znajdują odpowiednie przepisy prawa krajowego, obowiązujące w tzw. „teatrze wojny”²⁵, co znacznie osłabia ochronne działanie tych przepisów. Zatem III Konwencja Genewska nie różnicując statusu żołnierzy ze względu na

²² Dz. U. 1956 r., Nr 38, poz. 171.

²³ E. Lieblich, *op. cit.*, s. 117.

²⁴ Departament of State Bulletin 340-343 (1976), dostępny na stronie internetowej pod adresem: http://www.archive.org/stream/departmentofstata7576unit/departmentofstata7576unit_djvu.txt (oświadczenie złożone przed Izbą przez Williama E. Schaufele, Zastępcy Sekretarza Stanu ds. Afrykańskich).

²⁵ E. Lieblich, *op. cit.*, s. 117.

ich pochodzenie czy motywację do walki obejmuje Legię Cudzoziemską jako jednostkę w pełni mieszczącą się w zakresie zastosowania art. 4 swoim zakresem zastosowania, przyznając tym samym legionistom status kombatantów oraz jeńców wojennych.²⁶

Współczesne negatywne podejście do omawianego problemu ukształtowało się pod wpływem wydarzeń w powojennej Afryce, zmagającej się z kolonializmem i postkolonializmem. Najemnicy byli często używani do walki z legalnie ukonstytuowanymi rządami nowych państw, działając w celu ich obalenia, bądź w celu utrzymania europejskiej dominacji w dawnych koloniach. Pod wpływem tych wydarzeń Zgromadzenie Ogólne ONZ przyjęło szereg rezolucji potępiających działania najemników,²⁷ jednakże regulacja ich dotycząca była niespójna, a niekiedy wręcz nie do pogodzenia z zasadami zawartymi w Karcie Narodów Zjednoczonych, Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka, czy Międzynarodowym Pakcie Praw Obywatelskich i Politycznych (np. jeden z projektów rezolucji zakładał *wyjęcie najemników spod prawa [org. outlaw]*)²⁸. Ze względu na rozbieżności treściowe nie można uznać tych aktów za wyraz norm zwyczajowych dotyczących omawianego problemu.

Po wojnie domowej w Angoli w 1976 r. najemnicy biorący w niej udział zostali postawieni przed sądem i pociągnięci do odpowiedzialności za zbrodnię najemnictwa (*crime of mercenarism*)²⁹. Pod wpływem tych wydarzeń Międzynarodowa Komisja Dochodzeniowa ds. Najemników sporządziła Projekt Konwencji o przeciwdziałaniu i zwalczaniu działalności najemników (Draft International Convention on Prevention and Suppression of Mercenaries), tzw. Konwencję z Luandy. W preambule do Konwencji znajduje się stwierdzenie, że *zbrodnia najemnictwa jest częścią procesu utrzymywania przy użyciu siły zbrojnej rasistowskiej kolonialnej i neokolonialnej dominacji nad ludźmi i Państwem*. Podobne sformułowanie zawiera Konwencja o eliminacji działalności najemników w Afryce (Convention for the Elimination of Mercenaries in Africa) przyjęta pod auspicjami Organizacji Jedności Afrykańskiej: *Zważywszy na znaczące zagrożenie, jakie działania najemników stanowią dla niepodległości, suwerenności, integralności terytorialnej i harmonijnego rozwoju Państw Członkowskich OJA* [podkr. autora]. Niewątpliwie, odwołanie do takich wartości jak walka z rasizmem czy kolonializmem zawęży ewentualny zakres zastosowania obu konwencji do

²⁶ Nikt nie odmawiał statusu jeńców wojennych ujętym chińskim ochotnikom w wojnie koreańskiej (1950-1953), chociaż nie posiadali obywatelstwa żadnej ze stron konfliktu (M. Fleming, *Osoby uprawnione do statusu jeńca wojennego*, Wojskowy Przegląd Prawniczy, nr 1(169) 1989, s. 44).

²⁷ Są to rezolucje 2395 (XXIII), 29.11.1968; 2465 (XXIII), 20.12.1968; 2548 (XXIV), 11.12.1969; 2708 (1970), 8 14.12.1979; 3103 (XXVIII), 12.12.1973.

²⁸ E. Lieblich, *op. cit.*, s. 117.

²⁹ Oddziały te dopuszczały się licznych okrucieństw, zarówno na ludności cywilnej, jak i własnych sprzymierzeńcach.

ówczesnej sytuacji politycznej panującej w Afryce, przez co nie mogą one stanowić wyrazu prawa zwyczajowego, jednakże zawarte w nich rozwiązania wpłynęły na regulacje przyjęte przez ONZ w I Protokole dodatkowym do III Konwencji Genewskiej z 8 czerwca 1977 r.³⁰.

Protokół ten został przyjęty pod silnymi naciskami państw rozwijających się (głównie afrykańskich) oraz krajów tzw. „bloku wschodniego”, popierających lewicowe ruchy, przeciwko którym większość ówczesnych akcji najemników była wymierzona. Akt ten spotyka się z krytyką jako wyraz upolitycznienia międzynarodowego prawa humanitarnego, które powinno w opinii komentatorów być odbiciem norm etycznych, a nie wyrazem bieżącej sytuacji politycznej³¹. Protokół w art. 47 ust. 2 definiuje najemnika jako osobę, która:

(a) została specjalnie zwerbowana w kraju lub za granicą do walki w konflikcie zbrojnym;

(b) rzeczywiście bierze bezpośredni udział w działaniach zbrojnych;

(c) bierze udział w działaniach zbrojnych głównie w celu uzyskania korzyści osobistej i otrzymała od strony konfliktu lub w jej imieniu obietnicę wynagrodzenia materialnego wyraźnie wyższego od tego, które jest przyrzeczone lub wypłacane kombatantom mającym podobny stopień i sprawującym podobną funkcję w siłach zbrojnych tej strony;

(d) nie jest obywatelem strony konfliktu ani stałym mieszkańcem terytorium kontrolowanego przez stronę konfliktu;

(e) nie jest członkiem sił zbrojnych strony konfliktu;

(f) nie została wysłana przez państwo inne niż strona konfliktu w misji urzędowej jako członek sił zbrojnych tego państwa.

