

Sprawiedliwość transformacyjna, filozofia prawa i rozliczanie przeszłości przez demokratyczne państwo prawa

W ostatnich latach wielokrotnie podnoszono, że rządy prawa i tzw. standardy europejskie uniemożliwiają zgodne z prawami człowieka rozliczenie komunistycznej przeszłości w państwach Europy Środkowo-Wschodniej¹. Moim zdaniem, jest to przekonanie wynikające z wniosków *prima facie*. Nie uwzględnia ono bowiem znaczenia systemu wartości tkwiącego immanentnie w każdym demokratycznym państwie prawa. Doświadczenia państw, które przeszły gwałtowny proces transformacji ustrojowej, pokazują, że państwo prawa, ograniczając rozliczenie przeszłości, jednocześnie działanie takie w ogóle umożliwia². Standardy demokratycznego państwa prawa są przecież najważniejszym argumentem przemawiającym za koniecznością rozliczenia zbrodni minionych reżimów. Na duże możliwości w tym zakresie zwrócił uwagę Trybunał Konstytucyjny, przyjmując w swoim orzecznictwie, iż „przejęcie od państwa autorytarnego do państwa prawa może wyjątkowo przybierać formy, które nie miałyby uzasadnienia w normalnych warunkach”³. W procesie rozliczania przeszłości społeczeństwo może zatem wykorzystywać instytucje wychodzące poza klasyczne formy prawne, co jest uzasadnione kontekstem dziejowym oraz aksjologicznym odcięciem się państwa od założeń dawnego systemu. Nie chodzi tutaj w żadnym wypadku o „sprawiedliwość zwycięzców” za wszelką cenę⁴. Jednak nie należy pojmować rządów prawa w sposób, który uniemożliwia naprawienie historycznych krzywd i niesprawiedliwości. W rezultacie musimy nauczyć się poszukiwania kompromisu między zasadą rządów prawa a koniecznością wymierzenia sprawiedliwości

¹ Zasada państwa prawa bywa używana jako argument przemawiający za przyjęciem bądź odrzuceniem określonego rozwiązania, zob. M. Barańska, *Zasada państwa prawnego jako argument przetargowy w dyskursie politycznym na temat lustracji*, „Studia Socjologiczne” 2007, nr 2 (185), s. 83–116.

² Na temat możliwości i ograniczeń polityki wobec przeszłości, związanych z paradygmatem państwa prawa zob. J. Zajadło, *Polnischer sonderweg?*, „Ius et Lex” 2003, nr (II) 1, s. 378–381.

³ Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego RP z 9 listopada 1993 r., K 11/93*, OTK 1993, nr 2, poz. 37, to samo zdanie przywołano w późniejszym Wyroku TK z 24 czerwca 1998 r., K 3/98*, OTK ZU 1998, nr 4, poz. 52.

⁴ Na temat dylematu między sprawiedliwością a zemstą w procesie rozliczania przeszłości zob. A. Michnik, V. Havel, *Justice or Revenge?*, „Journal of Democracy” 1993, t. IV, nr 1, s. 20–27.

zbrodniarzom i funkcjonariuszom dawnego reżimu oraz zadośćuczynienia wyrządzonemu w przeszłości złu. Sprawa oczywiście nie jest łatwa, wręcz przeciwnie – wymaga kompleksowego podejścia uwzględniającego dorobek nauki, doświadczenia przeszłości oraz rzeczywistość społeczną konkretnego okresu transformacji. Nieodłącznymi elementami procesu rozliczania przeszłości są: dylematy filozoficznoprawne, uwarunkowania polityczne, ekonomiczne i społeczne. Z uwagi na złożoność pojawiających się problemów rozliczanie przeszłości oznacza przyjęcie celowej polityki wobec przeszłości, czyli zaplanowania i uargumentowania konsekwentnego katalogu działań państwa, dotyczących odnoszenia się do historii instytucji publicznych, społeczeństwa i systemu prawnego⁵.

