

<http://dx.doi.org/10.18778/0208-6107.27.02>

ARTYKUŁY

Adam Czarnota

International Institute for the Sociology of Law
University of New South Wales (Sydney)
a.czarnota@unsw.edu.au

MIĘDZY POLITYKĄ A PRAWEM, CZYLI O SPRAWIEDLIWOŚCI OKRESU PRZEJŚCIOWEGO

Abstrakt

Artykuł jest teoretyczną analizą strategii prawnych wprowadzonych w krajach przechodzących transformację polityczną (w państwach postkomunistycznych w Europie, w Australii, w Południowej Afryce), używanych przy radzeniu sobie ze skutkami dawnych reżimów politycznych. Zdaniem autora rozpoczęcie dyskusji na temat zła dawnych reżimów jest ważne dla zwiększenia zaangażowania społeczeństwa w budowaniu nowego ładu prawnego. Prawna «odpłata» jest wyrazem publicznego potępienia popełnionych zbrodni i potwierdza istnienie norm publicznych. Jednak idąc tropem argumentów Judith Shklar i Niklasa Luhmanna, autor ostrzega przed wewnętrznymi ograniczeniami instrumentów prawnych w definiowaniu przestrzeni stosunków społecznych i relacji o charakterze moralnym. Antidotum na ewentualną instrumentalizację prawa dla celów politycznych i dominację regulacji prawnych w sferze publicznej należy w związku z tym szukać w niezależnych badaniach historycznych i debacie kulturowej, która zmierza do głębszego zrozumienia przeszłości.

Słowa kluczowe

sprawiedliwość transformacyjna; pamięć zbiorowa; normy moralne; legalizm; podstawy prawa

Nie możemy zawsze robić tego, co się nam podoba – zacząłem pouczając – wszystkim rządzi prawo, które jest ponad nami. I sędzia, który cię tu przysłał, i ja, i ty, wszyscy musimy się podporządkować przepisom prawa [...]. Wiem, czujesz się skrzywdzony [...]. Wiem również, co myślisz; wydaje ci się, że sam wiesz, co jest słuszne, a co nie. Wszyscy tak myślimy. – Kiedy to mówiłem, istotnie wierzyłem, że każdy mężczyzna, kobieta czy dziecko, a kto wie, może nawet stary zabiedzony koń w kieracie obracający koło młyńskie rozumie, co jest słuszne: wszystko, co żywe, przynosi z sobą na świat instynktowne poczucie sprawiedliwości. – Żyjemy jednak w świecie, którym rządzi prawo – mówiłem do nieszczęsnego przestępcy. – W świecie niedoskonałym, który oddalił się od praw natury. Nic na to nie możemy poradzić. Człowiek jest istotą ułomną. Jedyne, co możemy zrobić, każdy z nas, to szanować normy prawne i przestrzegać ich, nie dopuszczać do tego, by zatracił się w nas instynkt sprawiedliwości.

John M. Coetzee, *Czekając na barbarzyńców*

WPROWADZENIE

Spółeczeństwo okresu przejściowego, a więc będące w fazie transformacji, to takie, które weszło w proces przemiany samego siebie. Stary, opresyjny, totalitarny bądź autorytarny reżim polityczny, niczym gorset krępujący i ściskający tkankę społeczną, został usunięty, natomiast nowy, zwykle z nadzieją nazywany liberalno-demokratycznym, jest dopiero w procesie tworzenia. Zazwyczaj w literaturze tranzytologicznej nazywa się ten czas okresem przejścia (*transition*)¹, zaś owa literatura zwykle poświęcona jest tylko i wyłącznie sprawie budowania nowych instytucji, mających zapewnić trwałość ustrojowi liberalno-demokratycznemu. Wytyczenie takiego kierunku przemian zakłada jednak jakąś teleologię i wydaje mi się błędne. Jednym z największych wyzwań stojących przed społeczeństwami okresu transformacji jest wykreowanie nowej normatywności. Jak uruchomić mechanizmy uwalniające albo tworzące jej źródła, respektujące godność człowieka, jego możliwości i gwarantujące rządy prawa? Udzielenie odpowiedzi na te pytania nie jest rzeczą łatwą i różni badacze, jeżeli już je sobie zadadzą, wskazują na odmienne źródła nowej normatywności.

Spółeczeństwo okresu transformacji charakteryzuje się nadzieją, dysponuje dużym kapitałem społecznym, zaś jego uwaga skierowana jest ku lepszej przyszłości, a więc budowie zarówno nowego, lepszego ładu społecznego, politycznego, jak i – ma się rozumieć – ładu moralnego. Główny wysiłek ukierunkowany jest na tworzenie nowego systemu i to stanowi podstawę kapitału społecznego. Jednakże pomimo jego olbrzymich pokładów, pomimo nadziei oraz wiary w lepsze jutro, w tej sytuacji zmiany odpowiedzialność nie zawęża się jedynie do samej przyszłości. W tym okresie bowiem wiele osób, albo nawet całych grup społecznych, żyje obciążona (jeżeli nie przygnieciona) traumatycznym balastem doświadczeń z przeszłości. Tak więc w czasach dokonującej się zmiany i panującej wiary w przyszłość istnieje pewna odpowiedzialność moralna w stosunku do przeszłości. Przeszłości zostały popełnione przez funkcjonariuszy poprzedniego reżimu zwykle w jego imieniu. Często ludzie, którzy się tych przestępstw dopuścili, nadal sprawują władzę albo zajmują w społeczeństwie prestiżową pozycję polityczną czy ekonomiczną. Nawet zwyczajni funkcjonariusze, wykonawcy poleceń kryminogennych reżimów politycznych, w nowych warunkach mają się dobrze i za wszelką cenę usiłują dopasować się do nowych warunków politycznych i społecznych. Z drugiej strony, wiele ofiar ich działalności również usiłuje się dostosować do nowych warunków i znaleźć miejsce dla siebie w nowym systemie. To ci ludzie

¹ Zob. omówienie i lokalizację problemu w Chandra Lekha Sriram, *Transitional justice comes of ages. Enduring lessons and challenges*, „Berkeley Journal of International Law”, vol 23, nr 2, 2005, ss. 101–118; na temat rozległości tego problemu, jego historii oraz struktury patrz: Jon Elster, *Closing the books. Transitional justice in historical perspective*, Cambridge University Press, Cambridge 2004.

noszą blizny, a często niezagojone rany psychiczne i moralne, utrudniające odnalezienie im swego miejsca w warunkach nowego systemu. Poza tym należy uwzględnić rodziny tych ofiar. Moralne cele i priorytety pokrzywdzonych i ich bliskich nie zawsze są tożsame z priorytetami elit politycznych, a często nawet mogą z nimi kolidować. Część priorytetów i celów, którymi kierują się ofiary poprzedniego reżimu, zorientowana jest na przyszłość – chociażby po to, aby nadać sens poniesionym cierpieniom. Jednak znaczna część owych celów i priorytetów wiąże się z zadaniem pociągnięcia do odpowiedzialności osób winnych przestępstw popełnionych w imieniu poprzedniego reżimu i wynikających z nich deprywacji, upokorzeń i bólu. U większości tych, którzy doznali takich cierpień, już sama świadomość tego, że takie osoby nie tylko pozostają na wolności, ale że żyje im się lepiej niż ich ofiarom, jest generatorem dodatkowego wymiaru cierpienia. Sama zmiana reżimu politycznego nie rozwiąże problemu braku zaufania, resentymentów i wręcz nienawiści do funkcjonariuszy poprzedniego reżimu. Społeczeństwo okresu transformacji, jeżeli chce zbudować lepszą przyszłość, musi się zmierzyć z tą spuścizną i wyjść poza istniejące podziały generowane przez zaszłości z czasów poprzedniego reżimu. Nowe elity polityczne muszą zastanowić się, jakimi metodami uwolnić ofiary i przestępców od balastu przeszłości, a także pozwolić im znaleźć własne miejsce w nowym porządku społecznym.

Ostrzeżeniem przed związanymi z tym zagrożeniami są wszelkie próby zamaskowania przeszłości. Przykładem takiego procesu, który nie jest moralnie neutralny, a przeciwnie, powoduje spustoszenie normatywne, mogą być manipulacje historią przedstawione w doskonałej książce Istvana Rev'a zatytułowanej „Sprawiedliwość retroaktywna. Prehistoria postkomunizmu” (*Retroactive Justice. Prehistory of Post-Communism*). Jak napisał Rev: „przedmiotem moich studiów jest przerabianie: przerabianie zmarłych, przerabianie męczennika w nieznanego żołnierza i z powrotem w męczennika, kryminalisty w niewinnego, banalizacja świata, rekonstrukcja cmentarzy, przedstawianie nieznanymi postaci jako historycznych monstrów, odkrywanie zwyczajnych miejsc jako miejsc kaźni. Moja książka nie jest poświęcona śledzeniu czasów przeszłych, ani też prezentacji wydarzeń z przeszłości – poświęcona jest ona fantomom. Zajmuje się ciałami i obiektami, które są obecne i widoczne, a nawet namacalne, reinkarnowane. Zamiast pojęcia substytucji zajmuję się badaniem ręcznej manipulacji: powrotu do stanu poprzedniego przez przerabianie”². Książka Rev'a dotyczy Węgier, ale jego obserwacje na temat sposobów zaangażowania przeszłości w tworzenie postkomunistycznej teraźniejszości są trafne w odniesieniu do całego regionu postkomunistycznego.