Strona wojująca może odmówić najemnikowi w powyższym rozumieniu przyznania statusu kombatanta (z czym łączy się m.in. pozbawienie prawa bezpośredniego udziału w danym konflikcie zbrojnym – art. 43 ust. 2), a w konsekwencji jeńca wojennego (co wiąże się z nieobjęciem najemników ochroną przez postanowienia III Konwencji Genewskiej). Sankcja ta jednak nie powstaje z mocy prawa – państwo może ale nie musi jej stosować wobec osób, które znalazły się w jego władzy³². Nie oznacza to oczywiście wyjęcia najemników spod opieki prawa, ponieważ art. 75 Pierwszego Protokołu przewiduje swojego rodzaju minimalny standard ochrony dla osób pozostających poza zakresem zastosowania Protokołu, które

³⁰ Dz. U. 1992 r., Nr 41, poz. 175.

³¹ E. Liebllich, *op. cit.*, 115-123; Y. Dinstein, *Comments on Protocol I*, International Review of the Red Cross, Vol. 37 Nr 320 October 1997, s. 515-519.

³² L. Cameron, *Private military companies and their status under international humanitarian law*, International Review of the Red Cross, Vol. 88 Nr 863 September 2006, s. 579.

znalazły się w sytuacji opisanej w art. 2 Konwencji (jest to katalog podstawowych praw człowieka takich jak prawo do życia, zakaz tortur, itp.)³³.

Analizując art. 47 I Protokołu w świetle pozostałych postanowień dokumentu oraz III Konwencji Genewskiej, nie sposób nie zauważyć wielu sprzeczności, kryjących się w powyższej definicji. Wspomniany już art. 43 ust. 2 Protokołu przyznaje status kombatanta członkom sił zbrojnych konfliktu, przy czym jednocześnie art. 47 ust. 1 pkt e) dla uznania danej osoby za najemnika wymaga by nie była ona członkiem sił zbrojnych konfliktu, w konsekwencji w ust. 2 odmawiając takiej osobie statusu kombatanta³⁴. Poza tym, status nie-kombatanta oznacza przyznanie najemnikom statusu ludności cywilnej, co oznacza szczególną ochronę prawną – z pewnością nie taki był zamiar autorów tego dokumentu³⁵. Protokół ponadto nie przewiduje żadnego rodzaju szczególnych sankcji (np. nałożenia odpowiedzialności karnej³⁶) wobec najemników ani osób zajmujących się ich pozyskiwaniem. Rozwiązanie takie z pewnością wzmocniłoby reżim konwencyjny i ograniczyło to zjawisko, Konwencja bowiem, jak i Protokoły do niej, ustanawiają bezpośrednią odpowiedzialność sprawców naruszeń jej postanowień³⁷. Protokół piętnuje najemników w stosunku do innych osób objętych ochroną prawa wojennego, ale nie zakazuje tego typu działalności.

Niestety, powyższe rozumienie najemnika (tj. ukształtowane pod wpływem wydarzeń walki z kolonializmem) zdeterminowało prace ONZ mające na celu stworzenie powszechnej konwencji przeciwko najemnikom. W 1989 r. została otwarta do podpisu Międzynarodowa Konwencja o zwalczaniu rekrutacji, wykorzystywania, finansowania i szkolenia najemników, która weszła w życie w 2001 r. (dalej: Konwencja). Mimo swojego powszechnego charakteru, jest ona nieskutecznym instrumentem w walce z działaniami najemników, głównie dlatego że nie została ratyfikowana przez Stałych Członków Rady Bezpieczeństwa (m.in. USA) oraz dlatego, że zakres jej uregulowania nie został poddany jurysdykcji Międzynarodowego Trybunału Karnego³⁸. Polska podpisała Konwencję, ale jej nie ratyfikowała. Art. 1 Konwencji określa najemnika jako osobę, która:

(a) została specjalnie zwerbowana w kraju lub za granicą do walki w konflikcie zbrojnym;

³³ *Ibidem*.

³⁴ E. Lieblich, *op. cit.*, s. 122.

³⁵ *Ibidem*, s. 121.

³⁶ L. Cameron, *op. cit.*, s. 580.

³⁷ E. Greppi, *The evolution of individual criminal responsibility under international law*, International Review of the Red Cross, 1999, Nr 835, s. 531-553.

³⁸ K. Fallah, *op. cit.*, s. 609-610.

(b) bierze udział w działaniach zbrojnych głównie w celu uzyskania korzyści osobistej i otrzymała od strony konfliktu lub w jej imieniu obietnicę wynagrodzenia materialnego wyraźnie wyższego od tego, które jest przyrzeczone lub wypłacane kombatantom mającym podobny stopień i sprawującym podobną funkcję w siłach zbrojnych tej strony;

(c) nie jest obywatelem strony konfliktu ani stałym mieszkańcem terytorium kontrolowanego przez stronę konfliktu;

(d) nie jest członkiem sił zbrojnych strony konfliktu;

(e) nie została wysłana przez państwo inne niż strona konfliktu w misji urzędowej jako członek sił zbrojnych tego państwa.