W Polsce zabrakło rzetelnego i wszechstronnego odniesienia się systemu prawnego do przeszłości⁶. Nie stworzono przemyślanej i skonkretyzowanej polityki wobec przeszłości, która powinna być świadomym, a zarazem naturalnym działaniem państwa wobec własnej historii⁷. Brakuje szerokiego dyskursu naukowego, poświęconego problemom transformacji ustrojowej, a jednocześnie zbyt często stanowienie aktów prawnych w tej dziedzinie traktuje się wyłącznie instrumentalnie. Tymczasem polityka wobec przeszłości powinna dążyć do zrealizowania pięciu podstawowych celów: ustalenia prawdy, wymierzenia kary, potępienia moralnego, zadośćuczynienia za krzywdy, kultywowania pamięci⁸. Ośmielam się postawić tezę, że w procesie polskiej transformacji ustrojowej nie zrealizowaliśmy w pełnym zakresie żadnej z wyżej wymienionych spraw⁹. Trzeba też podkreślić, że rozliczanie przeszłości to nie tylko skazanie byłych funkcjonariuszy i ich mocodawców, lecz także aksjologiczne zerwanie z założeniami państwa komunistycznego, moralne potępienie zbrodniarzy oraz ich sprawiedliwe osądzenie, zbadanie prawdy historycznej, co wiąże się niejednokrotnie z dostrzeżeniem skomplikowanych ludzkich historii. Odniesienie się państwa do przeszłości może i powinno dokonywać się za pomocą prawa konstytucyjnego, administracyjnego i, *last but not least*, cywilnego. Jest zresztą działaniem, w którym prawo zderza się z polityką, historią, moralnością, a niekiedy nawet ze zdrowym rozsądkiem¹⁰.

⁵ Zob. J. Zajadło, *Polityka wobec przeszłości – zwykła substytucja pojęć czy semantyczna rewolucja?*, „Etyka”, Instytut Filozofii Uniwersytetu Warszawskiego (w druku); J. Kochanowski, *Rozliczenie z przeszłością w Polsce*, „Ius et Lex” 2003, nr (II) 1, s. 227–240.

⁶ Zob. B. Wildstein, *Dekomunizacja, której nie było*, Kraków 2000.

⁷ Tzw. polityka historyczna państwa jest zjawiskiem wysoce kontrowersyjnym; zob. *Pamięć jako przedmiot władzy*, red. P. Kosiewski, Warszawa 2008. Pragnę jednak zaznaczyć, że nie chodzi tu o politykę historyczną rozumianą wąsko, lecz raczej o uwzględnienie w procesie transformacji ustrojowej zaplanowanego działania państwa wobec przeszłości. W takim ujęciu polityka historyczna jest jedynie częścią polityki wobec przeszłości, w której z kolei najważniejsza jest wszechstronna (prawna, ekonomiczna, polityczna) reakcja demokratycznego państwa prawa na bezprawie wyrządzone w przeszłości.

⁸ Na ten temat zob. J. Zajadło, *Odpowiedzialność za Mur. Procesy strzelców przy Murze Berlińskim*, Gdańsk 2003, s. 76–111.

⁹ Por. Z. Krasnodębski, *O genezie III Rzeczypospolitej raz jeszcze*, publikacja dostępna w Internecie: <http://www.omp.org.pl/index.php?module=subjects&func=viewpage&pageid=494> [przełgądano: 16 IV 2009 r.].

¹⁰ Na temat zderzenia prawa z historią zob. J. Zajadło, *Krew u stóp Muru [w:] Fascynujące ścieżki filozofii prawa*, red. J. Zajadło, Warszawa 2008, s. 154–164.

Oponenti rozliczania przeszłości tłumaczą często, że jest ono niepotrzebne, że powinniśmy patrzeć w przyszłość, oddzielając „grubą kreską” to, co było. Największe emocje wzbudza zwłaszcza wykorzystanie prawa karnego, w tym osądzenie zbrodniarzy poprzedniego reżimu. Kwestionowany jest w ogóle sens ścigania karnoprawnego. Często wskazuje się na przykład żołnierza, który „tylko wykonywał rozkazy”, a zatem nie może być mowy o jego odpowiedzialności karnej z uwagi na względny kontratyp rozkazu wojskowego (okoliczność wyłączająca bezprawność kryminalną czynu)¹¹. Byli funkcjonariusze oraz ich mocodawcy niejednokrotnie podnoszą, że działali zgodnie z powszechnie obowiązującym wówczas prawem, co w konsekwencji wyklucza możliwość pociągnięcia ich do jakiegokolwiek odpowiedzialności prawnej, w tym karnej. Poza tym pojawiają się problemy związane z przedawnieniem, powodującym zaniechanie ścigania karnego czy bezskuteczność dochodzenia roszczeń cywilnoprawnych. Kolejną kwestią jest niechęć organów ścigania do podejmowania postępowań, które ze swojej istoty mają nie tylko charakter prawny, ale i polityczny. Mimo tych zastrzeżeń wydaje się, że demokratyczne państwo prawa ma wręcz obowiązek ścigania karnego przynajmniej najcięższych zbrodni popełnionych w minionym okresie. Okazuje się też, że wielokrotnie działania podejmowane przez funkcjonariuszy aparatu państwowego były czynami nie tylko niezgodnymi z elementarnymi zasadami praw człowieka czy standardami prawa międzynarodowego, lecz także z ówczesnie obowiązującym prawem pozytywnym. W konsekwencji argumentem przemawiającym za ściganiem karnym jest nie tylko obowiązek osądzenia najpoważniejszych naruszeń praw człowieka, wynikający chociażby z zasady rządów prawa i prawa międzynarodowego publicznego¹², ale również obowiązek osądzenia naruszania obowiązujących w poprzednim systemie przepisów prawa. Warto tylko wspomnieć, że Europejski Trybunał Praw Człowieka nie dopatrywał się w orzeczeniach niemieckich sądów w tzw. *Mauerschützenprozesse*¹³, na mocy których skazano funkcjonariuszy NRD za zbrodnie minionego reżimu, naruszenia Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, w tym fundamentalnej zasady *nullum crimen sine lege poenali anteriori* (nie ma przestępstwa bez ustawy obowiązującej w czasie jego popełnienia)¹⁴.