Problem ciężkiej przeszłości dobrze został ujęty przez Jürgena Habermasa, który napisał: „Dominacja przeszłości, która powraca i wisi jak nocna zmora

² Istvan Rev, *Retroactive Justice. A Prehistory of Post-Communism*, Stanford University Press, Stanford 2006, s. 7–8.

nad teraźniejszością, może być pokonana jedynie przez analityczną siłę formy pamięci, która patrzy spokojnie na to co się stało, choć nie postrzega przeszłości w terminach moralnie neutralnych”³.

Powyżej przedstawione zjawiska i sposoby radzenia sobie z dziedzictwem minionego systemu – jak też towarzyszące temu dylematy – składają się w całość objętą łącznie mianem sprawiedliwości okresu przejściowego (*transitional justice*)⁴. Czasami nazywa się je rozliczaniem z przeszłością (*dealing with the past*). Pojęcia te nie są ostre i często mają one te same desygnaty. Rozważania prowadzone nad „sprawiedliwością okresu przejściowego” koncentrują się na strategiach i praktyce prawnej oraz problemach legislacyjnych, z którymi muszą zmierzyć się państwa i społeczeństwa w okresie transformacji. Problemy prawne okresu przejściowego wynikają z faktu, że prawo ma funkcjonować jako stabilna struktura mająca sprzyjać transformacji oraz jednocześnie jako narzędzie, które służyć będzie temu, by samo stało się taką właśnie stabilną strukturą⁵. Pewna część zajmujących się tym zagadnieniem teoretyków potępia i odrzuca ustawodawstwo retrospektywne, powołując się na argument pewności i stabilności prawa. Z punktu widzenia „sprawiedliwości okresu przejściowego” takie podejście jest naiwne i mylące, ponieważ większość zbrodni poprzedniego reżimu dokonanych zostało właśnie „pod płaszczykiem” prawa.

W przypadku transformacji postkomunistycznej problem „rozliczeń z przeszłością” jest nader doniosły i dotyczy wielu obszarów życia społecznego, dlatego niesłusznie bywa sprowadzany do kwestii tak zwanych „teczek”. Prawne strategie rozliczeń z komunistyczną przeszłością są poważnym problemem społeczeństw zaangażowanych w próbę uwolnienia się z żelaznego uścisku instytucji komunistycznego systemu. Strategii prowadzących do uwolnienia się z owego uścisku nie widać ani w Federacji Rosyjskiej, ani w Kazachstanie, Kirgizstanie, czy Azerbejdżanie. Dlaczego tak się dzieło? To

³ Jürgen Habermas, *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 22 listopada 1985, cytowane za: Helga Geyer-Ryan, *Helmut Lethen, The Rhetoric of Forgetting: Brecht and the Historical Avant-garde*, w: *Convention and Innovation in Literature*, ed. Theo D’haen, Rainer Grüberl and Helmut Lethen, John Benjamins Publishing Company, Amsterdam and Philadelphia, 1989, s. 305. [W publikacji, za którą przytoczony został powyższy cytat, podane zostało błędnie źródło. Cytowany fragment pochodzi z artykułu Jürgen Habermasa *Der Intellektuelle ist mit seinem Gewissen nicht allein*, „Süddeutsche Zeitung“, 19–20. November 1985; tekst ten pod zmienionym tytułem: *Keine Normalisierung der Vergangenheit*, opublikowany został następnie w tomie: J. Habermas, *Eine Art Schadensabwicklung. Kleine politische Schriften VI*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main 1997, s. 13; cytowany fragment brzmi w oryginale następująco: „Die Herrschaft der alpträumerhaft wiederkehrenden Vergangenheit über eine unerlöste Gegenwart könnte nur durch die analytische Kraft einer Erinnerung gebrochen werden, die die gelassene historische Vergegenwärtigung des Geschehenen nicht mit dessen moralischer Neutralisierung erkaufft“ – przyp. red.]

⁴ Zob. np. Kieran McEvoy, *Beyond Legalism: Towards a Thicker Understanding of Transitional Justice*, „*Journal of Law and Society*”, vol. 34, nr 4, 2007, s. 411–440.

⁵ Zob. Ruti Teitel, *Transitional Justice*, Oxford University Press, New York 2000.

poważne pytanie, na które trudno jest udzielić odpowiedzi w kilku zdaniach, ale można wskazać na społeczne przesłanki takiego stanu rzeczy. Są to mianowicie: długi okres funkcjonowania komunizmu oraz stopień inwigilacji społeczeństwa przez instytucje i praktyki właściwe systemowi komunistycznemu. Należy wskazać także na sposoby myślenia charakterystyczne dla mentalności komunistycznej, głęboko zakorzenione w tych społeczeństwach. Inna grupa przesłanek to skomplikowane problemy narodowościowe. W republikach środkowoazjatyckich szczególną rolę w strukturze organizacji państwa i w procesie sprawowania władzy politycznej odgrywają lojalności i powiązania plemienne. Rosja, jak prawie zawsze, zajmuje pozycję szczególną. Poza krótkim okresem bezpośrednio po 1992 roku, kiedy to problem rozliczeń z komunistyczną przeszłością był przynajmniej obecny w oficjalnym dyskursie, po przejściu władzy przez Władimira Putina nastąpił okres „normalizacji” i problem ten został całkowicie usunięty z przestrzeni publicznej. Komunistyczna przeszłość uległa za to pozytywnej rewaluacji. Na poziomie symbolicznym putinowska Rosja podkreśla ciągłość ze Związkiem Radzieckim. Symboliczna kontynuacja nie posuwa się aż tak daleko, jak to się dzieje na Białorusi reżimu Łukaszenki, ale jest wyraźnie obecna. Nie świadczy to o powrocie do komunizmu jako systemu społeczno-politycznego, ale jest odzwierciedleniem starej rosyjskiej tradycji autorytaryzmu państwowego, który czasami tylko próbował zapożyczeń instytucjonalnych z Zachodu, z jednoczesnym jednak zachowaniem odmienności systemu politycznego i społecznego Rosji. Marc Raeff określił przedmiot tychże ambicji Rosji z okresu modernizacji mianem „dobrze zorganizowanego państwa policyjnego” (*well-organised police state*)⁶. Obecna polityka wpisuje się znakomicie w tę tradycję. Wspomniany na wstępie tego artykułu problem źródeł nowej normatywności, potrzebnej dla budowania rządów prawa i kultury przestrzegania praw człowieka, wymaga otwartej publicznej debaty o zbrodniach popełnionych w przeszłości.

Problem rozliczeń z przeszłością nie ogranicza się tylko do rozliczeń z pozostałościami systemu komunistycznego, niemniej jednak, liczne przykłady świadczą o skomplikowanej zależności między polityką a brakiem zadośćuczynienia za zbrodnie z przeszłości. Sprawiedliwość transformacyjna (*transitional justice*) to również problem konstytucyjny dla każdego społeczeństwa okresu transformacji, w tym także dla nowego postkomunistycznego systemu społecznego, politycznego i prawnego. Rozliczenia z przeszłością jako problem konstytucyjny to kwestia tworzenia podstaw dla nowego porządku społeczno-politycznego, a także problem regenerowania zniszczonej moralnej tkanki społeczeństwa. Wszystko to czyni problem rozliczeń z przeszłością – albo też niemożność ich zaistnienia – problemem społeczno-polityczno-prawnym *par ex-*

⁶ Mark Raeff, *The Well-Ordered Police-State: Social and Institutional Change through Law in the Germanies and Russia, 1600–1800*, Yale University Press, New Haven 1983.

cellence. Problem sprawiedliwości transformacyjnej (*transitional justice*) w krajach postkomunistycznych, które podjęły jakieś kroki w kierunku dokonania rozliczeń z przeszłością, może być podzielony na dwa główne podproblemy:

I. Relacji między nowym a starym systemem (problem kontynuacji prawnej);

II. Dekomunizacji (środków prawnych służących usunięciu pozostałości komunizmu z państwa i społeczeństwa).

Te z kolei mogą być podzielone na trzy następujące zagadnienia:

IIA – sprawiedliwości retrybutywnej w stosunku do przestępstw popełnionych przez funkcjonariuszy poprzedniego reżimu;

IIB – rehabilitacji i rekompensacji dla ofiar reżimu komunistycznego;

IIC – restytucji mienia przejętego przez władze komunistyczne.

W niniejszym tekście skoncentrować się chcę na problemach stosowania sprawiedliwości w społeczeństwach okresu przejściowego w sposób ogólny, a więc nie ograniczając się, ani też nie biorąc za przykład tylko sytuacji społeczeństw postkomunistycznych. Chcę wziąć pod uwagę nie wszystkie typy rozliczeń z przeszłością, ale skoncentrować się na tych, które dotyczą zmiany politycznej i czasami również zmiany społecznej. Poza sferą rozważań pozostają więc kwestie przeprosin i zadośćuczynienia za zbrodnie okresu kolonializmu (jak to uczyniono w Australii) czy za zbrodnie wojenne (Niemcy, Japonia).

