

Michał Krotoszyński

Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu

Refleksyjność a badania nad sprawiedliwością tranzycyjną

1. Wprowadzenie

Transformacja ustrojowa, której przykładem mogą być przemiany końca XX w. w państwach byłego bloku wschodniego, stanowi dla nowych, demokratycznych władz wielopłaszczyznowe wyzwanie. W okresie tym problemem staje się nie tylko niepewna przyszłość społeczeństwa, przejawiająca się w pytaniach o właściwy kierunek reform politycznych i ekonomicznych. Równie doniosłych wyzwań dostarcza społeczności jej autorytarna przeszłość. Rządzący sformułować muszą bowiem własną odpowiedź na zasadnicze pytania: „co pamiętać z przeszłości, jak zdefiniować przeszłość, co zrobić z przeszłością oraz w jaki sposób wszystkie te kwestie mogą wpłynąć (lub wpłyną) na teraźniejszość i przyszłość społeczeństwa”¹. Z pojęciem sprawiedliwości tranzycyjnej (ang. *transitional justice*) w jej znaczeniu przedmiotowym wiążą się więc doniosłe problemy politycznej, prawnej, moralnej i ekonomicznej natury, z którymi muszą sobie radzić kraje postkonfliktowe i państwa w okresie fundamentalnej zmiany ustrojowej. Wśród środków, po które sięga się dla ich rozwiązania, wymienić można „mechanizmy sądowe i pozasądowe różniące się poziomem zaangażowania międzynarodowego (bądź go pozbawione), indywidualne procesy karne, odszkodowania, środki służące ujawnianiu informacji o przeszłości, reformy instytucjonalne, weryfikacje i dymisje – lub też kombinacje wszystkich powyższych”². Wokół tych mechanizmów narosła bogata literatura przedmiotu, w ramach której nie tylko dokonuje się opisu przyjmowanych przez państwa strategii, lecz na ich podstawie próbuje się także formułować sugestie dla społeczeństw, które znajdują się w okresie przełomu³. Ową refleksję nad rozliczeniami z przeszłością nazwać można sprawiedliwością tranzycyjną w ujęciu akademickim.

¹ S.A. Garrett, *Models of Transitional Justice – A Comparative Analysis*, <http://www.ciaonet.org/isa/gas02/>, dostęp: 25.11.2009 r.

² Rada Bezpieczeństwa ONZ, *The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies. Report of the Secretary-General (S/2004/616)*, 23.08.2004 r., pkt 8.

³ Zob. m.in.: J. Elster, *Closing the Books: Transitional Justice in Historical Perspective*, Cambridge 2004; S.P. Huntington, *Trzecia fala demokratyzacji*, Warszawa 1995; N.J. Kritz (red.), *Transitional Justice: How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes*, t. 1–3, Waszyngton 1995; A. Mayer-Rieckh, P. de Greiff (red.), *Justice as Prevention: Vetting Public Employees in Transitional Societies*, Nowy Jork 2007; R. Teitel, *Transitional Justice*, Oxford–Nowy Jork 2000; M.S. Williams, R. Nagy, J. Elster (red.), *Transitional Justice*, Nowy Jork–Londyn 2012. Wśród polskich autorów m.in.: B. Banaszekiewicz, *Rozrachunek z przeszłością komunistyczną w polskim ustawodawstwie i orzecznictwie Trybunału*

Z kolei refleksyjność można rozumieć za A. Giddensem jako cechę współczesnych stosunków społecznych sprowadzającą się do tego, że „większa część społecznej aktywności i materialnego stosunku do przyrody jest systematycznie poddawana rewizji ze względu na nowo zdobyte wiadomości lub nabytą wiedzę”⁴. Bywa ona też definiowana jako „zjawiska związane z komunikacją, dyskursywną wizją życia społecznego” (J. Scott, G. Marshall), jako „społeczne mechanizmy powstawania różnego rodzaju ryzyka, jego odkrywania i zwalczania” (U. Beck) czy też jako „konieczność rozwiązywania konfliktów i dysharmonii między wykonywanymi rolami” (L. McNay)⁵. Refleksyjność w pierwszym znaczeniu podzielić można na instytucjonalną, obejmującą gotowość reorganizacji aktywności pod wpływem nowo uzyskanych informacji, oraz indywidualną, definiowaną jako „proces budowania tożsamości jednostki przez refleksyjne porządkowanie narracji”⁶. Oznacza więc ona umiejętność obserwacji siebie i otaczającej rzeczywistości, zdolność formułowania ich krytycznej wizji oraz zgodę na zmianę tego obrazu, ilekroć jest to uzasadnione w świetle zgromadzonych danych. Refleksyjność ma zatem silne roszczenie do racjonalności. Postawa refleksyjna jest przy tym nie tylko pożądaną dyrektywą sprawnego i rozumnego działania, ale też – w płaszczyźnie nauki – podstawowym postulatem metodologicznym⁷.

Z pojęciem refleksyjności łączyć można ideę prawa refleksyjnego, obecną w pracach G. Teubnera. Współcześnie znaczny stopień zróżnicowania funkcji społecznych powoduje, że prawo nie może być ani liberalnym „nocnym stróżem”, ani też nie może nadmiernie ściśle regulować życia społecznego, jak chcieliby zwolennicy interwencjonizmu państwowego. W obliczu powstawania podsystemów skupionych wokół określonych funkcji społecznych prawo winno zapewniać ich autonomię, umożliwiać ich koordynację i wspierać uzyskiwanie pożądaných celów. By to osiągnąć, musi ono przyjąć nie autorytatywny, a konsensualny charakter. Jak wskazuje L. Morawski, koncepcja prawa refleksyjnego zakłada, że: „Państwo z roli suwerena, który narzuca imperatywy działania podsystemom, staje się tylko partnerem przy stole rokowań (*primus inter pares*). Nie ma bowiem innej drogi implementacji programów społecznych niż kooperacja i negocjacje z reprezentantami autonomicznych podsystemów”⁸. Wobec takiej roli prawa proces jego powstawania musi się cechować otwartością na argumenty partnerów społecznych i gotowością do rewizji pierwotnie przyjmowanych założeń. Prawo refleksyjne zakłada więc też refleksyjną legislację.