Jest to więc niemalże dosłowne powtórzenie pełnego wewnętrznego sprzeczności art. 47 ust. 1. Istotne *novum* w porównaniu z Protokołem stanowi brak wymogu bezpośredniego udziału w konflikcie zbrojnym przez najemnika, co w zamyśle twórców Konwencji ma poszerzyć zakres zastosowania tej definicji (uczestnictwo w działaniach zbrojnych penalizuje art. 3 Konwencji – jest to w rozumieniu polskiej teorii prawa karnego przestępstwo indywidualne, gdyż może je popełnić tylko najemnik w rozumieniu art. 1). Nie wdając się w głębsze rozważania na temat trafności tego sformułowania należy skupić się na dwóch najważniejszych elementach definicji najemnika w rozumieniu Konwencji.

Art. 1 ust. 1 pkt b) Konwencji odnosi się do motywacji osoby chcącej wziąć udział w konflikcie zbrojnym. Polskie tłumaczenie tego przepisu jest nieprecyzyjne i może wywoływać pewne spory. W angielskiej wersji znajduje się sformułowanie *...is motivated to take part in the hostilities*, co nie oznacza jeszcze bezpośredniego udziału w konflikcie, jak zostało to wyrażone w polskiej wersji (*...bierze udział w konflikcie...*). Przepis ten stawia wymóg dyskryminacji kombatantów strony walczącej w stosunku do najemników – konieczne jest więc wystąpienie naruszenia zasady równości. Artykuł ten ustanawia płynną granicę – wynagrodzenie musi być *wyraźnie wyższe* (*substantially in excess*) w stosunku do tego, które jest wypłacane kombatantom strony walczącej. Zróżnicowanie wysokości wynagrodzeń w armii jest bardzo duże i zależy od wielu czynników, takich jak posiadany stopień wojskowy, staż, rodzaj jednostki w której się służy, miejsce stacjonowania jednostki, itp. Jest to więc niepewny punkt odniesienia i może on wywołać wiele kontrowersji w stosowaniu tego przepisu, jednakże zdaniem niektórych komentatorów, *nie można dostatecznie zdefiniować*

najemnika, nie odnosząc się do jego motywacji³⁹. Problem dotyczy także ograniczenia rzeczywistej lub obiecanej korzyści za służbę do zapłaty pieniężnej.⁴⁰

Tym trudniejszym do zweryfikowania elementem jest rzeczywista motywacja żołnierzy Legii Cudzoziemskiej. Wiele osób służy w niej w celu uzyskania wynagrodzenia lepszego od tego, które otrzymałyby za służbę wojskową w swoim kraju ojczystym. Dysproporcja wynagrodzenia odgrywa więc tutaj rolę, ale zarówno I Protokół, jak i Konwencja relatywizują korzyść otrzymywaną lub obiecaną najemnikowi w stosunku do wynagrodzenia, które otrzymują inni żołnierze służący w armii państwa korzystającego z ich usług. W armii francuskiej legioniści otrzymują wynagrodzenie podobne do tego, które przysługuje pozostałym żołnierzom francuskim, choć jest ono zróżnicowane w zależności od posiadanego stopnia lub rodzaju i umiejscowienia jednostki wojskowej⁴¹.

Drugim elementem definicji najemnika, który wzbudza najwięcej sprzeciwów i osłabia znaczenie i tak nieprzychylnie widzianej przez wiele państw Konwencji jest pkt d) art. 1 ust. 1. Wymaga on aby najemnicy nie byli członkami sił zbrojnych strony walczącej. Kontrowersje tego zapisu na tle reżimu I Protokołu dodatkowego do III Konwencji Genewskiej zostały omówione powyżej. Jednakże ten wymóg ma jeszcze jedną wadę, niedostrzeżaną przez autorów obu dokumentów. Sposób „przypisania” danej jednostki do własnych sił zbrojnych jest kwestią wewnętrznym regulacji obowiązujących w danym państwie.⁴² Pozwala to więc na obejście zakazu użycia najemników przez stronę walczącą poprzez oficjalne inkorporowanie takich oddziałów do swoich sił zbrojnych, co niejako „konwaliduje” przestępny status tych formacji, czyniąc je w pełni legalnymi, a ich członkom przyznając ochronę przewidzianą prawem wojennym⁴³.

Zarówno przytoczone powyżej przepisy prawa wewnętrznego, jak i praktyka francuska czynią Legię częścią Wojsk Lądowych, nie wyodrębniając jej jako osobnej jednostki operacyjnej. Szczególny status żołnierzy cudzoziemskich określony w przeanalizowanym dekrete wynika jedynie ze specyfiki służby w obcym wojsku w stosunku do zwykłej służby czynnej oraz konieczności wzmożonej kontroli państwa nad napływem obcokrajowców do szczególnie ważnego dla funkcjonowania państwa sektora.

³⁹ R. Martin, *Mercenaries and the rule of law*, Review of the International Commission of Jurists, Vol. 17 (1977), s. 51 i 53.

⁴⁰ E. Lieblich, *op. cit.*, s. 122.

⁴¹ Por. strona: http://legia.cudzoziemska.free.fr/zar_fiche.php

⁴² M. Schmitt, *War, international law, and sovereignty: Re-evaluating the rules of the game in new century – humanitarian law and direct participation in hostilities by private contractors or civilian employees*, Chicago Journal of International Law, Vol. 5 (January 2005), s. 524.