Najprostszym rozwiązaniem problemów z przeszłością w okresie transformacji byłoby odszukanie osób odpowiedzialnych za zbrodnie, postawienie ich przed sądem i po procesie sądowym skazanie, czyli wymierzenie adekwatnej kary. Z wielu istotnych powodów nowe elity polityczne nie podążają drogą aplikacji sprawiedliwości retrybutywnej albo też stosują ją w bardzo selektywny sposób. Bardzo często nowe reżimy nie są w stanie jej wprowadzić z tego powodu, że przedstawiciele dawnego reżimu okupują odpowiednio wysokie i kluczowe stanowiska, w szczególności w aparacie przymusu, a wiele przestępstw zwykle popełnionych zostało przez policję albo też przedstawiciele sił zbrojnych, którzy zagwarantowali sobie amnestię jako warunek zgody na transformację, jak i swego w niej uczestnictwa. Każda próba doprowadzenia podejrzanych o zbrodnie poprzedniego reżimu przed oblicze sprawiedliwości grozić może odnowieniem konfliktu zbrojnego i zaprzepaszczeniem szans na pokojową przyszłość. Ciekawe byłoby przeanalizowanie przypadku Republiki Południowej Afryki, gdzie ustępujący przedstawiciele reżimu apartheidu zagwarantowali sobie tzw. *sunset clauses*, czyli niemożliwość usunięcia z posad przez odpowiednio długi czas. Do rozpatrzenia jest też przypadek Kambodży, gdzie po obaleniu władzy Czerwonych Khmerów rządził premier Hun Sen, który sam był jednym z nich, uwikłany w zbrodniczą działalność reżimu – i to on przez lata blokował jakąkolwiek możliwość pociągnięcia winnych zbrodni ludobójstwa do odpowiedzialności. Dopiero ostatnio uległ presji wspólnoty międzynarodowej i w ten sposób doszło o powstania trybunału o mieszanym

składzie, to znaczy z sędziami nominowanymi przez ONZ, jak i z sędziami z Kambodży. Można też wskazać przykład działalności, a nawet presji wywieranej przez Międzynarodowy Trybunał Karny działający w Hadze na podstawie Traktatu Rzymskiego oraz pomocy okazywanej przez ten Trybunał w pociągnięciu do odpowiedzialności sprawców zbrodni w Sierra Leone (np. postawienie przed sądem byłego prezydenta Liberii Charles'a Taylora).

Często nowe reżimy nie są zainteresowane tym, by karać winowajców, gdyż nie mają dostatecznego zaplecza kadrowego w administracji lub w sferze biznesu, gdzie potrzebna jest odpowiedniego typu wiedza, a przecież społeczeństwo potrzebuje również postępu ekonomicznego. Nawet jeśli nowe elity posiadają relatywnie duży margines swobody, to koszty administracyjno-sędziowskie i sądowe byłyby tak wielkie, że jedyne, co można wprowadzić, to selektywne pociągnięcie do odpowiedzialności.

Niemniej procedury prawne, procesy sądowe i sprawiedliwe ukaranie sprawców zawsze zostają ideałem, a jeżeli tak, to co zrobić, jeśli nie można zastosować reguł sprawiedliwości? Obserwując, nawet powierzchownie, próby rozwiązania problemu podejmowane w różnych częściach świata, nietrudno zauważyć, że alternatywne podejścia również obudowane są formalizmem prawnym⁷. Tak zwane quasi-sądowe instytucje, jak na przykład komisje prawdy⁸, oparte są na paradygmacie prawniczym, zakładającym, że prawo i sprawiedliwość idą ręką w rękę, że są ze sobą nierozłącznie związane⁹.

KRÓTKI PRZEGLĄD PRAWNYCH STRATEGII ROZLICZEŃ Z PRZESZŁOŚCIĄ

Prawo jako system norm i instytucji jest mechanizmem systematycznego zapamiętywania i zapominania. W ciągu dwóch tysięcy lat tradycji prawnej Zachodu został stworzony imponujący arsenał technik zapamiętywania i zapominania. Wystarczy wspomnieć instytucje przedawnienia, *nulla poena sine legem*, *nulla crimen sine legem*, zasady rządów prawa, czy mocno zakorzenioną w *common law* koncepcję *natural justice*.

Prawo posiada szczególną cechę, mimo tego że oparte jest na fikcyjnych założeniach. Tą cechą jest autorytet prawa. Gdyby nie ona, trudno by było powiedzieć, jaka jest różnica między społeczną doniosłością prawa opartego na fikcyjnych założeniach a na przykład krasnoludkiem, skoro ten ostatni jest również fikcją. Proces zapominania i zapamiętywania w ramach systemu

⁷ Zob. np.: *Traditional Justice and Reconciliation after Violent Conflict. Learning from African Experiences*, ed. Luc Huyse and Mark Salter, International IDEA, Stockholm 2008.

⁸ Zob. Priscilla B. Hayner, *Unspeakable Truths: Confronting State Terror and Atrocity*, Routledge, New York and London 2001.

⁹ Zob. moje omówienie problemu: *Radykalne zło a prawo. Jak zmierzyć się z trudną przeszłością*. Przewodnik po literaturze, „Ius et Lex” 2003, vol. II, nr 1, s. 351–363.

prawnego przebiega z wykorzystaniem autorytetu prawa. Ten charakter prawa ustawia je w szczególnej pozycji w sytuacji rozliczeń z przeszłością.

Po zmianie systemu politycznego, będącej wynikiem wojny bądź negocjacji, nowe elity polityczne zawsze stają przed problemem: Co zrobić z przeszłością? Jak rozliczyć za działania, które niegdyś miały miejsce? Problem ten nie jest aż tak dramatyczny, jeśli upadek reżimu nastąpił w wyniku rewolucji albo klęski wojennej poniesionej wobec sił zewnętrznych. W tych przypadkach następuje zawsze potępienie przeszłości i wprowadzenie „sprawiedliwości zwycięzców”¹⁰. Z reguły nowe władze odwołują się do prawa karnego jako głównego sposobu rozliczania się z przeszłością. To poprzez jego zastosowanie podkreślony zostaje kryminalny charakter poprzedniego reżimu. Procesy pokazowe pełnią też funkcję wychowawczo-edukacyjną w stosunku do nowego typu wspólnoty politycznej.

Bardziej skomplikowany problem występuje w sytuacjach zmiany reżimu politycznego poprzez system negocjacji. Z jednej strony, stare elity polityczne uznane zostają przez nowe, ponieważ są partnerami w negocjacjach, a ustępując, zainteresowane są prawnym zagwarantowaniem bezkarności poprzez system generalnej amnestii. Z drugiej natomiast strony, występuje oddolna presja i domaganie się zapewnienia sprawiedliwości, a nawet żądanie rewanżu.

We wszystkich krajach stosowane strategie rozliczeń z przeszłością są połączeniem sprawiedliwości retributywnej (procesy karne, lustracja lub/oraz dekomunizacja) z elementami sprawiedliwości restaurującej (rehabilitacja ofiar, rekompensacje, reprivatyzacja majątku). Takie mieszane strategie prawnych rozliczeń z przeszłością odpowiadają na pewne elementy zapotrzebowania społecznego, niemniej posiadają one swoje ograniczenia, w szczególności, jeżeli chodzi o edukację i publiczną dyskusję na temat mechanizmu działania reżimów takich jak reżim komunistyczny, czy apartheid w Południowej Afryce. Każdy, kto wie, jak działają reżimy totalitarne, doskonale zdaje sobie sprawę z sytuacji uwikłania każdego obywatela w tryby działania takiego systemu i w efekcie podtrzymywania go. Przy przechodzeniu do nowego reżimu konieczne jest wypracowanie takiej strategii prawnej rozliczeń z przeszłością, która byłaby skoncentrowana nie na rewanżu i stygmatyzacji, ale na publicznej dyskusji i mówieniu prawdy o systemie działania niegdysiejszego reżimu oraz na pojednaniu społeczeństwa z samym sobą i wypracowaniu nowej tożsamości.

Nie ulega najmniejszej wątpliwości, że osoby, które dopuściły się przestępstw i popełniły zbrodnie w imieniu poprzedniego reżimu, powinny zostać postawione przed sądem i ukarane. Jednakże prawo generalnie, a prawo karne w szczególności, nie jest dobrym instrumentem publicznego „mówienia prawdy”. Do pewnego stopnia zastosowanie prawa karnego jest niezbędne do

¹⁰ Zob. Gary Jonathan Bass, *Stay the Hand of Vengeance: The Politics of War Crimes Trials*, Princeton University Press, Princeton 2000.

tworzenia podstaw dla pojednania rozumianego jako budowa nowego typu wspólnoty politycznej, opartej na aktywności obywateli. Amerykański socjolog prawa Mark Osiel, analizując przykład argentyński, usiłował dowieść, że procesy pokazowe (nie w sensie stalinowskim, ale publiczne procesy *lege artis*) są w stanie zaimplantować nową normatywność w postaci liberalnych wartości, a w szczególności szacunku dla praw człowieka w społeczeństwie po upadku dyktatury¹¹. W ślad za argentyńskim filozofem prawa Carlosem Niño¹² (doradcą Prezydenta Alfonsina, pierwszego demokratycznie wybranego prezydenta po upadku junty wojskowej) usiłował on dowieść, opierając się również na teorii społecznej Emila Durkheima, że prawo karne w określonych warunkach może wprowadzać do świadomości społecznej pewne podstawowe wartości i w ten sposób umacniać solidarność mechaniczną jak też organiczną. Jednak nawet Osiel stwierdził, że prawo karne posiada w tym zakresie ograniczone możliwości. Poza tym, w tego typu procesach politycznych zawsze istnieje niebezpieczeństwo nadużycia prawa. Z prac zarówno Carlosa Niño, jak i Marka Osieła wynika jednak, iż istotna bardzo jest rola, jaką prawo, a w szczególności prawo karne pełni w rozliczeniach z trudną przeszłością, zwłaszcza zaś ta, jaką strategia prawnokarna odgrywa w budowaniu podstaw normatywności społeczeństwa okresu transformacji.