Demokratyczne państwo prawa, jeżeli tylko istnieje ku temu wola społeczna i polityczna, dysponuje narzędziami do rozliczenia zbrodni z przeszłości, nawet

¹¹ Na temat kontratypu rozkazu w prawie karnym zob. J. Warylewski, *Prawo karne. Część ogólna*, Warszawa 2005, s. 239–241; o problemach związanych z retroakcyjnością prawa karnego oraz odpowiedzialnością za wykonanie rozkazu zob. J. Zajadło, *Po co prawnikom filozofia prawa?*, Warszawa 2008, s. 150–194; trzeba również wspomnieć, iż część doktryny uznaje, że rozkaz nie jest kontratypem, lecz okolicznością wyłączającą zawinienie.

¹² Por. D.F. Orentlicher, *Obowiązek ukarania poważnych naruszeń praw człowieka związanych z poprzednim reżimem*, „Ius et Lex” 2003, nr (II) 1, s. 15–52.

¹³ Niemieckie pojęcie *Mauerschützenprozesse* oznacza „procesy strzelców przy Murze”. W literaturze nadaje mu się jednak szersze znaczenie, oznaczające rozliczenie karne szerokiego kręgu osób odpowiedzialnych za „akty przemocy na granicy niemiecko-niemieckiej”, tj. bezpośrednich strzelców – żołnierzy, dowódców różnych szczebli oraz politycznych decydentów; zob. J. Zajadło, *Odpowiedzialność za Mur...*, s. 12.

¹⁴ Por. I.C. Kamiński, *Skargi do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka wniesione przez funkcjonariuszy odpowiedzialnych za śmierć uciekinierów z NRD*, „Przegląd Sądowy” 2001, 11–12, s. 224–246.

tych, których zidentyfikowanie w przepisach karnych wymaga niezwykle trudnych zabiegów interpretacyjnych. Potrzebna jest tylko (może trzeba napisać: aż) chęć poszukiwania możliwości prawnych i roztropne, zaplanowane działanie będące polityką wobec przeszłości. Bez tego o prawdziwym rozliczaniu przeszłości nie może być mowy, bo inaczej będzie to jedynie odwet, zemsta czy po prostu wymierzanie sprawiedliwości zwycięzcom. Lekceważenie polityki wobec przeszłości i brak aktywności w tej dziedzinie może też doprowadzić do niezamierzonych skutków: zniweczenia zasad sprawiedliwości i reguł państwa prawa, pozostawienia zbrodni bezkarnie i upokorzenia skrzywdzonych. Nie ma to nic wspólnego z demokratycznym państwem prawa. Polska transformacja, nawet jeżeli już się kończy, potrzebuje świadomego działania wobec przeszłości, które będzie odwoływało się do idei sprawiedliwości. Potrzebuje także, dokonywanej indywidualnie a zarazem wszechstronnie, oceny dziedzictwa prawnego.

Niestety w Polsce nie zdecydowaliśmy się na żaden z przyjętych na świecie modeli traktowania przeszłości. Warto wskazać, że możemy wyróżnić państwa, które proces rozliczenia przeszłości przeprowadziły bardzo skrupulatnie, jak np. Niemcy¹⁵, oraz państwa, które oddzieliły przeszłość „grubą kreską”, jak np. Hiszpania¹⁶. Są też kraje, które wybrały drogę pośrednią, np. Republika Południowej Afryki¹⁷.