⁴³ E. Lieblich, *op. cit.*, s. 122.

Dodatkowo, definicja najemnika z art. 1 ust. 1 Konwencji została poszerzona o osobę, która w jakiegokolwiek innej [niż w ust. 1] sytuacji:

(a) została specjalnie zwerbowana w kraju lub za granicą w celu wzięcia udziału w zbiorowym akcie przemocy [concerted act of violence] mającym na celu:

- (i) obalenie Rządu lub w inny sposób naruszenie porządku konstytucyjnego w Państwie;
- (ii) naruszenie integralności terytorialnej Państwa;

(b) bierze w nim udział głównie w celu uzyskania znaczącej korzyści osobistej i została do tego nakłoniona obietnicą otrzymania wynagrodzenia materialnego;

(c) nie jest obywatelem ani stałym mieszkańcem Państwa, przeciwko któremu taki akt jest skierowany;

(d) nie została wysłana przez Państwo w misji urzędowej;

(e) nie jest członkiem sił zbrojnych Państwa, na którego terytorium taki akt ma miejsce.

Przepis ten oraz wybrane akapity preambuły (3. i 6.) świadczą o politycznym charakterze tego dokumentu, stworzonego na potrzebę bieżącej sytuacji politycznej na świecie. Istotnym elementem Konwencji jest nałożenie określonych obowiązków w tym zakresie nie tylko na państwa (art. 5-10, 12-15), ale także na jednostki, dotyczące zarówno pozyskiwania rekrutowania, używania, finansowania i szkolenia najemników (art. 2, 4 w zw. z art. 2), jak i bycia najemnikiem w rozumieniu Konwencji (art. 3, 4 w zw. z art. 3). Podobnie jak I Protokół w art. 75, Konwencja przyznaje osobom dopuszczającym się wymienionych w niej przestępstw, określone gwarancje w postaci prawa do sądu (art. 11). Doniosłym osiągnięciem twórców Konwencji jest jej uniwersalny charakter – w przeciwieństwie do I Protokołu jej zakres zastosowania nie jest ograniczony tylko do konfliktów międzypaństwowych.

Konwencja z 1989 r. podobnie jak poprzednie dokumenty powstała na fali wydarzeń politycznych, tym razem miał być to instrument mający uregulować status prawny tzw. prywatnych firm wojskowych (*private military companies*), działających przede wszystkim u boku USA w wojnach przez to państwo prowadzonych, co wyjaśnia niechęć Stanów Zjednoczonych wobec Konwencji. Mimo niewielkiej akceptacji⁴⁴, Konwencja (obok niefortunnego zapisu I Protokołu dodatkowego do III Konwencji Genewskiej i mającej lokalny charakter Konwencji OJA) jest jedynym instrumentem prawa międzynarodowego publicznego o charakterze traktatowym dotyczącym problemu najemników, a jej zapisy mimo

⁴⁴ Dotychczas 32 państwa ratyfikowały i 10 tylko podpisało Konwencję (do tej drugiej grupy zalicza się Polska – 28.12.1990). Wciąż brak w tym gronie wielkich mocarstw – Stałych Członków Rady Bezpieczeństwa, co istotnie osłabia mechanizm Konwencji (stan z dnia 7 września 2010; lista państw znajduje się na stronie internetowej ICRC w zakładkach: <http://www.icrc.org/ihl.nsf/WebSign?ReadForm&id=530&ps=P> i <http://www.icrc.org/ihl.nsf/WebSign?ReadForm&id=530&ps=S>).

braku ratyfikacji są akceptowane przez niektóre państwa⁴⁵. Uznanie jej za normę zwyczajową⁴⁶ wydaje się jednak nieuzasadnione ze względu na sprzeciw wielu państw. Wobec braku stosownych uregulowań w umowach międzynarodowych, podejmowane są próby znalezienia norm zwyczajowych. ONZ wyznaczył Specjalnego Sprawozdawcę do spraw Najemników, którego zadaniem było wyszukanie prawa zwyczajowego dotyczącego problemu. Takie normy, jak wskazano wyżej, nie zakazują tworzenia i uczestnictwa w wojsku najemnym, ze względu na powszechną praktykę i przyzwolenie państw korzystających z tego rodzaju działalności⁴⁷. Prace prowadzone przez Specjalnego Sprawozdawcę w kontekście działań prywatnych firm wojskowych wykazały, że istnieje różnica między organizacjami działającymi otwarcie (takimi jak prywatne firmy wojskowe) oraz formacjami nieoficjalnie oferującymi tego typu usługi⁴⁸. Swojego rodzaju prawne „przyznanie się” państwa do danej jednostki legitymizuje ją w świetle prawa międzynarodowego.