Powyższe uwagi pozwalają na artykułację trzech obszarów, na których dojść może do interakcji refleksyjności – w przyjmowanym za A. Giddensem znaczeniu

Konstytucyjnego, „Ius et Lex” 2003/1, s. 441–486; A. Czarnota, *Lustration, Decommunisation and the Rule of Law*, „The Hague Journal on the Rule of Law” 2009/1, s. 307–336; A. Czarnota, *Radikalne zło a prawo, czyli jak mierzyć się z trudną przeszłością*, „Ius et Lex” 2003/1, s. 349–363; W. Sadurski, *Prawo przed sądem. Studium sądownictwa konstytucyjnego w postkomunistycznych państwach Europy Środkowej i Wschodniej*, Warszawa 2008, s. 311–361; M. Smolak, *Sprawiedliwość transformacyjna na przykładzie Komisji Prawdy i Pojednania Republiki Południowej Afryki*, „Państwo i Prawo” 2002/11, s. 66–73; A. Wolff-Powęska, *Pamięć – brzemię i uwolnienie. Niemcy wobec nazistowskiej przeszłości (1945–2010)*, Poznań 2011; J. Zajadło, *Filozofia prawa a prawo karne. Studium tzw. Mauerschützen*, „Ius et Lex” 2003/1, s. 175–202; J. Zajadło, *Odpowiedzialność za Mur. Procesy strzelców przy Murze Berlińskim*, Gdańsk 2003.

⁴ A. Giddens, *Nowoczesność i tożsamość. „Ja” i społeczeństwo w epoce późnej nowoczesności*, Warszawa 2002, s. 29.

⁵ Definicje za: M. Suríková, *Refleksyjność jako dynamiczny element organizacji społecznej*, w: R. Wiśniewski (red.), *Refleksyjność jako kategoria analizy socjologicznej. Koncepcje, badania, porównania*, Warszawa 2009, s. 15.

⁶ A. Giddens, *Nowoczesność...*, s. 316.

⁷ Takie założenie stoi u podstaw zarówno tradycyjnej zasady sprawdzania, jak i sformułowanego przez L. Nowaka modelu rozwoju teorii idealizacyjnych w naukach empirycznych; por. L. Nowak, *U podstaw Marksowskiej metodologii nauk*, Warszawa 1971, s. 208–210.

⁸ L. Morawski, „Autopoiety” i prawo refleksyjne w ujęciu G. Teubnera, w: G. Skąpska (red.), *Prawo w zmieniającym się społeczeństwie*, Kraków 1992, s. 176–184, cytat: s. 178.

– i sprawiedliwości tranzycyjnej. Pierwszy z nich to krytyczny namysł nad polem naukowym badającym rozliczenia z przeszłością. Po drugie, refleksyjność oznaczać może zdolność do podania w wątpliwość podstawowych intuicji związanych z rozrachunkiem z minionym okresem – i to zarówno w płaszczyźnie teoretycznej, jak i działań praktycznych. Po trzecie wreszcie, związki te przejawiać się mogą w badaniu refleksyjności i tożsamości w czasach diametralnego przełomu. Przedstawieniu powyższych trzech zjawisk służyć będzie niniejsze opracowanie. Na marginesie głównych rozważań wspomina się też o relacjach sprawiedliwości tranzycyjnej i prawa refleksyjnego.

2. Refleksyjność a namysł nad sprawiedliwością tranzycyjną

Mechanizmy sprawiedliwości tranzycyjnej mają swe źródło w rozliczeniach zbrodni okresu II wojny światowej. Wówczas to w procesach w Norymberdze i w Tokio do odpowiedzialności karnej pociągnięto najwyższych przedstawicieli hitlerowskich i japońskich władz. Odpowiedzialność miała charakter międzynarodowy i scentralizowany⁹.

Z kolei w okresie „trzeciej fali demokratyzacji”, jak nazwał ją S. Huntington¹⁰ – tj. w epoce wielkich ruchów demokratyzacyjnych w Europie, Azji i Ameryce Łacińskiej w latach 1974–1990 – tranzycje miały często charakter negocjowany. W sytuacji niemożności przeprowadzenia procesów karnych zaczęto poszukiwać alternatywnych mechanizmów rozrachunku z minionym okresem, takich jak komisje prawdy czy zadośćuczynienie ofiarom. Centralnym pojęciem stała się nie – związana jednoznacznie z sankcją karną – odpowiedzialność mająca stworzyć rządy prawa, lecz demokracja i pokój, do których narzędzia *transitional justice* miały doprowadzić. Nie oznaczało to co prawda rezygnacji z represji karnych wobec winnych naruszeń praw człowieka, lecz było przejawem poszerzenia spektrum celów sprawiedliwości tranzycyjnej o nowe dążenia, wśród których odpowiedzialność przestała być pojęciem naczelnym¹¹.

Na ten właśnie okres przypada rozwój namysłu nad rozliczeniem przeszłości. Współcześnie narzędzia sprawiedliwości tranzycyjnej obejmują zarówno tradycyjne środki prawne, jak i alternatywne metody rozliczeń, zaś ich stosowanie rodzi dylematy prawnej, moralnej i politycznej natury. Nie dziwi więc, że wokół tej wielopłaszczyznowej problematyki powstało interdyscyplinarne pole naukowej refleksji. Zagadnienia na styku sprawiedliwości i odbudowy społeczeństwa przestały być wyłączną domeną prawników, lecz stały się przedmiotem zainteresowania m.in. politologów, socjologów i psychologów¹². Uznanie prawdy i pojednania za cele sprawiedliwości tranzycyjnej sprawiło, że „znaczną część normatywnego dyskursu inkorporowana została spoza prawa, w szczególności z zakresu etyki, medycyny i teologii”¹³. Rozszerzenie namysłu nad *transitional justice* o pojęcia pozaprawne dało nadzieję na bardziej adekwatne ujęcie tych złożonych problemów.

Jak jednak twierdzi C. Bell, entuzjazm związany z tym polem refleksji może nie być zasadny, zaś apele o jego interdyscyplinarność – nie tak niewinne, jakby się zdawało.

⁹ Zob. np. R.J. Pritchard, *Tokyo Trial*, w: D.L. Shelton (red.), *Encyclopedia of Genocide and Crimes against Humanity*, t. 3, Detroit 2005, s. 1029–1035; D.J. Scheffer, *Nuremberg Trials*, w: D.L. Shelton (red.), *Encyclopedia...*, t. 2, s. 764–772; R. Teitel, *Transitional Justice...*, s. 31–36.