Prawo powinno odgrywać doniosłą rolę w realizacji sprawiedliwości w okresie transformacji; nie powinno nam to jednak przesłaniać faktu, że prawo jako takie posiada daleko idące ograniczenie, wbudowane w same normy i w instytucje. Nie można też nie zdawać sobie sprawy z tego, że podstawowym narzędziem do realizacji sprawiedliwości w okresie przejściowym jest polityka – albowiem realizacja sprawiedliwości jest w tym czasie problemem *par excellence* politycznym.

Sama myśl, że prawo powinno być podporządkowane polityce, budzi wątpliwości. W końcu idea rządów prawa, niezależnie od tego, jak się ją pojmuje, zakłada podporządkowanie polityki prawu w taki sposób, że władza sprawowana jest w granicach prawa i poprzez prawo. Takie widzenie relacji między prawem a polityką leży u podstaw porządku liberalno-demokratycznego państw współczesnych. Wydaje się jednak, że sprawa nie jest aż tak prosta, a bezpośrednio podporządkowanie polityki prawu być może opiera się na zbyt schematycznym podejściu i do prawa, i do polityki.

POLITYKA A PRAWO

W rozwiniętych krajach liberalno-demokratycznych od pewnego czasu decyzje sądowe w tak zwanych – używając określenia Ronalda Dworkina – „*hard cases*” („trudnych sprawach”) stały się głównym mechanizmem wprowadzania zmian

¹¹ Mark Osiel, *Law and Collective Memories*, Transaction Publishers, New Brunswick and London, 1997.

¹² Carlos S. Niño, *Radical Evil on Trial*, Yale University Press, New Haven 1996.

społecznych i politycznych. Dworkin napisał, że sędziowie „usiłują odnaleźć koherentny system zasad dotyczących praw i obowiązków, najlepszą konstruktywną interpretację struktury politycznej oraz doktryny prawnej wspólnoty politycznej”¹³. Z kolei wybitni teoretycy prawa wskazują od niedawna na zagrożenia związane z „rządami sędziów”¹⁴. Jako przykład podać można słynną decyzję australijskiego *High Court* w tzw. sprawie Mabo, uznającą istnienie tradycyjnego tytułu własności do ziemi. Była to decyzja, która stworzyła możliwość, chociażby częściowego, oddania sprawiedliwości przez częściową restytucję tytułów własności do ziemi plemionom Aborygenów. Ta decyzja Najwyższego Sądu Federalnego pozwoliła rozpocząć proces „rozliczeń z kolonialną przeszłością”, być może prowadzący do formy pojednania między Aborygenami a resztą mieszkańców Australii, ku czemu jednym z kroków były formalne przeprosiny dokonane w Parlamencie Federalnym na początku 2008 roku przez nowo wybranego premiera rządu federalnego Kevina Rudda.

Z moralnego punktu widzenia można ocenić decyzję Sądu Najwyższego jako decyzję słuszną. Niemniej, pomijając kwestie moralnej oceny tejże decyzji, zastanawia fakt, że coraz więcej istotnych politycznie kwestii i problemów rozstrzyganych jest przez instytucje sądowe. Jako przykład świadczącego o tym rozumowania przytaczam słowa sędziego Sądu Najwyższego Federacji Australijskiej, Murraya Gleesona, który na 32 Australijskiej Konwencji Prawników powiedział:

Stosowanie i przestrzeganie prawa, włączając w to prawo podstawowe, a więc również konstytucję, czasami oznacza, że wola demokratycznie wybranego parlamentu zostanie pokonana, a decyzje władzy wykonawczej posiadające poparcie większości w parlamencie i większości obywateli są ograniczane bądź wstrzymane. Jest to konieczna konsekwencja rządów prawa w demokracji¹⁵.

Czy nie oznacza to anihilacji sfery politycznej, a przynajmniej umniejszania jej ważności? Czy nie żyjemy już w okresie *le gouvernement des juges*? Czy nie jest to już przykładem dominacji prawa nad społeczeństwem? Skutki

¹³ Ronald Dworkin, *Law's Empire*, London 1986, s. 255 (przekład własny: A. Czarnota). [W istniejącym polskim przekładzie fragment ten oddany jest w sposób następujący: „[...] próbują [...] odnaleźć, w jakimś spójnym zbiorze zasad dotyczących praw i obowiązków człowieka, najlepszą twórczą interpretację ustroju politycznego i doktryny prawnej ich wspólnoty”, Ronald Dworkin, *Imperium prawa*, tłum. Jan Winczorek, Wolters Kluwer SA 2006, 256–257 – przyp. red.]

¹⁴ Zob. Martin Shapiro, Alec Stone Sweet, *On Law, Politics and Judicialization*, Oxford University Press, Oxford 2002, a także Alec Stone Sweet, *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*, Oxford University Press, Oxford 2000 oraz idem, *The Judicial Construction of Europe*, Oxford University Press, Oxford 2004. Działalność sądów i trybunałów konstytucyjnych w Europie Środkowo-Wschodniej przeanalizował Wojciech Sadurski, *Rights Before Courts. A Study of Constitutional Courts in Postcommunist States of Central and Eastern Europe*, Springer, Dordrecht 2005.

¹⁵ *The Sydney Morning Herald* z 15 października 2001.

dominacji prawa nad polityką, wspomniane przez Maxa Webera, to: utrata legitymizacji (moralnej) przez prawo oraz stymulowanie jego konfliktogennej roli. Innymi słowy, gdy prawo odgrywa w życiu społeczno-politycznym rolę dominującą, to obywatele zamiast argumentować w obronie swoich wartości i próbować osiągnąć kompromis, udają się do sądu. Tego rodzaju zjawisko prowadzi w krótkim czasie do wzrostu anomii społecznej. To nie jest dobra sytuacja w okresie transformacji, w którym już istnieje ogromny potencjał generowania anomii.

Spójrzmy na sposób ujmowania relacji między prawem a polityką w dwóch dominujących filozofiach politycznych, wyznaczających normatywne ramy dla praktyki politycznej. Konserwatywne podejście do prawa zawęża obszar jego kompetencji i aplikacji. Rzecznicy tego podejścia uważają, że głównym celem sądów jest zawiadywanie sprawiedliwością, rozumianą przede wszystkim jako sprawiedliwość retributywna, związana z prawem karnym. Prawo ma działać tak, aby zapewniać ład oraz porządek społeczny i polityczny. Sędziowie nie powinni więc wychodzić poza literalną wykładnię prawa.

Według liberałów zaś prawo nie sprowadza się do tekstu prawnego i odgrywa ono znacznie szerszą rolę niż ta, jaką przypisują mu konserwatyści. Podkreślają, jak np. wspomniany wcześniej Ronald Dworkin, że sędziowie pełnią szczególną rolę i że w prawie jest miejsce na ich – jak też sądów – kreatywną działalność. Według liberałów prawo pełni funkcje edukacyjne i jest podstawą solidarności społecznej – tak jak głosi to teoria starego, ale zacnego Emila Durkheima. Prawo w koncepcjach liberalnych pełni w życiu społecznym i politycznym funkcję „włączania”, a nie „wykluczania”. Wszelkie ograniczenia prawne muszą podlegać uzasadnieniu, i to uzasadnieniu o charakterze uniwersalnym. Oprócz tego, prawo pełni także funkcje komunikacyjne i symboliczno-ekspresyjne. Jednak nawet przy tak szerokim ujęciu roli prawa należy podkreślić, że ze względu na wspomniane ograniczenia, nie nadaje się ono do pełnienia funkcji przynależnych światu polityki, chociaż we współczesnym świecie jest poniekąd skazywane na ich wypełnianie¹⁶.

W rozumowaniu przyjmującym dominację prawa nad polityką można zauważyć dwa elementy określające ten sposób myślenia. Pierwszy to założenie, że kwestia regulacji w obrębie sfery normatywnej, a w szczególności sfery publicznie obowiązujących norm, jest zasadniczo kwestią wewnętrzną prawa. Przy takim rozumowaniu polityka pojmowana jest jako poszukiwanie najlepszego kompromisu między rywalizującymi stronami i ich interesami.

¹⁶ Generalnie podejście liberalno-lewicowe, w szczególności w USA, zakłada instrumentalne używanie prawa dla osiągnięcia pewnych pożądaných społecznie wartości, takich jak równość, sprawiedliwość społeczna, wolność itd. W ostatnim czasie można zauważyć początki krytyki takiego podejścia do prawa artykułowane z pozycji liberalno-lewicowych. Zobacz Brian Z. Tamanaha, *Law as a Means to an End. Threat to the Rule of Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2006 i dyskusję jaką ta książka wywołała w USA.

Wartości będą zatem sytuować się poza światem polityki, a w tym wypadku w obszarze prawa, skoro polityka jest „sferą brudnej gry interesów”. Tego rodzaju podejście do polityki zakłada jednak spłylenie pojęcia moralności publicznej. Już Judith Shklar wskazywała na to, jak zubożona jest koncepcja moralności zredukowana do modelu legalistycznego¹⁷.