Powyższe rozważania poruszają tylko najważniejsze regulacje prawa międzynarodowego publicznego dotyczące żołnierzy cudzoziemskich i ich udziału w konfliktach zbrojnych, jednakże są niezbędne dla pełnego zrozumienia omawianego problemu. W tzw. prawie wojennym nie ma powszechnie akceptowanej definicji pojęcia „najemnik”, a co za tym idzie – nie ma także jednolicie określonego statusu prawnego takiej osoby. Traktatowe i konwencyjne rozumienie tego pojęcia w znaczący sposób różni się od potocznego znaczenia nadawanego temu terminowi. Przyjmując reżim Konwencji z 1989 r. za najbardziej odpowiedni dla współczesnych realiów pozostawimy Legię Cudzoziemską poza zakresem jej zastosowania. Jednakże, jak już zostało wspomniane, znalezienie osoby, która spełniałaby wszystkie wymogi z art. 1 ust. 1 wydaje się zadaniem trudnym, o ile nie zupełnie niemożliwym. Kumulatywna definicja najemnika jest wysoce niepraktyczna; jak napisał jeden z komentatorów: *najemnika, który nie zostałby wykluczony z zakresu tej definicji powinno się zastrzelić, a jego prawnika wraz z nim*⁴⁹. Zatem uznanie legionistów za żołnierzy nie będących najemnikami wynika nie tyle z wyjątkowości Legii na tle innych formacji

⁴⁵ Por. art. 436-1 francuskiego kodeksu karnego (*code pénal*). Bardzo restrykcyjne prawo dotyczące najemników obowiązuje w np. Republice Południowej Afryki: ustawa z 20 maja 1998 (Vol. 395 Nr 18912) – Foreign Military Assistance Act – w sekcji 2 stanowi: *Nikt nie może na terytorium Republiki i poza nią rekrutować, używać, ani szkolić osób, ani finansować lub zatrudniać do działalności w charakterze najemnika*. Przy czym działalność w charakterze najemnika została w tej ustawie (sekcja 1 pkt (iv)) jako *bezpośredni udział w charakterze kombatanta w konflikcie zbrojnym dla prywatnej korzyści* (M. Scheimer, *op.cit.*, s. 619-620).

⁴⁶ L. Cameron, *op. cit.*, s. 579.

⁴⁷ M. Scheimer, *op. cit.*, s. 637.

⁴⁸ *Ibidem*, s. 636.

⁴⁹ G. Best, *Humanity in warfare: the modern history of the international law of armed conflicts*, Nr 83 (1980), s. 328 I 374-375.

cudzoziemskich, co z niedoskonałości definicji konwencyjnej, która jest odpowiedzią Narodów Zjednoczonych na bieżące problemy.

Prawo polskie a Legia Cudzoziemska

Na gruncie prawa polskiego, odnosząc się wprost do powyższych rozważań, należy zaznaczyć, że ze względu na niemożliwość przyznania legionistom statusu najemnika, służba obywateli polskich w Legii nie może stanowić przestępstwa z art. 141 § 2 k.k., tj. zakazanej przez prawo międzynarodowe służby najemnej. Będzie miał tu natomiast zastosowanie art. 141 polskiego kodeksu karnego, który stanowi, że kto, będąc obywatelem polskim, przyjmuje bez zgody właściwego organu obowiązki wojskowe w obcym wojsku lub w obcej organizacji wojskowej, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5. Służba obywatela polskiego w Legii nie jest więc typem kwalifikowanym przestępstwa z art. 141 k.k., tj. służbą najemną zakazaną przez prawo międzynarodowe. Legia jako formacja wojskowa stanowiąca część sił zbrojnych państwa innego niż Rzeczpospolita Polska jest „wojskiem” w rozumieniu przywołanego przepisu polskiej ustawy karnej⁵⁰, zatem służba w niej stanowi przestępstwo z § 1 tego artykułu, zagrożone karą pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5. Natomiast znamię przestępstwa określające wojsko jako „obce” odnosi się także do wojsk państw sojusznicznych⁵¹. Zgodnie z orzecznictwem Sądu Najwyższego, dotyczy to także służby kandydackiej na legionistę⁵². Kodeks karny przewiduje jednak możliwość uniknięcia odpowiedzialności karnej w przypadku uzyskania zgody właściwego organu na taką służbę oraz tworzy kontratyp ustawowy w § 3 omawianego artykułu – stanowi on, że przestępstwa nie popełnia obywatel polski będący równocześnie obywatelem innego państwa, jeżeli zamieszkuje na jego terytorium i pełni tam służbę wojskową. Konieczny jest więc nie tylko związek formalny z krajem w postaci obywatelstwa, ale także rzeczywiste stałe zamieszkiwanie na terytorium tego państwa – utrwalony związek o charakterze administracyjnym.⁵³ Jest to więc przepis bardzo rygorystyczny, gdyż nakazuje ściganie także osób mających wiele obywatelstw. Warto zaznaczyć, że takiej derogacji nie zawierała ustawa

⁵⁰ M. Kiziński, *Prawnkarne aspekty służby obywatela polskiego w obcej armii*, *Wojskowy Przegląd Prawniczy*, nr 1 (237) 2006, s. 40.

⁵¹ H. Popławski, R. Skarbek, *Przestępstwa przeciwko obowiązkowi obrony PRL*, *Wojskowy Przegląd Prawniczy*, nr 4 (141) 1981, s. 425 – autor mówi tu o wojskach „zaprzyjaźnionych”.

⁵² WRN 75/92, ONSKW 1992/1-2/12.

⁵³ J. Palus, S. Przyjemski, *„Europa ojczyzn” a obowiązki służby wojskowej*, *Państwo i Prawo*, z.2 (636) luty 1999, s. 40

o powszechnym obowiązku obrony PRL w pierwotnym brzmieniu, co wywoływało wiele problemów praktycznych, z możliwością utraty obywatelstwa polskiego włącznie⁵⁴.