¹⁰ S.P. Huntington, *Trzecia fala...*, *passim*.

¹¹ Szerzej o rozwoju sprawiedliwości tranzycyjnej R. Teitel, *Transitional Justice Genealogy*, Harvard Human Rights Journal” 2003/16, s. 69–94.

¹² *Editorial*, „The International Journal of Transitional Justice” 2007/1, s. 2.

¹³ R. Teitel, *Transitional Justice Genealogy...*, s. 81–82.

Obserwując szybki rozwój tego pola, autorka zauważa, że ciągła ekspansja poruszanej w jego ramach tematyki „otwiera pole na krytykę jego stanu i pytania o jego przyszły kierunek wobec pierwotnych zainteresowań”¹⁴. Podnosi ona też, że źródeł współczesnej sprawiedliwości tranzycyjnej szukać trzeba jednocześnie w problematyce ochrony praw człowieka, rozwiązywania konfliktów i budowy nowego ładu, co sprawia, że pojęcie to jest wieloznaczne już od swego powstania. Można więc widzieć *transitional justice* nie jako „pole naukowe czy praktykę, lecz jako zasłonę narzuconą na różnorakie kompromisy dotyczące przeszłości”, której pozorna jednorodność zapewniona jest dzięki „procesom międzynarodowej dyfuzji, podobieństwu rozwiązań instytucjonalnych i wspólnemu językowi samego pola, ale przede wszystkim dlatego, że każde z tych partykularnych rozwiązań musiało zostać wyartykułowane w odniesieniu do standardów odpowiedzialności jednostki znanych z prawa międzynarodowego”¹⁵. Nie każde więc powiązanie praktyki i namysłu naukowego jest *transitional justice* potrzebne; istotny jest splot praktyki i badań prawnoporównawczych, który umożliwia odniesienie rozwiązań krajowych do norm prawa międzynarodowego. To właśnie debata na temat ich zgodności z prawem międzynarodowym uzasadnia istnienie sprawiedliwości tranzycyjnej „jako charakterystycznego pola refleksji odrębnego od prawa praw człowieka, prawa humanitarnego i międzynarodowego prawa karnego”¹⁶. Z kolei apele o interdyscyplinarności *transitional justice* mogą być postrzegane jako próba legitymizacji istnienia pola jako takiego¹⁷. W interdyscyplinarności można też widzieć próbę dekolonizacji sprawiedliwości tranzycyjnej spod władania nauk prawnych: apele o określony kształt tego pola refleksji wiążą się bowiem z określonymi założeniami co do celów *transitional justice* – i odwrotnie¹⁸.

Uwagi te nie są czynione przez autorkę niechętną namysłowi nad sprawiedliwością tranzycyjną. Przeciwnie, C. Bell jest członkinią kolegium redakcyjnego „International Journal of Transitional Justice”, a więc tego samego czasopisma, w którego pierwszym numerze pozytywnie wypowiedziano się o interdyscyplinarności tego pola refleksji. Jak sama wskazuje, powyższe uwagi mają być raczej ćwiczeniem sokratejskim, które nie przekreśla możliwości postrzegania sprawiedliwości tranzycyjnej jako pola nauki; umożliwia ono jednak bardziej świadome, bardziej refleksyjne spojrzenie na tę dziedzinę. W rezultacie możliwe jest zrozumienie krytyki sprawiedliwości tranzycyjnej oraz konieczności oparcia jej programu na standardach prawa międzynarodowego – a nawet świadoma negocjacja szerokiej koncepcji sprawiedliwości czasu przełomu¹⁹. Jednocześnie artykuł ten wydaje się dobrym przykładem tego, jak refleksyjnie patrzeć na dziedzinę naukową, nie negując potrzeby jej rozwijania.

3. Refleksyjność a namysł nad narzędziami rozliczeń z przeszłością

Jak już wskazano, współczesna sprawiedliwość czasu przełomu wywodzi się z okresu rozliczeń po II wojnie światowej, zaś jej pierwotny paradygmat sprowadzał się do przeświadczenia, że to indywidualna odpowiedzialność karna jest właściwą reakcją na popełnione

¹⁴ C. Bell, *Transitional Justice, Interdisciplinarity and the State of the 'Field' or 'Non-Field'*, „The International Journal of Transitional Justice” 2009/3, s. 13.

¹⁵ C. Bell, *Transitional...*, s. 15.

¹⁶ C. Bell, *Transitional...*, s. 17.

¹⁷ C. Bell, *Transitional...*, s. 19.

¹⁸ C. Bell, *Transitional...*, s. 25–26.

¹⁹ C. Bell, *Transitional...*, s. 26–27.

zbrodnie. Prócz tego, że 1) legitymizuje ona nowy system i 2) stanowi probierz jego stabilności, represja karna jest bowiem narzędziem 3) klaryfikującym przeszłość i 4) zwiększającym prawdopodobieństwo przyszłego przestrzegania praw człowieka; przede wszystkim jednak ukaranie winnych jest 5) obowiązkiem moralnym wobec ofiar oraz 6) wymogiem nakładanym przez samą sprawiedliwość²⁰.

O ile pierwsze cztery argumenty wyrażają stanowisko utylitarne – i jako takie mogą być zrównoważone utylitarными argumentami przeciwnej natury – o tyle dwa ostatnie twierdzenia sprowadzają się w istocie do intuicyjnej konstatacji, że wina wymaga kary, są więc związane z retributywizmem. Jeśli bowiem uznać, że skutkiem czynu zabronionego jest zaburzenie stanu społecznej równowagi, polegające na naruszeniu wolności ofiary kosztem zwiększenia pola działania sprawcy, to sprawiedliwość wymaga przywrócenia tej homeostazy przez nałożenie na przestępcę określonych dolegliwości, a więc jego proporcjonalne ukaranie²¹ – i to bez względu na konsekwencje. Stanowisko to określić można jako deontologiczne: opierając się na pryncypialnych sądach na temat kwalifikacji moralnej pewnych czynów, uznaje ono, że „sprawiedliwości stać musi się zadość”, a powstrzymanie się od karania z natury rzeczy stanowić musi formę akceptacji nagannych zachowań²².