Jednym z elementów świadomej polityki wobec przeszłości może być wykorzystanie instrumentarium prawa. Pojawia się wtedy problem określenia granic między formalistycznym podejściem do prawa a będącą nieodłączną częścią każdego systemu prawnego zasadą sprawiedliwości. Rudymentarne znaczenie ma odpowiedź na pytanie: czy w celu zagwarantowania sprawiedliwości powinniśmy uwzględnić szczególny kontekst spraw związanych z rozliczaniem przeszłości, czy wręcz przeciwnie – takie ujęcie doprowadzi do zniweczenia sprawiedliwości? Czy istota sprawiedliwości jest niezależna od zmian w systemach normatywnych, czy też podlega wraz z nimi transformacji? Co zrobić w sytuacjach, w których treść systemu prawnego zaprzecza istocie intuicyjnie pojmowanej sprawiedliwości? Czy prawo i sprawiedliwość są rzeczywiście oddzielnymi pojęciami¹⁸?

Jak zagwarantować sprawiedliwość w procesie rozliczania przeszłości? Czy dotyczy on jedynie wąsko pojmowanych, gwałtownych zmian systemów prawno-politycznych, czy także ewolucyjnego rozwoju wrażliwości na historycznie wyrządzone krzywdy? Czy sprawiedliwość wymaga od nas naprawienia wszelkiego wyrządzonego zła i pociągnięcia do odpowiedzialności prawnej

¹⁵ Niezmiernie ciekawe porównanie tych modeli: *Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht. Vergleichende Eiblicke in Transitionprozesse*, red. A. Eser, J. Arnold, Freiburg im Breisgau 2002, s. 14–18.

¹⁶ Zob. P. Aquilar, *Collective Memory of the Spanish Civil War: The Case of the Political Amnesty in the Spanish Transition to Democracy*, „Democratization” 1997, vol. 4, nr 4, s. 88–109.

¹⁷ Na ten temat zob. M. Smolak, *Ład społeczny i sprawiedliwość tranzycyjna – polskie i południowoafrykańskie doświadczenia*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2002, t. 9, s. 269–276; K. Asmal, *Truth, Reconciliation and Justice: The South African Experience in Perspective*, „The Modern Law Review” 2000, t. 63, nr 1, s. 1–24.

¹⁸ Niejednokrotnie słowo *ius* utożsamia się przecież ze sprawiedliwością, zwłaszcza w języku angielskim, w którym słowo *justice* pochodzi bezpośrednio od słowa *ius*.

osób winnych, czy może raczej pewne problemy należy zakwalifikować jako niepodlegające naprawieniu? Czy rządy prawa pozwalają na uznanie ważności wcześniej istniejącego prawa i usprawiedliwianie zbrodni popełnionych w przeszłości, czy też raczej wymagają odrzucenia nikczemnego ustawodawstwa i pociągnięcia sprawców do prawnej odpowiedzialności za elementarne naruszenia praw człowieka?

Relacje między historią a sprawiedliwością zazwyczaj są zdominowane przez ideę przeszłości jako odległej i nieobecnej, a w konsekwencji nieodwracalnej¹⁹. Nie oznacza to jednak, że współczesność jest całkowicie niezależna od historii. Owszem, przeszłości nie można przewyciężyć²⁰, można jednak przyjąć określoną wobec niej postawę. Właśnie owo odniesienie się państwa do prawnego dziedzictwa stanowi jeden z najważniejszych problemów prawnych współczesności. Warunkiem *sine qua non* takiego działania jest poprzedzający je racjonalny dyskurs, uzasadniający przyjęcie określonych rozstrzygnięć.

Prawo może i powinno być narzędziem odnoszenia się demokratycznego państwa do przeszłości²¹. Sprawy związane z prawnym rozliczeniem przeszłości dotyczą właściwie wszystkich fenomenów obowiązywania prawa, tj. tworzenia (ewentualna ingerencja ustawodawcy), stosowania (rola sądów), wykładni (problem oceny przeszłego systemu prawnego pod kątem współczesnych wartości), obowiązywania (kwestia prawnego charakteru ustaw nazistowskich: czy w ogóle można je uznać za obowiązujące prawo?) i przestrzegania prawa (czy możemy odmówić podporządkowania się zbrodniczemu prawu systemu totalitarnego?).

Odpowiedzią na dylematy prawne związane z procesem rozliczania przeszłości stała się koncepcja *transitional justice* (sprawiedliwości transformacyjnej²²). Przyjmuje się, iż kształtuje ona systemowe odniesienie się do przeszłości w państwach przechodzących proces transformacji ustrojowej. Sprawiedliwość transformacyjna posiada własny aparat organizacyjny, by wymienić chociażby specjalne instytucje pojednawcze czy wymierzające sprawiedliwość (sądy, różnego rodzaju komisje) i ustawodawstwo (ustawy lustracyjne, dekomunizacyjne).