Nie uniknie odpowiedzialności także osoba, która zrzeknie się obywatelstwa polskiego po naturalizacji we Francji. Osoba nie legitymująca się obywatelstwem danego państwa może zostać pociągnięta do odpowiedzialności przed jego organami za czyny popełnione w okresie, kiedy posiadała jeszcze obywatelstwo⁵⁵. Zgodnie z polskim prawem służba w obcym wojsku jest występkiem o charakterze ciągłym (art. 12 k.k.), toteż sąd będzie w takim przypadku badał tylko odcinek czasu między pierwszym zachowaniem o charakterze przestępczym (będzie to zazwyczaj podpisanie kontraktu z Legią) do momentu utraty obywatelstwa polskiego. Jednym możliwym sposobem uniknięcia odpowiedzialności (poza amnestią i ułaskawieniem) wydaje się upływ terminu przedawnienia.

Ustawa o powszechnym obowiązku obrony⁵⁶ w dziale VIa zawiera uregulowanie dotyczące wyrażania zgody na służbę w obcym wojsku lub obcej organizacji wojskowej. Uzyskanie takiej zgody oznacza kontratypizację przestępstwa określonego w art. 141 § 1 k.k. Ustawa stanowi w art. 199a ust. 1, że obywatel polski może taką zgodę uzyskać, jednak kolejne przepisy uzależniają ją od spełnienia szeregu przesłanek. Zgody takiej nie udziela się w przypadku ogłoszenia mobilizacji, w czasie wojny oraz w razie wprowadzenia na całym terytorium Rzeczypospolitej Polskiej stanu wojennego lub stanu wyjątkowego. Jeżeli taka zgoda została udzielona przed wprowadzeniem jednego z tych stanów, obywatel polski może pełnić służbę w obcym wojsku lub organizacji wojskowej w okresie, na jaki została ona udzielona, ale tylko wtedy gdy już rozpoczął pełnienie tej służby. *A contrario* oznacza to, że w przypadku ogłoszenia mobilizacji, w czasie wojny, wprowadzenia stanu wojennego lub wyjątkowego na całym terytorium państwa, osoby, które uzyskały takie zezwolenie nie mogą z niego skorzystać. Rozwiązanie takie z pewnością jest sprzeczne z zasadą ochrony praw nabytych, wynikającą z zasady demokratycznego państwa prawnego,⁵⁷ jednakże chroni ono wartości takie jak niepodległość, nienaruszalność terytorium, bezpieczeństwo obywateli (art. 5 Konstytucji RP⁵⁸). Zgody nie muszą uzyskiwać obywatele polscy będący równocześnie

⁵⁴ S. Małecki, *Podwójne obywatelstwo a służba w obcym wojsku*, *Wojskowy Przegląd Prawniczy*, nr 3-4 (187-188) 1993, s. 84-85, J. Palus, S. Przyjemski, *Przyjęcie przez obywatela polskiego obowiązków wojskowych w obcym wojsku lub obcej organizacji wojskowej*, *Wojskowy Przegląd Prawniczy*, nr 1 (217) 2001, s. 48-49.

⁵⁵ J. Raglewski, *Art. 109 [w:] A. Zoll, Kodeks karny. Komentarz. Tom I. Komentarz do artykułów 1-116*, Warszawa 2007, s. 1127.

⁵⁶ Ustawa z dnia 21 listopada 1967 r. o powszechnym obowiązku obrony Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. 1967 r. Nr 44, poz. 220, ze zm.).

⁵⁷ B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 24-25.

⁵⁸ Dz. U. 1997 r. Nr 78, poz. 483, ze zm.

obywatelami innego państwa, jeśli stale zamieszkują na jego terytorium i zamierzają przyjąć służbę wojskową w siłach zbrojnych lub organizacji wojskowej tego państwa.

Zgoda na służbę w obcym wojsku lub obcej organizacji wojskowej może zostać udzielona (nie jest ona obligatoryjna – jest to kwestia uznania administracyjnego organu) obywatelowi polskiemu, gdy spełnione zostaną następujące warunki:

- 1) służba, którą obywatel polski chce podjąć nie narusza interesów Rzeczypospolitej Polskiej – przesłankę tę pojawiającą się w wielu aktach normatywnych można interpretować bardzo szeroko, zwłaszcza jeśli jest ona podstawą decyzji organu administracji publicznej, jednak pozostawienie luzu decyzyjnego organowi jest jak najbardziej uzasadnione, zwłaszcza, że podlega on kontroli instancyjnej i sądowej;
- 2) służba ta nie jest zakazana przez prawo międzynarodowe – przepis ten dotyczy przede wszystkim omówionego wyżej problemu najemników, chociaż pojawia się tu, podobnie jak w kodeksie karnym niefortunny zwrot „zakazana przez prawo międzynarodowe”;
- 3) służba ta nie wpłynie na zadania wykonywane przez Siły Zbrojne;
- 4) obywatel ma uregulowany stosunek do służby wojskowej i nie posiada przydziału kryzysowego, przydziału mobilizacyjnego, pracowniczego przydziału mobilizacyjnego lub przydziału organizacyjno-mobilizacyjnego lub właściwy wojskowy komendant uzupełnień nie prowadzi postępowania w sprawie nadania jemu któregośkolwiek z tych przydziałów.

Ponadto, w art. 199c ust. 2 ustawy wyszczególnione zostały przesłanki negatywne – w razie wystąpienia którejkolwiek z nich, organ nie może udzielić zgody obywatelowi polskiemu na służbę w obcym wojsku. Katalog ten jest bardzo rozbudowany i obejmuje m.in. posiadanie tzw. kategorii „D” lub niższej, nieuregulowanie obowiązku wobec służby wojskowej, skazanie prawomocnym wyrokiem na karę pozbawienia wolności lub ograniczenia wolności, figurowanie w rejestrze dłużników niewypłacalnych w KRS.