Przeświadczenie, że odpowiedzialność karna jest najwłaściwszą metodą rozliczeń przeszłych zbrodni, jest także 7) związane z celem tranzycji, jakim jest zazwyczaj budowa demokracji opartej na rządach prawa. Argumentuje się, że represja karna może „inspirować społeczeństwa do tego, by uznały one ideę rządów prawa i przyrodzoną godność ludzką za zasady fundamentalne”²³ i że właściwie przeprowadzone procedury karne „winny dać namacalny dowód przewodnich zasad – równości, uczciwości i rządów prawa – które definiować mają nowy ład”²⁴. Ten „zwrot ku legalizmowi” ma być „typowy dla państwa liberalnego, gdzie sprawiedliwość tranzycyjna rekonstruuje polityczną tożsamość na jurystycznej podstawie, tworząc dyskurs oparty na kategoriach praw i obowiązków”²⁵. Z ustrojem tym jest też związane przekonanie, że owe prawa i obowiązki mają charakter uniwersalny. Zachodnia tradycja liberalnej demokracji uznaje powszechność praw obywatelskich i politycznych jednostek, dopuszczając jedynie różnice w ich statusie ekonomicznym²⁶. Jak argumentuje W. Sadurski, „w samą centralną ideę liberalizmu – o nienaruszalności godności i wolności każdego człowieka – wpisana jest bardzo silna aspiracja uniwersalistyczna”, co powoduje, że „liberalizm jest z natury rzeczy wrogi wszelkiej kontekstualizacji, wszelkiej relatywizacji reguł politycznych do lokalnych odrębności”²⁷. Liberalna ochrona praw człowieka – w tym karanie za ich naruszenie – nie respektuje więc tradycji kulturowych wspólnot etnicznych, lecz domaga się ich podporządkowania prawom przynależącym każdej jednostce. W tym sensie stanowisko uniwersalistyczne wiąże się z deontologizmem, opiera się bowiem na prze-

²⁰ Argumenty te przywołuje S.P. Huntington, *Trzecia fala...*, s. 218–219.

²¹ Taką koncepcję sprawiedliwości retributywnej prezentuje: W. Sadurski, *Teoria sprawiedliwości. Podstawowe zagadnienia*, Warszawa 1988, s. 230–258.

²² Zob. S.A. Garrett, *Problems of Transitional Justice: The Politics and Principles of Memory*, <http://www.cia-onet.org/isa/gas01/>, dostęp: 25.11.2009 r.

²³ D. Orentlicher, *Obowiązek ukarania poważnych naruszeń praw człowieka związanych z poprzednim reżimem*, „Ius et Lex” 2003/1, s. 20.

²⁴ A.J. McAdams, *Preface*, w: A.J. McAdams (red.), *Transitional Justice and the Rule of Law in New Democracies*, Notre Dame 1997, s. x.

²⁵ R. Teitel, *Transitional Justice...*, s. 225.

²⁶ W. Osiatyński, *Prawa człowieka i ich granice*, Kraków 2011, s. 264.

²⁷ W. Sadurski, *Liberal po przejściach*, Poznań 2007, s. 35.

konaniu, że bez względu na różnice kulturowe istnieją naczelną zasady określające powinności w zakresie ochrony praw człowieka, w tym obowiązek ukarania sprawców najpoważniejszych naruszeń tych praw.

Karanie przestępstw popełnionych w poprzednim ustroju postulowane jest więc ze stanowiska utylitarne i deontologiczne (w tym uniwersalistycznego). Przeciw stosowaniu kar przytaczane się z kolei argumenty utylitarne i powołujące się na relatywizm kulturowy.

Choć za ukaraniem winnych przemawia wiele argumentów użytecznościowej natury (przytoczonych wyżej), to utylitaryzm dostarcza też racji na rzecz amnestii. Podnosi się, że 1) w sytuacji gdy zarówno rządzący, jak i opozycja dopuszczali się naruszeń, lepszą podstawą dla demokracji będzie dwustronne przebaczenie win, dające nadzieję na jedność społeczeństwa²⁸. Pojednaniu nie będzie też służyć ciągłe wzywanie na salę sądową przedstawicieli poprzedniego ustroju, którzy w swych działaniach kierowali się, swoiście postrzeganym, dobrem wspólnoty; takie procesy 2) uważane będą raczej za zemstę zwycięzców. Przede wszystkim jednak argumentem na rzecz rezygnacji z karania jest 3) obawa, że procesy karne mogą spowodować opór dawnych elit i uniemożliwić transycję bądź zagrozić młodej demokracji. W sytuacji, w której transycja zostaje dokonana w wyniku porozumienia pomiędzy władzą a jej przeciwnikami, amnestia po wielokroć jest warunkiem *sine qua non* demokratyzacji²⁹; ryzyko obalenia demokracji pozostaje też często silne już po przekazaniu władzy w ręce nowego gabinetu³⁰. W tej sytuacji można argumentować, że dobro całego społeczeństwa – wyrażające się w utrzymaniu pokoju i demokracji – przeważać musi nad dobrem ofiar, które domagają się pociągnięcia sprawców do odpowiedzialności. W ten sposób kara kryminalna przestaje być jedyną odpowiedzią na winę i z konieczności poszukuje się form rozliczeń, które nie zagrażą powstaniu demokracji, takich jak środki administracyjne czy komisje prawdy. Regulujące ich funkcjonowanie prawo staje się wówczas wypadkową sytuacji politycznej, a realistyczne stanowisko każe tłumaczyć zastosowanie pewnych środków tym, że zastosowanie ich było zwyczajnie możliwe³¹. Jak obrazowo stwierdza S.A. Garrett, „rządy również muszą czasem działać w okolicznościach siły wyższej”³².

O ile utylitaryzm uznaje, że stosowanie sankcji karnej może nie być w pewnych warunkach możliwe bądź celowe, o tyle relatywizm kulturowy idzie dalej, zakładając, że 4) jej wymierzanie może być dla pewnych kultur niewłaściwe bez względu na okoliczności. Stanowisko to sprowadza się do uznania, że „podstawowe wartości są uwarunkowane kulturowo i podstawową komórką społeczną nie jest jednostka, tylko jakaś grupa społeczna – plemię, wspólnota wiejska, związek krwi”³³. W realiach transycji może to prowadzić do wniosku, że ważniejsze od indywidualnej satysfakcji z ukarania

²⁸ S.P. Huntington, *Trzecia fala...*, s. 219.