Drugi element w myśleniu w kategoriach dominacji prawa nad polityką jest pochodną problemu ograniczonych możliwości epistemologicznych prawa. Prawo jako praktyka społeczna oparte jest na generowanej przez prawo formie wiedzy. W codziennej, rutynowej działalności instytucje prawne skoncentrowane są na indywidualnym przypisywaniu odpowiedzialności za czyny. Niech ilustracją tego będzie to, co niegdyś opowiedział mi pewien historyk występujący jako ekspert przed sądem anglosaskim, rozpatrującym przestępstwo z okresu II wojny światowej popełnione na terytorium obecnej Ukrainy: „Sędzia chciał tylko odpowiedzi «tak» lub «nie», podczas gdy historyk używał innego języka: «może», «prawdopodobnie»”.

To nie znaczy, że wiedza prawna nie jest wiedzą w ogóle, ale że nie jest wiedzą jedyną potrzebną do zrozumienia skomplikowanych problemów współczesnego świata społecznego¹⁸. Niklas Luhmann twierdził, że system prawa jest kognitywnie otwarty a operacyjnie zamknięty. To właśnie ten drugi aspekt systemu prawa wpływa na ograniczenie możliwości modelu legalistycznego w rozwiązywaniu problemów *par excellence* politycznych.

PROBLEMY MODELU LEGALISTYCZNEGO

Każdy socjolog prawa wskaże, że prawo jest dobrym instrumentem w okresie stabilizacji, kiedy jego stosowanie opiera się na rutynowych działaniach. Przeciwnie w zasadzie prawo to pewnego rodzaju rutynowa praktyka społeczna. Tylko niewielką ilość spraw, naprawdę margines, stanowią tak zwane *hard cases*. To sam czubek, a nie wierzchołek góry lodowej, a poniżej poziomu wody są miliardy relacji o charakterze prawnym, rutynowo powtarzanych dzień po dniu, które zwykle nie wymagają nawet prawników ani sądów.

Jednakże transformacja czy okres zmiany społecznej i politycznej, to nie jest czas rutynowego stosowania pewnych praktyk społecznych. Zwykle w okresie poprzedniego reżimu ustanowiono złe, niesprawiedliwe przepisy prawne i to one

¹⁷ Judith N. Shklar podaje następującą definicję legalizmu: legalizm jest to „the ethical attitude that holds moral conduct to be a matter of rule following, and moral relationships consists of duties and rights determined by rules” („podejście etyczne, które uznaje, że postępowanie moralne to kwestia posłuszeństwa wobec prawa i że relacje moralne sprowadzają się do obowiązków i praw wyznaczanych przez [jego] zasady”) Judith N. Shklar, *Legalism: Law, Morals and Political Trials*, Cambridge 1986, s. 1.

¹⁸ Zob. Scott Veitch, *Moral Conflict and Legal Reasoning*, Hart Publishing, Oxford 1999 oraz tegoż kolejną książkę, *Law and Irresponsibility. On the Legitimation of Human Suffering*, Routledge-Cavendish, London 2007, w szczególności s. 7–28.

były wprowadzane w życie. Często oprawcy dokonywali zabójstw, tortur w imieniu tego właśnie prawa albo też w sytuacji, w której instytucje prawne były w ramach poprzedniego reżimu uwikłane w nadużycia i łamanie praw człowieka.

W nowej sytuacji, a więc po zmianie systemu politycznego, to właśnie sądy są instytucjami, które zajmują się wymierzaniem sprawiedliwości. Co je jednak do tego uprawnia, skoro zwykle w poprzednim okresie były one skompromitowane uwikłaniem w brutalne praktyki? Bardzo często sędziowie zdając sobie z tego sprawę, wymierzali kary z całą surowością, głosząc, że są oni jedynie „ustami prawa”, że przez samo prawo są zmuszani do rygorystycznego jego stosowania¹⁹. Generalnie, jak się wydaje, wskazać można dwa argumenty przemawiające za rozumowaniem zakładającym wyższość sądowego stosowania prawa. Pierwszy to taki, że sądy są opiekunami prawa, które istniało od zawsze, nawet za poprzedniego reżimu, aczkolwiek było pomijane bądź lekceważone przez jego funkcjonariuszy. Tak więc prawa, retrospektywnie wprowadzane w życie po zmianie politycznej, są prawami pozytywnymi, które powinny być obowiązujące, ale z różnych przyczyn takimi nie były. Drugi, często używany argument, to taki, że przecież sądy są opiekunami praw człowieka; taką też rolę powinny były pełnić, choć nie pełniły, za poprzedniego reżimu.

Powyższe rozumowania oparte są na założeniu, że zadaniem sądów jest jedynie administrowanie sprawiedliwością na podstawie przepisów prawa, które powinno obowiązywać i które rzekomo obowiązywało, ale nie było wprowadzone w życie z powodów politycznych. Otóż takie założenie opiera się z kolei na dalszej przesłance, że istnieje porządek moralny, który został zaburzony w przeszłości i jest teraz wprowadzany w życie, że pewien ład normatywny istniał, acz był zdeformowany przez uprzedni reżim. Należy jednak postawić pytanie: dlaczego to właśnie sądom należy powierzyć specjalne zadanie we wprowadzaniu moralności? Czy rzeczywiście są one instytucjami wypełniającymi szczególną funkcję reprezentowania moralności społeczeństwa?

Paradoks w tym rozumowaniu polega na tym, że przecież poprzez prawo w okresie transformacji mają być wprowadzone praktyki sprawiedliwości do społeczeństwa, w którym prawo zostało naruszone. Należy zadać pytanie: jeżeli w okresie transformacji prawo ma wprowadzić coś nowego, to jak może odwoływać się do przepisów, które ponoć istniały, ale zostały naruszone przez poprzedni reżim? Jaka jest ontologiczna podstawa tego prawa? Gdzie są źródła normatywności w budowie nowego porządku?

Prawo okresu transformacji musi wykazać się niezwykłą kreatywnością w uzasadnieniu, dlaczego pewne kategorie osób, czasami nawet większość

¹⁹ Zobacz analizę problemu pozytywistycznie nastawionych sędziów i ich odpowiedzialności w David Dyzenhaus, *Judging the Judges, Judging Ourselves. Truth, Reconciliation and the Apartheid Legal Order*, Hart Publishing, Oxford 1998.

populacji, nie zostanie postawiona przed wymiarem sprawiedliwości. Pojawia się pytanie: czy w takim razie mamy nadal do czynienia z realizacją prawa i sprawiedliwości, czy też raczej prawo i sprawiedliwość zostają podporządkowane interesom polityki? W ramach istniejących teorii prawa chyba tylko rzecznicy *law and economics* twierdziliby, że niekoniecznie musi to być uleganie polityce, ale właśnie branie pod uwagę społeczno-ekonomicznych kosztów wymierzania sprawiedliwości. Zwolennicy innych szkół zapewne twierdziliby, że nie powinno mieć miejsca podporządkowanie prawa polityce, że przecież nowożytne prawo ma charakter autonomiczny i za wszelką cenę należy to podtrzymać. Wszystko to wygląda całkiem słusznie, ale pytanie brzmi: jak to osiągnąć, jak dotrzeć do tej autonomii prawa, skoro nie istniała ona w poprzednim reżimie, a w okresie transformacji istnieje dominacja polityki nad prawem.

W warunkach transformacji, kiedy ogranicza się krąg ludzi, którzy mieliby zostać pociągnięci do odpowiedzialności, należy szczególnie starannie ustalić kategorie osób, które postawione zostaną przed aparatem sprawiedliwości, ale nawet wówczas część z nich uniknie skazania. Tak więc wielu spośród tych, którzy domagali się sprawiedliwości, nigdy się jej nie doczeka. Z drugiej strony, wiele osób uwikłanych w działania poprzedniego reżimu, które zostawiły za sobą swoją przeszłość i zaangażowały się w budowanie nowego porządku, na skutek działań aparatu sprawiedliwości okresu przejściowego odsuniętych zostanie na pozycje wrogie nowemu porządkowi. Z wieloma tego rodzaju dylematami i paradoksami przyjdzie się zmierzyć tym, którzy mają stosować prawo w okresie przejściowym.

Jeżeli prawo jest obrońcą sprawiedliwości, wtedy każde ograniczenie w jego stosowaniu postrzegane jest jako zwycięstwo doraźnych celów politycznych nad sprawiedliwością. Jeżeli jednak ograniczenia stosowania sprawiedliwości w okresie przejściowym przedstawiane są jako szersza koncepcja sprawiedliwości, wtedy prawo traci swoją specjalną relację ze sprawiedliwością. Czy należałoby więc całkowicie zaprzestać stosowania prawa w okresie zmiany reżimu i zadekretować powszechną amnezję?

MOŻE POWSZECHNA AMNEZJA?