Organem właściwym do udzielenia lub odmowy udzielenia zgody na służbę w obcym wojsku lub obcej organizacji wojskowej jest minister właściwy do spraw wewnętrznych, który ma obowiązek zasięgnięcia opinii Ministra Obrony Narodowej i ministra właściwego do spraw zagranicznych lub organów przez nich upoważnionych. Wyjątek dotyczy obywateli polskich będących byłymi żołnierzami zawodowymi, dla których organem właściwym jest Minister Obrony Narodowej, który ma obowiązek zasięgnięcia opinii ministra właściwego do spraw zagranicznych lub organu przez niego upoważnionego.

Przepis art. 199e ustawy zawiera postanowienie wykluczające odpowiedzialność organów państwowych za ewentualne następstwa tej służby. O ile w porządku krajowym uregulowanie to znajduje pełne zastosowanie jako przepis prawa powszechnie obowiązującego, o tyle w stosunkach międzynarodowych państwo nie może powołać się na postanowienia swojego prawa wewnętrznego w celu wykluczenia odpowiedzialności⁵⁹. Przepis ten dotyczy zatem odpowiedzialności o charakterze cywilnym⁶⁰. Należy pamiętać, że większość ewentualnych szkód jakie zezwolenie na służbę w obcym wojsku za sobą pociągnie będzie miało wymiar międzynarodowy i na takiej drodze będzie dochodzone.

Ustawa oraz rozporządzenie Rady Ministrów⁶¹ szczegółowo określają procedurę udzielania takiej zgody. Najpierw, należy złożyć pisemny wniosek do organu właściwego, z tym że obywatel polski zamieszkujący lub przebywający czasowo powyżej trzech miesięcy za granicą składa wniosek za pośrednictwem polskiego urzędu konsularnego, natomiast obywatel polski będący byłym żołnierzem zawodowym dokonuje tej czynności za pośrednictwem wojskowego komendanta uzupełnień. Wniosek ten podlega opłacie skarbowej⁶². Złożenie wniosku nie powoduje obowiązku skierowania takiej osoby do właściwej wojskowej komisji lekarskiej w celu określenia zdolności do czynnej służby wojskowej. Do wniosku dołącza się odpowiednie dokumenty (m.in. zaświadczenie o niekaralności z KRK, zaświadczenie z urzędu skarbowego i ZUS).

Zgoda jest wydawana w drodze decyzji administracyjnej, toteż złożenie wniosku oznacza wszczęcie postępowania administracyjnego według przepisów k.p.a.⁶³ z odrębnościami wynikającymi z ustawy i rozporządzenia, co daje osobie ubiegającej się o taką zgodę znaczny zakres gwarancji poszanowania jej praw i wolności osobistych. Minister właściwy do spraw wewnętrznych lub w przypadku byłych żołnierzy zawodowych Minister Obrony Narodowej, przed wydaniem decyzji mają obowiązek uzyskania od wojskowego komendanta uzupełnień informacji, o których mowa w art. 199b i art. 199c ust. 1 pkt 3 i 4 i ust. 2 pkt 1-5 ustawy oraz od ministra właściwego do spraw zagranicznych lub organu przez niego upoważnionego informacji, czy służba nie narusza interesów Rzeczypospolitej Polskiej oraz czy nie jest zakazana przez prawo międzynarodowe. Decyzja o udzieleniu zgody szczegółowo określa

⁵⁹ Art. 27 Konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów.

⁶⁰ S. M. Przyjemski, *Powszechny obowiązek obrony Rzeczypospolitej Polskiej, a służba obywatela polskiego w obcym wojsku lub obcej organizacji wojskowej (uregulowania konstytucyjne, ustawowe i wykonawcze)*, Wojskowy Przegląd Prawniczy, nr 4 (244) 2007, s. 10.

⁶¹ Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 13 kwietnia 2010 w sprawie trybu udzielania obywatelom polskim zgody na służbę w obcym wojsku lub obcej organizacji wojskowej (Dz. U. Nr 68, poz. 438).

⁶² Art. 1 ust. 1 pkt 1 lit. c w zw. z art. 2 ust. 1 pkt 1 lit. e ustawy z dnia 16 listopada 2006 r. o opłacie skarbowej (Dz. U. 2006 Nr 225, poz. 1635, ze zm.).

⁶³ Dz. U. 1960 r. Nr 30, poz. 168, ze zm.

miejsce i czas takiej służby oraz zawiera pouczenie o obowiązku zawiadomienia urzędu konsularnego o rozpoczęciu i zakończeniu służby.

Jak łatwo zauważyć, legalna w świetle polskiego prawa służba w Legii Cudzoziemskiej jest obwarowana wieloma przesłankami, a uzyskanie zgody wiąże się z uruchomieniem procedury, w której uczestniczą organy administracji rządowej szczebla ministerialnego. Sama decyzja o udzieleniu zgody jest oparta na przesłankach o charakterze ocennym⁶⁴, chociaż stosowanie prawa przez organy administracji publicznej podlega kontroli sądów administracyjnych.