²⁹ W RPA amnestia dla członków reżimu była warunkiem wstępnym likwidacji apartheidu i transycji do demokracji. Negocjacje w sprawie jej ostatecznego kształtu trwały długo i zakończyły się zawarciem klauzuli amnestyjnej w przejściowej konstytucji Południowej Afryki w formie postambuły; zob. np. P. van Zyl, *Dilemmas of Transitional Justice: The Case of South Africa's Truth and Reconciliation Commission*, „Journal of International Affairs” 1999/2, s. 648–651.

³⁰ W Argentynie próby rozruchunku z rządami junty za pomocą procesów karnych wzbudziły na tyle silny opór wojskowych, że konieczne stało się wprowadzenie dwóch ustaw amnestyjnych – *Ley de Punto Final* i *Ley de Obediencia Debida* – które zapobiegły ówczesnym próbom rozliczeń; zob. np. raport Americas Watch (Human Rights Watch) z 1991 r.: *Truth and Partial Justice in Argentina. An Update*, <http://www.hrw.org/reports/1991/04/01/truth-partial-justice-argentina>, dostęp: 29.05.2012 r., s. 47–52.

³¹ R. Teitel, *Transitional Justice...*, s. 3–4.

³² S.A. Garrett, *Problems...*

³³ A. Pollis, *A New Universalism*, w: A. Pollis, P. Schwab (red.), *Human Rights. New Perspectives, New Realities*, Boulder–London 2000, s. 11–12, cytata za: W. Osiatyński, *Prawa człowieka...*, s. 240.

sprawcy jest pojednanie wspólnoty i naprawa więzów społecznych zerwanych w trakcie konfliktu czy rządów autorytarnych. Na takim właśnie przekonaniu opiera się afrykańska filozofia *ubuntu*. *Ubuntu* uznaje się za koncept, który „wspiera raczej wzajemne zrozumienie niżli karę” oraz opowiada się za „odtworzeniem harmonii w relacjach pomiędzy stronami, która to harmonia winna przywracać godność pokrzywdzonemu i nie rujnować sprawcy”³⁴. Filozofia ta *expressis verbis* znalazła swój wyraz w przejściowej konstytucji Republiki Południowej Afryki z 1993 r., w której postambule klauzula amnestyjna umotywowana została potrzebą „zrozumienia, a nie zemsty, zadośćuczynienia, a nie odwetu, *ubuntu*, a nie prześladowań”³⁵. Na podejściu tym oparto cały południowoafrykański proces rozliczeń, w którym amnestia przyznawana była sprawcom (z obu stron politycznej barykady), którzy dobrowolnie wyjawili okoliczności popełnionego przez siebie przestępstwa; brak takiej publicznej spowiedzi spowodować mógł wymierzenie sankcji karnych³⁶. Rozrachunek z apartheidem oparty był więc na pryncypiach sprawiedliwości naprawczej, u której podstaw leży przekonanie, że przestępstwo to czyn skierowany w pierwszej mierze przeciw jednostce (nie zaś przeciw państwu), w związku z czym proces rozliczeń winien zakładać aktywny udział sprawcy i ofiary, zadośćuczynienie tej drugiej i uleczenie obu stron konfliktu. Nawet jeśli odpowiedzialność karna nie jest w przypadku *ubuntu* wykluczona, to celem nadrzędnym jest takie ukształtowanie rzeczywistości społecznej, by było w niej miejsce zarówno dla ofiar, jak i sprawców³⁷. Pojednanie sprawcy z ofiarą ma się więc przełożyć na rekoncyliację całej wspólnoty.

W przypadku Republiki Południowej Afryki proces oparty – także z politycznej konieczności – na lokalnych wartościach doprowadził do powstania demokracji, samo zaś *ubuntu* stało się trwałym elementem systemu prawnego RPA³⁸. Może być to argumentem za przyjęciem podobnego modelu rozliczeń w innych krajach afrykańskich wyznających tę filozofię bądź też – w szerszym ujęciu – za przykładaniem większej wagi do właściwych danej kulturze narzędzi rozliczeń z przeszłością. W istocie, w dokumentach ONZ znalazło się potępienie dla bezrefleksyjnego powielania rozwiązań innych państw oraz zapewnienie, że „winno się mieć wzgląd na rdzenne i nieformalne tradycje wymierzania sprawiedliwości”, bacząc, by ich stosowanie było zgodne „ze standardami międzynarodowymi i lokalną tradycją”³⁹. Stanowisko ONZ bywa jednak krytykowane. S. Vieille argumentuje, że wyraża ono typowe dla Zachodu podejście, zakładające zgodę na lokalne odmienności, pod warunkiem wszakże, że dają się one wpasować w niepodważalne, normatywne i konceptualne ramy liberalnej demokracji. Powoduje to, że akceptowane przez społeczność międzynarodową mechanizmy lokalne częstokroć ulegają pod jej wpływem istotnemu przeobrażeniu i nie są zbieżne ze swymi pierwowzorami. Co więcej, sama idea rządów prawa jest zdaniem autorki konceptem zachodnim;

³⁴ Wyrok Sądu Równości (*Equality Court*) Republiki Południowej Afryki z 12.09.2011 r. (20968/2010), <http://www.saflii.org/za/cases/ZAEQC/2011/2.html>, dostęp: 29.05.2012 r., pkt 18.

³⁵ *Constitution of the Republic of South Africa, Act 200 of 1993*.

³⁶ Szerzej o rozliczeniach w RPA zob.: A. du Bois-Pedain, *Transitional Amnesty in South Africa*, Cambridge 2007; D. Dyzenhaus, *Judging the Judges, Judging Ourselves. Truth, Reconciliation and the Apartheid Legal Order*, Oxford 1998; M. Smolak, *Sprawiedliwość transformacyjna...*

³⁷ Więcej o filozofii *ubuntu* w kontekście transycji w RPA: Truth and Reconciliation Commission, *Truth and Reconciliation Commission of South Africa Report*, t. 1, 1998, s. 125–131.

³⁸ Jest to „istotne źródło prawa w obszarze napiętych bądź zerwanych więzów między jednostkami lub społecznościami” – wyrok Sądu Równości z 12.09.2011 r., pkt 18, oraz wskazane tam bogate orzecznictwo odwołujące się do konceptu *ubuntu*.