Skoro nie można w okresie przejściowym zastosować sprawiedliwości równej dla wszystkich oprawców poprzedniego reżimu, to dlaczego nie przyjąć zasady, że odpuszcza się całość zła popełnionego w czasach i w imieniu poprzedniego reżimu? Nie chodzi tu nawet o powszechną amnestię, ale o coś więcej, o całkowite zapomnienie. W historii można znaleźć przykłady takiego podejścia. Tak więc np. w art. 14 Karty z 1814 roku ustanawiającej okres Restauracji we Francji czytamy: „Wszelkie badania opinii i głosów z okresu sprzed Restauracji

są ściśle zakazane. Sądom jak i obywatelom nakazuje się zapomnieć”²⁰. Wielokrotnie wcześniej już usiłowano prawnie nakazać zapomnienie, lecz bez wielkich sukcesów. W debacie niejednokrotnie wskazywano na Hiszpanię jako przykład przejścia od dyktatury do demokracji przy jednoczesnym spuszczeniu, jeżeli nie rawlowskiej „zasłony niewiedzy”, to przynajmniej zasłony milczenia – czy też ulegnięcia jednocześnie amnezji – na ciężką przeszłość z okresu wojny domowej i zbrodni, zarówno sił frankistowskich, jak i republikańskich. Tak się złożyło, że pokolenie później rząd socjalistyczny premiera José Luisa Zapatero potępił zbrodnicze ekscesy, a skomplikowane problemy przeszłości odżyły w debacie publicznej w Hiszpanii. Jako przykład wskazać można popularność i silne emocje wywoływane przez dzieła literatury odwołującej do przeszłości takie, jak powieść hiszpańska Javiera Cercasa i film nakręcony na jej podstawie – *Soldados de Salamina* czy katalońskiego pisarza Lluís-Antona Baulenas *Za worek kości*. Swoją drogą ciekawy jest wyraźnie zauważalny fenomen, że to właśnie literatura ukazuje całą złożoność problemu rozliczeń z przeszłością. Współcześni autorzy tacy, jak Günter Grass w *Idąc rakiem*, Bernhard Schlink w *Powrocie do domu* czy też J. M. Coetzee w *Hańbie* – by wskazać tylko kilka przykładów – usiłują nie tylko pokazać złożoność problemu, ale także wskazują na relacje ze sprawiedliwością.

Wielu liberałów współczesnych skoncentrowanych na *institutional design* czy *institution building* reprezentuje pogląd, że należy zapomnieć o przeszłości. Liberalizm jest przecież w jakimś stopniu ideologią antypolityczną, nie przywiązującą wagi do tożsamości, a w każdym razie do silnej tożsamości grup społecznych. W krajach postkomunistycznej Europy Środkowo-Wschodniej z kręgów dysydenckich również padały takie propozycje, aby zniszczyć wszystkie zasoby archiwalne i usunąć w ten sposób ciężar przeszłości, a skoncentrować się na budowaniu przyszłości. To podejście, zarówno sugerowane przez przedstawicieli post-rawlowskiego liberalizmu, jak i niektórych dysydentów z okresu komunizmu, oparte jest w sumie na tych samych podstawach, mianowicie na przeświadczeniu, że w społeczeństwie opartym na niezgodzie, na pluralizmie wartości, tematy kontrowersyjne powinny być raczej usuwane ze sfery publicznej dyskusji.

Niemniej nie można od razu całkowicie zignorować świadomej polityki zapomnienia. W końcu świadomość zbiorowa, czyli kolektywna tożsamość, oparta jest na zbiorowej pamięci, a ta z kolei to sztuka pamiętania, ale też i zapominania²¹. Z kolei reżim okresu transformacji zainteresowany jest likwidacją podziałów oraz budowaniem nowego społeczeństwa i jego instytucji. Coraz bardziej popularna ideologia „pojednania” (*reconciliation*) dotyczy zasypywania

²⁰ Cytowane w François Furet, *Revolutionary France 1770–1880*, Oxford University Press, Oxford 1995, s. 271.

²¹ Zob. Jeffrey Blustein, *The Moral Demands of Memory*, Cambridge University Press, Cambridge 2008.

rowów społecznego podziału, a więc eliminacji barier, wykluczeń i wzajemnej wrogości. Pojednanie ma na celu zniwelowanie starych podziałów z przeszłości, ale też powstrzymanie budowania nowych i wykluczania pewnej kategorii osób z udziału w kreowaniu nowego ładu społeczno-politycznego. Niewątpliwie taka polityka może być pociągająca, bo przecież każdy, kto chce sprawiedliwości w stosunku do tego, co miało miejsce w przeszłości, wpada w konflikt z wypełnianiem obowiązków moralnych w stosunku do przeszłości.

Wiele osób twierdzi, że liczy się wyłącznie teraźniejszość i przyszłość, i że o konfliktach z przeszłości, podobnie jak o niegdysiejszych zaszłościach, o tyle tylko się pamięta, o ile istnieją one z uwagi na konflikty w teraźniejszości. Avishai Margalit w swojej książce o etyce pamięci²² wskazał na przyszłą wspólnotę moralną, dla której należy zachować pewne wydarzenia z przeszłości. Tak więc może nie wszystkie wydarzenia z przeszłości pamiętane są tylko z uwagi na terażniejsze konflikty. Część z nich bowiem, w zależności od wagi moralnej, posiada na tyle szczególny charakter, że nie należy o nich zapominać. Jeżeli tak, to działania pamiętamy także z uwagi na przyszłą wspólnotę moralną. Ta pamięć stanowi podstawę normatywną przyszłego społeczeństwa.

Dlatego też, pomimo swojej atrakcyjności, polityka zapomnienia, całkowitej amnezji nie jest dobrym rozwiązaniem, bo ważnym uzasadnieniem nowego porządku jest pamięć o wcześniejszych wydarzeniach, o zaszłościach. Tak więc to, co się zdarzyło jest konstytutywne dla budowanego nowego ładu społeczno-politycznego. Pewne rozwiązania, strategie, polityki i instytucje rozliczające przeszłość są konieczne z punktu widzenia budowania przyszłości.

Na rzecz argumentu za tym, że rozliczenia z przeszłością są konieczne, przemawiają również uzasadnione moralnie żądania ofiar poprzedniego reżimu. Prawo z reguły broni praw pokrzywdzonych. Pytanie, jakie można postawić, brzmi: czy zawsze roszczeń zgłaszanych przez ofiary, a więc przez torturowanych oraz przez rodziny zaginionych bez wieści czy zamordowanych – zawsze powinno się dochodzić na drodze sprawiedliwości retributywnej, czy jest może jakaś inna możliwość zadośćuczynienia roszczeniom ofiar z jednoczesnym ukierunkowaniem ku przyszłości? Podstawą jakiegokolwiek sprawiedliwości w stosunku do przeszłości – tej nawet najbardziej ułomnej, jak i tej bliskiej ideału – jest pamięć o niej. Pamięć odgrywa niezwykle istotną rolę w sprawiedliwości transformatywnej, a więc w budowaniu podstaw do nowej normatywności.

UPRAWNIENIA OFIAR

W ramach dyscyplin nauk prawnych albo związanych z prawem wiktymologia zajmuje się ofiarami przestępstw. Jest rzeczą zadziwiającą, jak mało poświęca się uwagi ofiarom w ramach filozofii i teorii prawa. We współczesnym

²² Avishai Margalit, *The Ethics of Memory*, Harvard University Press, Cambridge 2004.

podejściu do kar za zbrodnie nadal dominuje podejście post-durkheimowskie, w myśl którego społeczeństwo wymierza sprawiedliwość przestępcom, ponieważ jest głęboko poruszone charakterem przestępstwa²³. Dyskusje nad uprawnieniami ofiar do pociągania sprawców do odpowiedzialności raczej nie mają miejsca we współczesnych teoriach kary. Z reguły utożsamia się je z odwetem, z prawem talionu. Ludzkość w postępie moralnym odeszła od tej niecywilizowanej zasady karania.

W potocznym myśleniu prawo odwetu kojarzy się z pożądanym zadaniem bólu oprawcom. Jest jednak i druga strona medalu. Uprawnienia ofiar do ukarania sprawców wcale nie muszą sprowadzać się do zadawania bólu. Ofiary doznały cierpień i fizycznych, i psychicznych. Często kwestia ukarania wiąże się z „zaleceniem” ran (*healing process*), z przywróceniem godności moralnej, rekonstrukcją ofiary jako podmiotu moralnego oraz nosiciela uprawnień podeptanych w trakcie uprzedmiotowienia, jakim było zredukowanie do roli ofiary²⁴. Sądy wymierzając karę przestępcom w imieniu społeczeństwa powinny też afirmować moralne prawa i osobowość skrzywdzonych. W społeczeństwach cywilizowanych, a więc opartych na pozbawionych przemocy stosunkach społecznych, ochrona moralnych praw ofiar, jak i afirmacja ich osobowości moralnej winny być dokonaniem całego społeczeństwa. Siła i podmiotowość ofiary jest przywracana poprzez decyzje wymiaru sprawiedliwości, ale nie jako atrybut wyizolowanej jednostki, ale jako jej atrybut jako członka wspólnoty politycznej. W tym znaczeniu powinniśmy uznać prawo ofiar do wymierzenia sprawiedliwości.

Niewątpliwie pewnych ran nigdy nie uda się zagoić decyzjami wymiaru sprawiedliwości. Hegel twierdził, że zadaniem prawa jest naprawienie tego, co jest uniwersalne w zbrodni, a więc stanu naruszenia czyichś uprawnień, strat materialnych – prawo zaś ze swojej natury nie jest w stanie oddać tego, co jest szczególne, partykularne w konkretnej zbrodni czy danym przestępstwie. Konsekwencją tego jest fakt, że przestępca po odbyciu kary jest przywracany na łono wspólnoty politycznej. Sądy są więc w stanie oddać ofiarom tylko to, do czego mają uprawnienia, a nie to, czego pragną ofiary.