Na końcu warto postawić pytanie o sens kryminalizowania służby w obcym wojsku w polskim kodeksie karnym. Przedmiotem ochrony jest tu bowiem obronność państwa i rzekomy „konflikt sumienia” jakiego doświadcza żołnierz w przypadku ewentualnego konfliktu zbrojnego między państwem, którego jest obywatelem a państwem, w którego armii służy. Argumenty te wydają się mocno przesadzone w warunkach armii zawodowej (przepisy takie pojawiły się wszakże w ustawach karnych państw dopiero wraz wprowadzeniem armii z poboru⁶⁵), swobodnego przepływu osób, obecnej sytuacji polityczno-wojskowej w Europie i na świecie oraz unikania (przynajmniej przez państwa europejskie) uciekania się do wojny jako sposobu rozwiązywania sporów. Obecne unormowanie umożliwia co prawda organom państwowym uzyskanie pewnego obrazu sytuacyjnego dotyczącego zjawiska zaciągu obywateli polskich do armii obcych i jednocześnie dostosowanie polityki obronnej do jego skali.⁶⁶ Przykład innych państw wskazuje na odchodzenie od tego typu rozwiązań⁶⁷. Należy zatem rozważyć możliwość depenalizacji tego przestępstwa w kontekście obywateli polskich służących w armiach państw sojuszniczych.

* * *

Jak wynika z powyższych rozważań, Legia Cudzoziemska, jest formacją o złożonym statusie prawnym. Na regulacje dotyczące omawianego problemu składają się przepisy prawa

⁶⁴ S. M. Przyjemski, *op. cit.*, s. 10; M. Kiziński, *op. cit.*, s. 40.

⁶⁵ S.M. Przyjemski, *op. cit.*, s. 4.

⁶⁶ *Ibidem*, s. 14.

⁶⁷ Zob. np. przypis 2. Prawo amerykańskie (§ 959 Kodeksu Stanów Zjednoczonych) zakazuje obywatelom amerykańskim podjęcia służby zagranicznej w charakterze żołnierza lub marynarza, jednakże w sprawie *Wilborg v. US Sąd Najwyższy* orzekł, że przepis ten nie zakazuje wyjazdu za granicę w celu podjęcia takiej służby (163 U.S. 632 (1896)). Podobne unormowanie zawiera kodeks karny Albanii (art. 218), jednak dotyczy on tylko służby w obcym wojsku w celu podjęcia działań przeciwko niepodległości i integralności terytorialnej Republiki. W ustawodawstwach wielu krajów nie ma odpowiednika art. 141 polskiego kodeksu karnego, penalizowane jest jedynie prowadzenie zaciągu obywateli do obcych armii (np. RFN, Szwecja, Finlandia) – M. Kiziński, *op. cit.*, s. 39-40.

międzynarodowego, unijnego i krajowego wielu państw. Regulacje te należą do różnych gałęzi prawa (konstytucyjnego, administracyjnego, karnego). Specyficzny status nadany jednostce przez ustawodawcę francuskiego ma wpływ na jej pozycję prawną w świetle uregulowań innych państw, a nawet na unormowania o charakterze międzynarodowym. Próba zastosowania wobec Legii przepisów międzynarodowych odnoszących się do najemników nie tyle legalizuje istnienie formacji, co obnaża niedoskonałość prawnomiędzynarodowych uregulowań.

Natomiast, przewidziana przez prawo francuskie dyskryminacja żołnierzy cudzoziemskich w ramach wojsk lądowych budzi zastrzeżenia z punktu widzenia unijnej swobody przepływu osób i zasady niedyskryminacji, z drugiej jednak strony obrona narodowa jako dziedzina zastrzeżona do kompetencji wyłącznej państw członkowskich umożliwia wprowadzenie do własnego ustawodawstwa różnych rozwiązań dotyczących służby w obcym wojsku własnych obywateli⁶⁸.

Z kolei samo istnienie przepisów penalizujących służbę w obcym wojsku w polskim systemie prawa karnego wydaje się przestarzałe w odniesieniu do Legii Cudzoziemskiej jako formacji będącej częścią sił zbrojnych państwa należącego do tej samej organizacji polityczno-wojskowej (NATO) i wspólnoty gospodarczo-politycznej kształtującej coraz wyraźniej Wspólną Politykę Zagraniczną i Bezpieczeństwa (Unia Europejska). W obliczu faktu stworzenia armii zawodowej, wprowadzenie surowej sankcji karnej wobec polskich ochotników pragnących odbyć służbę wojskową w siłach zbrojnych sprzymierzonego państwa, jest rozwiązaniem pozbawionym głębszego uzasadnienia aksjologicznego, a przepis art. 142 § 1 k.k. znajduje się w nim siłą tradycji, co jest zjawiskiem niepożądanym⁶⁹. Nawet przyjmując, że sankcja karna wobec legionistów legitymujących się obywatelstwem polskim wywołana jest dbałością administracji wojskowej o kontrolę nad stanem osobowym obywateli zdolnych do służby wojskowej, to tak surowa odpowiedzialność jest z pewnością niezgodna z zasadą proporcjonalności⁷⁰.

⁶⁸ M. Mróz, *Kwestia legalności służby w Legii Cudzoziemskiej w ustawodawstwie Polski i krajów UE*, Kancelaria Sejmu. Biuro Studiów i Ekspertyz. Wydział Analiz Ekonomicznych i Społecznych, Raport Nr 992, Listopad 2003, dostępne na stronie: http://biurose.sejm.gov.pl/teksty_pdf_03/i-992.pdf

⁶⁹ J. Błachut, A. Gaberle, K. Krajewski, *Kryminologia*, Gdańsk, 2007, s. 429; L. Falandysz, *Pokrzywdzony w prawie karnym i wiktymologii*, Warszawa, 1980, s. 33.

⁷⁰ A. Frąckowiak-Adamska, *Zasada proporcjonalności jako gwarancja swobód rynku wewnętrznego Wspólnoty Europejskiej*, Warszawa, 2009, s. 247.