³⁹ Rada Bezpieczeństwa ONZ, *The rule of law...*, pkt 36.

uznawana jest jednak za ideę uniwersalną, co skutkuje narzucaniem innym kulturom europejskiej wizji człowieczeństwa⁴⁰.

Nie rozstrzygając powyższego dylematu, zauważyć należy, że wbrew stanowisku relatywistów podstawowe akty w zakresie przestrzegania praw człowieka nie są wyłącznie emanacją zachodniej kultury, w ich tworzeniu znaczny udział mieli bowiem prawnicy z pozostałych kręgów cywilizacyjnych⁴¹. Z kolei z przeprowadzonych w latach 1996–1997 w RPA badań socjologicznych wynika, że w sytuacji przypisania winy jednostce większość obywateli tego kraju wykluczała amnestię i domagała się ukarania sprawcy⁴², co nie wydaje się zgodne z konceptem *ubuntu*. Nie negując konieczności uwzględnienia lokalnych kultur w kształtowaniu mechanizmów rozliczeń z przeszłością, należy więc baczyć, by filozofia za nimi stojąca była filozofią ofiar przemocy, nie zaś rządzących elit albo, co gorsza, samych sprawców⁴³.

Jak widać na powyższych przykładach, na polu sprawiedliwości tranzycyjnej da się zauważyć zasadniczą dychotomię pomiędzy dwoma stanowiskami. Pierwsze z nich zakłada uniwersalizm rządów prawa oparty na indywidualnej odpowiedzialności za popełniane czyny. Drugie za cel różnorodnych narzędzi rozliczeń z przeszłością uznaje pokój i pojednanie oraz nie waha się odstąpić od wymierzenia kary, jeśli wymagają tego okoliczności bądź lokalna specyfika. W samym centrum sprawiedliwości tranzycyjnej toczy się więc fundamentalny spór, w którym ugruntowane w europejskiej kulturze przeświadczenie o ścisłym związku winy i kary podważa się jako przynoszące w pewnych sytuacjach więcej szkody niż pożytku bądź jako założenie etnocentryczne. Prowadzi to do wniosku, że sprawiedliwość tranzycyjna jest dyscypliną *par excellence* refleksyjną, trwa w niej bowiem ciągła dyskusja co do właściwego podejścia do samej istoty jej zainteresowań i sedna jej praktycznego zastosowania.

Powyższe uwagi pozwalają również określić, na ile omówione stanowiska w przedmiocie rozliczeń z przeszłością dają się pogodzić z ideą prawa refleksyjnego. Wydaje się, że retributywizm i uniwersalizm muszą się w stosunku do tej idei odnosić niechętnie. Skoro bowiem zbrodnia zawsze domaga się kary, a każdej jednostce przysługuje identyczna ochrona praw człowieka, to niewielki jest w istocie zakres spraw, jakie mogą być przedmiotem refleksyjnych negocjacji. Jak zauważa L. Morawski, w państwie liberalnym „odpowiedzią prawa na postępującą dyferencjację i autonomizację podsystemów i organizacji nie jest bezkrytyczne podporządkowanie się temu faktowi, lecz ograniczenie tej autonomii wszędzie tam, gdzie mogłaby ona zagrażać podstawowym prawom jednostki i standardom moralnym, na których oparte jest wolne społeczeństwo”⁴⁴.

Przychylniejsze nastawienie wobec idei prawa refleksyjnego w obszarze rozliczeń z przeszłością zdaje się wynikać ze stanowiska utylitarne i poglądu dopuszczającego relatywizm kulturowy. Skoro bowiem naczelnym celem jest dobro społeczności, a w procesie tranzycji uwzględnić należy lokalne wartości i zwyczaje, to zakres spraw podlegających refleksyjnym negocjacjom jest znaczny. W szczególności uznanie, że brak jest wiążących zasad, którym wynik owego namysłu miałby odpowiadać, powoduje, że normy regulujące rozliczenie z przeszłością mogą mieć charakter prawa refleksyjnego.

⁴⁰ S. Vieille, *Transitional Justice: A Colonizing Field?*, „Amsterdam Law Forum” 2012/3, s. 58–68.

⁴¹ W. Osiatyński, *Prawa człowieka...*, s. 257–261.

⁴² J.L. Gibson, A. Gouws, *Truth and Reconciliation in South Africa: Attributions of Blame and the Struggle over Apartheid*, „The American Political Science Review” 1999/3, s. 501–517.

⁴³ W. Osiatyński argumentuje, że powoływanie się na odmienności kulturowe stanowi pretekst, jakim posługują się rządzący, by uzasadnić dokonane przez nich naruszenia praw człowieka; por. W. Osiatyński, *Prawa człowieka...*, s. 248–250.

⁴⁴ L. Morawski, „Autopoiese”..., s. 184.

4. Refleksyjność i tożsamość w okresie transzycji

W okresie transzycji dochodzi też do zasadniczego przeobrażenia w zakresie tożsamości społeczeństw i tworzących je jednostek. Celem fundamentalnej zmiany ustrojowej jest co do zasady nie tylko ukształtowanie demokracji opartej na rządach prawa, ale także wytworzenie społeczeństwa obywatelskiego, a więc takiego, które m.in. akceptuje demokratyczne wartości. Z kolei jednostka staje przed koniecznością rekonfiguracji swej tożsamości zarówno ze względu na wyzwania, jakie stawia przed nią nowy ład, jak i ze względu na nowe podejście do przeszłości własnej wspólnoty.

Należy podkreślić, że „historia” i „pamięć” to dwa odrębne, choć związane ze sobą pojęcia. Domeną historii winien być obiektywizm, „kolektywna pamięć ma zaś skłonność do retuszowania i przycinania historii na miarę społecznych oczekiwań”⁴⁵. Podkreśla się, że narody i społeczeństwa dążą do stworzenia spójnej, zmitologizowanej pamięci o historii, w której podkreśla się własne krzywdy i bohaterstwo i zapomina o popełnionych niegodziwościach. Istnieje też ambiwalencja pomiędzy potrzebami ofiar i sprawców: o ile te pierwsze chcą pamiętać o zbrodniach i nadać swemu przeżyciu sens, o tyle naturalną reakcją tych drugich jest chęć zapomnienia i zaprzeczenia własnej winie⁴⁶.