ROLA I ZADANIA PRAWA

Każdy wyrok sądowy jest nie tylko karą, jak w przypadku prawa karnego, ale jest także swoistego rodzaju wypowiedzią publiczną, oznajmującą, że społeczeństwo potępia czyn popełniony przez sprawcę. Jeżeli tak jest, to postawienie przed sądem liderów poprzedniego reżimu i skazanie ich za

²³ Zob. doskonałą książkę Davida Garlanda, *Punishment and Modern Society. A Study in Social Theory*, University of Chicago Press, Chicago 1993.

²⁴ Na to wskazują kryminolodzy w ramach *restitutive justice*. Zob. np. John Braithwaite, *Restorative Justice and Responsive Regulation*, Oxford University Press, Oxford 2002.

popelnione przestępstwa nie sprowadza się tylko do ukarania indywiduów. Stanowi to również niesłychanie silny przekaz do całego społeczeństwa, zgodnie z którym poprzez skazanie potępia się i czyny popelnione przez te osoby, i to, co działo się pod ich rządami. Poza tym jest to również silny sygnał, że osoby, które w uprzednim reżimie uważały się za stojące ponad prawem, teraz zostają podporządkowane prawu i skazane w całym jego majestacie. Z punktu widzenia ofiar skazanie stanowi przesłanie, zgodnie z którym skrzywdzeni, którzy uprzednio byli niejako poza prawem, teraz są pod jego ochroną, i właściwie zawsze ich uprawnienia powinny być przez nie chronione. Wydaje się, że niezbędną przesłanką budowy autorytetu i rządów prawa jest to, aby zmierzyć się z bezprawną przeszłością poprzedniego reżimu.

Jedną z bardzo istotnych funkcji prawa jest funkcja ekspresyjna. Zadaniem prawa jest przesyłanie stosownego sygnału społeczeństwu i współuczestniczenie w budowaniu jego normatywności. Prawo aktywnie uczestniczy w budowaniu kultury obywatelskiej. Większość społeczeństwa, zgodnie z wiedzą potoczną, to osoby nieheroiczne, a nawet raczej obywatele oportunistyczni, poddający się dyktatowi kolejnych reżimów. Podstawą demokracji i wolności jest kultura obywatelska oparta na świadomości bycia podmiotem prawnym, czyli obywatelem rozumianym jako posiadacz uprawnień, potrafiącym i chcącym ich bronić przed instytucjami. Taką kulturę publiczną, opartą na świadomej obywatelskości tworzy się przez świadome stawienie czoła reżimowi przeszłości, poprzez ukaranie sprawców i to sprawców kluczowych w systemie sprawowania władzy, a nie tylko kozłów ofiarnych. Tak oto, na przykład, Gesine Schwan opisała syndrom tak zwanego „zagłuszania winy” (*guilt silencing*): „Oprawcy i pasywni widzowie (*bystanders*), którzy stłumili swoją winę, zostali zmuszeni aby zasklepić swoje życie emocjonalne, zaprzeczyć części swojej przeszłości oraz obecnej rzeczywistości. Ich uznanie wartości samych siebie oraz pewność siebie zostały poważnie zniszczone. Ich osobiste kontakty z innymi ludźmi stały się chłodne i bezosobowe, ponieważ musieli zdusić swoją spontaniczność”²⁵. Autorka wskazywała na fatalne skutki „zagłuszania winy” dla demokracji oraz kultury obywatelskiej.

Chyba nie będzie przesadą stwierdzenie, że w rozliczeniach z przeszłością funkcja prawa jest konstytutywna dla budowy nowego układu normatywnego w okresie transformacji. Fakt postawienia przed sądem przedstawicieli poprzedniego reżimu, osób uosabiających bezprawie, sam w sobie stanowi silny sygnał uzmysławiający, jak głębokie zaszły zmiany w prawie w stosunku do poprzedniego reżimu. Sam proces karny w przypadku tego typu zbrodni

²⁵ Gesine Schwan w artykule *The »Healing« Value of Truth-telling: Chances and Social Conditions in Secularized World*, „Social Research”, 1998, vol. 65, nr 4, s. 748. Zob. też idem, *Politics and Guilt. The Destructive Power of Silence*, trans. T. Dunlap, University of Nebraska Press, Lincoln, 2001.

stanowić może nie namiastkę, a kwintesencję debaty publicznej nad charakterem poprzedniego reżimu. Sprzyjać też może ustaleniu prawdy o nim. Debata na sali sądowej ma swoje ograniczenia proceduralne, związane z rolą stron, jak i prawem dowodowym, niemniej jednak to właśnie ona może zagwarantować powagę, rzeczowość i utrzymanie występujących przy tego typu sytuacjach emocji w korbach cywilizowanych manier. Proces sądowy jest również dowodem na to, że różnice stanowisk niekoniecznie muszą być rozstrzygane przez „argumenty siły” – a więc poprzez mordy, porwania czy tortury – i że można prowadzić w miarę cywilizowaną debatę. O ile fakt ukarania sprawców świadczy o sile państwa, to poprzedzenie go procesem toczącym się z poszanowaniem zasad praworządności, buduje autorytet nowego prawa i nadaje procesowi karania siłę płynącą z jego autorytetu. Prawne procedury w sprawach związanych z poprzednim reżimem służą budowaniu nowej tożsamości społeczeństwa. To sądy, poprzez ukaranie sprawców przyczyniają się do budowy nowej pamięci zbiorowej, a dokonują tego poprzez wskazywanie, które narracje historyczne wsparte zostają autorytetem prawa. Pamiętajmy, że każdy system prawny oparty jest na nadającej mu sens narracji historycznej, bardzo często narracji mitycznej. Narracja historyczna jest jedną z podstaw normatywności, służy budowaniu wspomnianej wyżej kultury obywatelskości oraz autorytetowi i godności, a także rządowi prawa.

Sądy mają swoją rolę do spełnienia, ale nie powinno się jej przeceniać. Zadania edukacyjne wymiaru sprawiedliwości są ograniczone przez procedury. Autorytet prawa, a więc i wpływ na opinię publiczną, zależy od ścisłego przestrzegania standardów procedury sądowej. Europejska tradycja prawa oparta jest na indywidualnej alokacji winy i odpowiedzialności. Nietrudno sobie wyobrazić, że w sprawach przywódców poprzedniego reżimu pojawią się oni przed sądem zarówno jako osoby indywidualnie odpowiedzialne za swoje działania, jak też jako przedstawiciele reżimu i symbol popełnionych zbrodni. To, co przystoi literaturze czy sztuce nie przystoi sądom. Aby przekazywane przez nie przesłanie posiadało cieszącą się społecznym uznaniem wymowę moralną oraz sprzyjało budowaniu nowej normatywności i kultury obywatelskości, wymiar sprawiedliwości musi w procedurze stosować ściśle literę, jak i też ducha prawa oraz sprawiedliwości. Nie można podporządkować, jak by to nazwał Leon Fuller, „wewnętrznej moralności prawa” doraźnym celom politycznym. Funkcja ochronna, przesłanie, że prawo broni uprawnień, oparta jest na stosowaniu norm *lege artis*.

Zaangażowanie prawa karnego w problemy rozliczeń z przeszłością wiąże się z problemem pewnego rodzaju ograniczeń wynikających z faktu, że bazuje ono na szczególnej wiedzy opartej na indywidualnej alokacji odpowiedzialności. Sąd ustala zakres odpowiedzialności osoby za popełnione przestępstwa. W postępowaniu przyjmuje się założenie, iż oskarżony potrafił odróżnić dobro od zła, a więc, że był wolny w swoich wyborach moralnych. Procedury sądowe,

wypracowane przez ponad dwa tysiące lat w tradycji prawnej Zachodu, mają swoje uzasadnienie i zdają egzamin w standardowych sprawach. W sytuacji problemów odpowiedzialności za zbrodnie poprzedniego reżimu, popełnione w imieniu państwa, uwypuklają się ograniczenia tego typu procedur. Z punktu widzenia ofiar istotna jest nie kwestia, dlaczego oficer tajnej policji nie postępował zgodnie z nakazami moralności, ale pytanie: jak wytłumaczyć, że w pewnych kontekstach polityczno-społecznych tak wiele osób postępowało w sposób niemoralny? Prawo z całym swym arsenalem procedur i technik indywidualnego ustalania winy i odpowiedzialności nie jest w stanie zbudować swoistego rodzaju zwierciadła moralnego, w którym mogliby się sobie przyjrzeć przeciętni obywatele, którzy nigdy nie zostaną postawieni przed sądem, ani uznani winnymi – obywatele, którzy poprzez poparcie aktywne lub pasywne, przez działanie lub zaniechanie, przez codzienne korzystanie z przywilejów ofiarowanych przez reżim, byli moralnie uwikłani w udzielanie mu poparcia niezbędnego także do zbrodniczego jego działania. Innymi słowy, przy całym szacunku dla prawa i jego instytucji, powinniśmy zdawać sobie sprawę z jego ograniczonej mocy w zakresie przemiany moralnej społeczeństwa w okresie transformacji.

TRANSFORMACJA, PAMIĘĆ ZBIOROWA I *TRANSITIONAL JUSTICE*

Podstawowym zadaniem stojącym przed społeczeństwami w procesie transformacji jest budowanie instytucji i norm dla lepszej przyszłości. Ten proces nie odbywa się w próżni. Lepszą przyszłość buduje się, bazując na doświadczeniach i pokładach przeszłości, której część to negatywne doświadczenia oraz zasady przeniesione z czasów poprzedniego reżimu. Balast ten zawsze wyznacza granice możliwości wyborów normatywnych a nawet instytucjonalnych. Jednym z istotnych problemów jest konieczność zmierzenia się z trudną przeszłością. Wyzwanie społeczeństw okresu transformacji to konstruowanie pamięci zbiorowej, która oddawałaby sprawiedliwość przeszłości, ale która także nie wykluczałaby tych, którzy w poprzednim reżimie byli opresorami. Społeczeństwa okresu transformacji znajdują się w znacznie trudniejszej sytuacji niż te, które mogą odwołać się w swojej pamięci zbiorowej do mitu założycielskiego: walki o wolność, czy walki z kolonialnym zniewoleniem. Dzieje się tak dlatego, że nowe społeczeństwo musi budować swoją tożsamość nie w czasie transformacji, ale odwołać się do okresu poprzedniego jako fundacyjnego, okresu podziałów, walki i przemocy. Nowe społeczeństwo przedstawia się jako istniejące już w poprzednim okresie, za starego reżimu, stąd ten nacisk na „pojednanie” (*reconciliation*). Podejście to zakłada istnienie wspólnoty, która

teraz ma być tylko znowu zjednoczona; podejście takie ma charakter teleologiczny, ale chyba od tego nie ma ucieczki²⁶.

Wydaje się, że pamięć zbiorowa potrzebna w budowie nowego społeczeństwa musi oddać sprawiedliwość ofiarom poprzedniego reżimu, a jednocześnie nie może wykluczać grup społecznych z nim związanych. Musi być pamięcią pozwalającą na budowanie wspólnoty obywatelskiej wokół pewnych wartości. Instytucje prawne tworzone w oparciu o tradycję prawa karnego i sprawiedliwości retributywnej tylko częściowo są w stanie sprostać temu zadaniu. Pamięć zbiorowa budowana musi być z jednej strony na uznaniu odpowiedzialności indywidualnej, a z drugiej – na kształtowaniu społecznego zrozumienia skomplikowanych mechanizmów funkcjonowania systemu społecznego i poszczególnych grup, a nawet jednostek w okresie poprzedniego reżimu.

Zadaniem procesów wytaczanych znanym przywódcą poprzedniego reżimu, odpowiedzialnym za jego zbrodnie, jest wpłynięcie na zmianę krajobrazu moralnego. Ważne jest ukazanie całemu społeczeństwu, że zbrodnie zostały jednak ukarane, co pozostanie zapewne w świadomości społeczeństwa. Pamięć zbiorowa spełnia istotną rolę nie tylko jako źródło tożsamości narodowej, ale również jako rezerwuariat odpowiedzialności moralnej. Jest to pewne pojmowanie narodu przez siebie samego w oparciu o narracje współkształtujące tożsamość. Ta z kolei przekłada się na zbiór norm, które dostarczają drogowskazów moralnych dla danego narodu. Dlatego procesy karne są tak istotne. Nie można jednak całego problemu sprowadzić do sprawiedliwości retributywnej. Jak pisałem wyżej, pamięć zbiorowa nie powinna wykluczać całych wielkich grup związanych z poprzednim reżimem. Jest ona zawsze kontestowana – i przez wydarzenia bieżącej polityki, jak i na poziomie epistemicznym przez historiografię. Może i powinna umożliwiać zrozumienie dla problemów funkcjonowania w poprzednim reżimie. Nie wiemy, jak to robić, ale wiadomo, że miejsca pamięci opisywane przez Pierre'a Nora odgrywają istotną rolę w tym procesie²⁷. Rozwijające się ostatnio w niektórych krajach instytucje pamięci narodowej mogą odegrać ważną rolę w ukazywaniu prawdy o skomplikowanym charakterze życia za poprzednich reżimów.

²⁶ Ciekawą interpretację pojednania w filozofii politycznej przedstawił Andrew Schaap, *Political Reconciliation*, Routledge, London and New York, 2005.

²⁷ Pierre Nora, *Realms of Memory: Rethinking the French Past*, Columbia University Press, New York 1996–1998.

BIBLIOGRAFIA

- Bass, Gary J., *Stay the Hand of Vengeance: The Politics of War Crimes Trials*, Princeton University Press, Princeton 2000.
- Blustein, Jeffrey, *The Moral Demands of Memory*, Cambridge University Press, Cambridge 2008.
- Braithwaite, John, *Restorative Justice and Responsive Regulation*, Oxford University Press, Oxford 2002.
- Convention and Innovation in Literature*, edited by Theo D'haen, Rainer Grüberl and Helmut Lethen, John Benjamins Publishing Company, Amsterdam and Philadelphia 1989.
- Czarnota, Adam, *Radykalne zło a prawo. Jak zmierzyć się z trudną przeszłością. Przewodnik po literaturze*, „Jus et Lex” vol. II, 1/2003.
- Dworkin, Ronald, *Law's Empire*, London 1986 [przekład polski: *Imperium prawa*, tłum. Jan Winczorek, Wolters Kluwer SA, Warszawa 2006].
- Dyzenhaus, David, *Judging the Judges, Judging Ourselves. Truth, Reconciliation and the Apartheid Legal Order*, Hart Publishing, Oxford 1998.
- Elster, Jon, *Closing the books. Transitional justice in historical perspective*, Cambridge University Press, Cambridge 2004.
- Furet, François, *Revolutionary France 1770–1880*, Oxford University Press, Oxford 1995.
- Garland, David, *Punishment and Modern Society. A Study in Social Theory*, University of Chicago Press, Chicago 1993.
- Hayner, Priscilla B., *Unspeakable Truths: Confronting State Terror and Atrocity*, Routledge, New York and London 2001.
- Margalit, Avishai, *The Ethics of Memory*, Harvard University Press, Cambridge 2004.
- McEvoy, Kieran, *Beyond Legalism: Towards a Thicker Understanding of Transitional Justice*, „Journal of Law and Society”, vol. 34, nr 4, 2007.
- Niño, Carlos S., *Radical Evil on Trial*, Yale University Press, New Haven 1996.
- Nora, Pierre, *Realms of Memory: Rethinking the French Past*, Columbia University Press, New York 1996–1998.
- Osiel, Mark, *Law and Collective Memories*, Transaction Publishers, New Brunswick and London, 1997.
- Raeff, Mark, *The Well-ordered police-state: social and institutional change through law in Germanies and Russia, 1600–1800*, Yale University Press, New Haven 1983.
- Rev, Istvan, *Retroactive Justice. A Prehistory of Post-Communism*, Stanford University Press, Stanford 2006.
- Sadurski, Wojciech, *Rights Before Courts. A Study of Constitutional Courts in Postcommunist States of Central and Eastern Europe*, Springer, Dordrecht 2005.
- Schaap, Andrew, *Political Reconciliation*, Routledge, London and New York 2005.
- Schapiro, Martin; Alec Stone Sweet, *On Law, Politics and Judicialization*, Oxford University Press, Oxford 2002.
- Schwan, Gesine, *Politics and Guilt. The Destructive Power of Silence*, trans. T. Dunlap, University of Nebraska Press, Lincoln 2001.
- , *The 'Healing' Value of Truth-telling: Chances and Social Conditions in Secularized World*, „Social Research”, vol. 65, nr 4, 1998.
- Shklar, Judith N., *Legalism: Law, Morals and Political Trials*, Harvard University Press, Cambridge 1986.
- Sriram, Chandra Lekha, *Transitional justice comes of ages. Enduring lessons and challenges*, „Berkeley Journal of International Law”, vol. 23, nr 2, 2005.

- Stone Sweet, Alec, *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*, Oxford University Press, Oxford 2000.
- , *The Judicial Construction of Europe*, Oxford University Press, Oxford 2004.
- Tamanaha, Brian Z., *Law as a Means to an End. Threat to the Rule of Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2006.
- Teitel, Ruti, *Transitional Justice*, Oxford University Press, New York 2000.
- Traditional Justice and Reconciliation after Violent Conflict. Learning from African Experiences*, edited by Luc Huyse and Mark Salter, International IDEA, Stockholm 2008.
- Veitch, Scott, *Law and Irresponsibility. On the legitimation of human suffering*, Routledge-Cavendish, London 2007.
- , *Moral Conflict and Legal Reasoning*, Hart Publishing, Oxford 1999.

BETWEEN POLITICS AND LAW OR THE QUESTION OF TRANSITIONAL JUSTICE

The article is a theoretical study of legal strategies introduced in states under political transformation (post-communist states in Europe, Australia, South Africa) to deal with the effects of former political regimes. As the author argues, opening a discussion concerning the evils of former regimes is important for raising public engagement in building a new state of law. Legal retribution expresses the public contempt for committed crimes and reasserts the existence of public norms. However, following the arguments of Judith Shklar and Niklas Luhmann, the author warns against the inner limitations of legal instruments in defining the space of social and moral relationships. An antidote against the possible political instrumentalization of law and the dominance of legal regulations in public sphere should be found therefore in independent historical research and cultural debate that seeks for a deeper understanding of the past.

Keywords: transitional justice, collective memory, moral norms, legalism, foundations of law