W realiach rozliczeń z przeszłością mamy więc do czynienia z sytuacją konfliktu interesów. Do zapomnienia dążą sprawcy i ta część społeczeństwa, która pragnie korzystnego obrazu wspólnoty; naturalne dążenie do pozytywnej identyfikacji sprawia, że grupa ta stanowi zazwyczaj większość społeczeństwa. Postulaty refleksji na temat własnej historii płynąć będą głównie ze strony ofiar. Jak zauważa A. Wolff-Powęska, w przypadku Niemiec po II wojnie światowej prowadziło to do paradoksalnej sytuacji, w której istniała „głęboka przepaść między koniecznością oficjalnego wyznania winy a indywidualnym milczeniem”, zaś „w oficjalnym języku nie można było przyznać się do tego, że dwaście lat narodowego socjalizmu zostało wyparte z pamięci ogółu”⁴⁷. Równie trudna sytuacja istnieć będzie w społeczeństwach rozdartych konfliktami wewnętrznymi. Wielu badaczy uważa, że społeczne pojednanie wymaga stworzenia wspólnej narracji o przeszłych antagonizmach. Należy więc ustalić bezsporne fakty, a następnie wynegocjować ich możliwe interpretacje, dbając, by osiągnięcie zgody w zasadniczych kwestiach nie powodowało ekskluzji poglądów alternatywnych; pamięć winna być wspólna, lecz nie musi być homogeniczna⁴⁸. Wydaje się to argumentem słusznym: jeśli wspólnotę łączy poczucie tożsamości, tożsamość zaś buduje się na fundamencie pamięci o przeszłości, to zjednoczenie społeczeństwa wymaga pewnej unifikacji pamięci. Jak jednak do tego doprowadzić? Jak wzbudzić refleksyjność w społeczeństwie, które – chroniąc pozytywne mity – jest niechętnie rachunkowi sumienia? A może refleksyjność pozostawić należy następnym pokoleniom, a w okresie transzycji koncentrować się na wspólnych wyzwaniach i szukać tego, co łączy, a nie tego, co dzieli?

Odpowiedź na te pytania jest konieczna także z perspektywy jednostki. W okresie przemian ustrojowych musi ona określić swe stanowisko wobec minionego okresu i swojej w nim roli. Nawet bowiem gdy ocena poprzedniego ustroju jest jednoznacznie negatywna – jak w przypadku hitlerowskich Niemiec – to jednostka, potępiając sam

⁴⁵ A. Wolff-Powęska, *Pamięć...*, s. 27, za M. Halbwachsem.

⁴⁶ A. Wolff-Powęska, *Pamięć...*, s. 157–161.

⁴⁷ A. Wolff-Powęska, *Pamięć...*, s. 160.

⁴⁸ Tak S. Opatow, *Reconciliation in Times of Impunity: Challenges for Social Justice*, „Social Justice Research” 2001/2, s. 161–162.

reżim, szukać będzie usprawiedliwienia dla własnych działań⁴⁹. W przypadku członków opozycji pojawi się problem oceny, na ile środki używane dla słusznej walki były usprawiedliwione, a większość społeczeństwa zmierzy się z problemem oceny własnej bierności wobec poprzedniego ustroju. Co więcej, w okresie zmiany ustrojowej nie zawsze dochodzi do całkowitego zanegowania poprzedniego ustroju: częściej mamy do czynienia z sytuacją, gdy w przestrzeni aksjologicznej funkcjonują jednocześnie normy i wzorce pochodzące z obu systemów. Jednostka jest więc zmuszona określać na nowo swą tożsamość w sytuacji liminalności społecznej, a więc stanu, w którym brak we wspólnocie stabilnych i powszechnie akceptowanych norm życia społecznego⁵⁰. W tej sytuacji aktualne staje się pytanie, na ile owa transformacja indywidualnej tożsamości będzie procesem refleksyjnym i świadomym. Otwarte jest też pytanie, w jaki sposób w refleksyjnej jednostce wzbudzać zaufanie do nowego ustroju demokratycznego i tym samym wspomagać budowę jej tożsamości jako członka społeczeństwa obywatelskiego.

5. Podsumowanie

Powyższe rozważania prowadzą do wniosku, że pomiędzy koncepcją refleksyjności a sprawiedliwością tranzycyjną zachodzą wielorakie powiązania. Refleksyjność tej dziedziny przejawia się zarówno w namyśle nad samym polem naukowym, jak i w fundamentalnych dyskusjach dotyczących przedmiotu jego badań. Te ostatnie zagadnienia mają zresztą nie tylko wymiar akademicki, lecz – ze względu na silnie normatywny wymiar *transitional justice* – wpływać będą jednocześnie w pewnym zakresie na kształt przyszłych tranzycji. W okresie przemian dochodzi też do rekonstrukcji tożsamości jednostki i całej społeczności: otwarte są więc pytania o cel tego procesu, poziom jego refleksyjności i sposoby jej wspierania. Szerokie zainteresowanie różnorodnymi wymiarami rozliczeń z przeszłością i niepewność co do właściwego sposobu ich kształtowania nie może dziwić: nawet bowiem w czasach permanentnego, programowego wątplenia pewne pozostaje pragnienie, by zło zostało ukarane, a na bazie tej kary powstała harmonijna i żyjąca w pokoju wspólnota.

⁴⁹ A. Wolff-Powęska, *Pamięć...*, s. 157–161.

⁵⁰ K. Śledzińska, *Refleksyjność w kształtowaniu podmiotowości aktora życia politycznego w okresie przemian ustrojowych w Polsce*, w: R. Wiśniewski (red.) *Refleksyjność...*, s. 62–63.

Summary

Michał Krotoszyński
Reflexivity and transitional justice research

The article explores ways in which the notion of reflexivity can apply to the research on transitional justice. First, the article describes reflexive considerations concerning the state of the field itself. Then, the reflections on transitional justice measures are characterized, focusing primarily on the discussion on the use of criminal trials. Finally, the article portrays how collective and individual identity can be reshaped during the transition. The article argues that research on dealing with the past is par excellence reflexive, as the debate challenges even the most basic ideas connected with transitional justice.

BIBLIOGRAFIA / REFERENCES:

- Americas Watch (Human Rights Watch) (1991). *Truth and Partial Justice in Argentina. An Update*. Retrieved from: <http://www.hrw.org/>
- Banaszkiewicz, B. (2003). Rozrachunek z przeszłością komunistyczną w polskim ustawodawstwie i orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego. *Ius et Lex 1*, 441–486.
- Bell, C. (2009). Transitional Justice, Interdisciplinarity and the State of the ‘Field’ or ‘Non-Field’. *The International Journal of Transitional Justice 3*, 5-27.
- du Bois-Pedain, A. (2007). *Transitional Amnesty in South Africa*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Czarnota, A. (2003). Radykalne zło a prawo, czyli jak mierzyć się z trudną przeszłością. *Ius et Lex 1*, 349–363.
- Czarnota, A. (2009). Lustration, Decommunisation and the Rule of Law. *The Hague Journal on the Rule of Law 1*, 307–336.
- Dyzenhaus, D. (1998). *Judging the Judges, Judging Ourselves. Truth, Reconciliation and the Apartheid Legal Order*. Oxford: Hart Publishing.
- Garrett, S.A. (1999). *Problems of Transitional Justice: The Politics and Principles of Memory*. Retrieved from: <http://www.cia-onet.org/isa/>
- Garrett, S.A. (2000). *Models of Transitional Justice – A Comparative Analysis*. Retrieved from: <http://www.ciaonet.org/isa/>
- Gibson, J.L., Gouws, A. (1999). Truth and Reconciliation in South Africa: Attributions of Blame and the Struggle over Apartheid. *The American Political Science Review 93(3)*, 501–517.
- Giddens, A. (2002). *Nowoczesność i tożsamość. „Ja” i społeczeństwo w epoce późnej nowoczesności*. Warszawa: PWN.
- Elster, J. (2004). *Closing the Books: Transitional Justice in Historical Perspective*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Huntington, S.P. (1995). *Trzecia fala demokratyzacji*, Warszawa: PWN.
- Kritz N.J. (Ed.). (1995). *Transitional Justice: How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes*. Vol. 1–3. Washington: US Institute of Peace Press.
- Mayer-Rieckh, A., de Greiff, P. (Eds.). (2007). *Justice as Prevention: Vetting Public Employees in Transitional Societies*. New York: Social Science Research Council/
- McAdams, A.J. (Ed.). (1997). *Transitional Justice and the Rule of Law in New Democracies*. Notre Dame: University of Notre Dame Press.
- Morawski, L. (1992). „Autopoiese” i prawo refleksyjne w ujęciu G. Teubnera. In G. Skąpska (Ed.), *Prawo w zmieniającym się społeczeństwie*. Kraków: Wydawnictwo Adam Marszałek.
- Nowak, L. (1971). *U podstaw Marksowskiej metodologii nauk*. Warszawa: PWN.
- Opatow, S. (2001). Reconciliation in Times of Impunity: Challenges for Social Justice. *Social Justice Research 14(2)*, 149-170.
- Orentlicher, D. (2003). Obowiązek ukarania poważnych naruszeń praw człowieka związanych z poprzednim reżimem. *Ius et Lex 1*, 15-52.

- Osiatyński, W. (2011). *Prawa człowieka i ich granice*. Kraków: Znak.
- Pritchard, R.J. (2005). Tokyo Trial. In D.L. Shelton (Ed.), *Encyclopedia of Genocide and Crimes against Humanity*, Vol. 3. Detroit: Thomson Gale.
- Sadurski, W. (1988). *Teoria sprawiedliwości. Podstawowe zagadnienia*. Warszawa: PWN.
- Sadurski, W. (2007). *Liberał po przejściach*. Poznań: Wydawnictwo Sens.
- Sadurski, W. (2008). *Prawo przed sądem. Studium sądownictwa konstytucyjnego w postkomunistycznych państwach Europy Środkowej i Wschodniej*. Warszawa: Wydawnictwo Sejmowe.
- Scheffer, D.J. (2005). Nuremberg Trials. In D.L. Shelton (Ed.), *Encyclopedia of Genocide and Crimes against Humanity*, Vol. 3. Detroit: Thomson Gale.
- Smolak, M. (2002). Sprawiedliwość transformacyjna na przykładzie Komisji Prawdy i Pojednania Republiki Południowej Afryki. *Państwo i Prawo* 11, 66–73.
- Suríková, M. (2009). Refleksyjność jako dynamiczny element organizacji społecznej. In R. Wiśniewski (Ed.), *Refleksyjność jako kategoria analizy socjologicznej. Koncepcje, badania, porównania*. Warszawa: Oficyna Wydawnicza ASPRA-JR.
- Śledzińska, K. (2009). Refleksyjność w kształtowaniu podmiotowości aktora życia politycznego w okresie przemian ustrojowych w Polsce. In R. Wiśniewski (Ed.), *Refleksyjność jako kategoria analizy socjologicznej. Koncepcje, badania, porównania*. Warszawa: Oficyna Wydawnicza ASPRA-JR.
- Teitel, R. (2000). *Transitional Justice*. Oxford–New York: Oxford University Press.
- Teitel, R. (2003). Transitional Justice Genealogy. *Harvard Human Rights Journal* 16, 69–94.
- Truth and Reconciliation Commission (1998). *Truth and Reconciliation Commission of South Africa Report*. Vol. 1. Retrieved from: <http://www.justice.gov.za/trc/report/>
- Vieille, S. (2012). Transitional Justice: A Colonizing Field? *Amsterdam Law Forum* 4(3), 58–68.
- Williams, M.S., Nagy, R., Elster, J. (Eds.). (2012). *Transitional Justice*. New York–London: NYU Press.
- Wolff-Powęska, A. (2011). Pamięć – brzemień i uwolnienie. Niemcy wobec nazistowskiej przeszłości (1945–2010). Poznań: Zysk i S-ka.
- Zajadło, J. (2003). Filozofia prawa a prawo karne. Studium tzw. Mauerschützen. *Ius et Lex* 1, 175–202.
- Zajadło, J. (2003). *Odpowiedzialność za Mur. Procesy strzelców przy Murze Berlińskim*. Gdańsk: Arche.
- van Zyl, P. (1999). Dilemmas of Transitional Justice: The Case of South Africa's Truth and Reconciliation Commission. *Journal of International Affairs* 52(2), 647–667.