¹⁹ B. Bevernage, *Time, Presence, and Historical Injustice*, „History and Theory” 2008, t. 47, nr 2, s. 149.

²⁰ „To, co się wydarzyło, nie może być przewyciężone. Można to pamiętać, zapomnieć lub zwalczać. Można się mścić, karać, wybaczać i żałować. Można to powtarzać, świadomie lub nieświadomie. Możemy być dotknięci tego skutkami tak, że nie wpływa to lub nie wpływa w określony sposób lub że właśnie wpływa w określony sposób na terażniejszość lub przyszłość. Ale co się stało, to się stało. Przeszłość jest nieosiągalna i nie można jej zmienić” (B. Schlink, *Vergangenheitsschuld und gegenwärtiges Recht*, Frankfurt am Main 2002, s. 89; podaję według polskiego tłumaczenia w: J. Zajadło, *Odpowiedzialność za Mur...*, s. 79).

²¹ Przekonanie o potrzebie wykorzystania instrumentarium prawnego w demokratycznym państwie prawa jest oczywiście wyrazem określonego stanowiska wobec funkcji prawa. Formulowanie opisowych sądów o prawie i jego działaniu możemy znaleźć w wielu wypowiedziach doktryny prawa, np. „Prawo służy rozwiązywaniu bieżących potrzeb” (B. Zdziennicki, *Ochrona konstytucyjnych praw i wolności przy zmianach w porządku prawnym. Znaczenie czynnika czasu dla zasady praworządności*, „Przegląd Sejmowy” 2008, R. 16, 5(88), s. 41); na temat funkcji prawa zob. I. Bogucka, *Funkcje prawa. Analiza pojęcia*, Zakamycze 2000.

²² W literaturze polskiej spotykamy kilka tłumaczeń angielskiego pojęcia *transitional justice*: sprawiedliwość transformacyjna, sprawiedliwość tranzycyjna, sprawiedliwość tranzytywna, sprawiedliwość okresu przejściowego. W tym artykule używane są zamiennie.

W literaturze przedmiotu brakuje jednoznacznej, ustalonej i akceptowanej jeżeli nie przez wszystkich, to przynajmniej przez większość autorów koncepcji *transitional justice*²³. Również etymologia pojęcia nie jest do końca jasna²⁴. Uznaje się, iż po raz pierwszy w doktrynie pojawiło się ono na początku lat pięćdziesiątych XX wieku²⁵. Od tego czasu, mimo ogromnej liczby publikacji próbujących sprecyzować jego zakres znaczeniowy, w dalszym ciągu stanowi ono pojęcie niedoprecyzowane, będące nadal przedmiotem analizy naukowej²⁶.

Pierwotnie kojarzono sprawiedliwość transformacyjną prawie wyłącznie z karnoprawnym rozliczeniem zbrodni reżimów niedemokratycznych przez powstałe na ich gruzach państwa demokratyczne²⁷. Owo działanie stanowiło bowiem bezpośredni skutek zmiany fundamentalnych założeń w ramach koncepcji sprawiedliwości²⁸. Z czasem dostrzeżono złożoność i różnorodność problemów prawnych związanych z rozliczaniem przeszłości, a jednocześnie ich pojawianie się nie tylko w państwach, które przechodziły gwałtowny proces transformacji, ale także w wielu demokracjach, które w przeszłości miały znaczne problemy z przestrzeganiem praw człowieka.

Sprawiedliwość transformacyjna postrzegana jest obecnie dwukierunkowo. Z jednej strony odnosi się do relatywnie krótkiego okresu historycznej, gwałtownej i rewolucyjnej transformacji społeczeństw i państw niedemokratycznych. Z drugiej zaś pojawia się też wtedy, gdy demokratyczne państwo i społeczeństwo, zarówno o świeżej, jak i utrwalonej demokracji, podejmują próbę uporania się z niesprawiedliwą przeszłością, kiedy istnieje w nich świadomość krzywd wyrządzonych w przeszłości i potrzeba ich rozliczenia w instytucjonalnych, prawnych i politycznych ramach demokratycznego państwa prawa²⁹. Zjawisko *transitional justice* dotyczy więc ogólnie pojętego problemu naprawienia niesprawiedliwej przeszłości, niezależnie od jego jakościowego, ilościowego, czasowego, przestrzennego czy problemowego wymiaru. Ważne jest przy tym zastrzeżenie, że odwołanie się do sprawiedliwości transformacyjnej stanowi co do zasady odpowiedź na naruszanie praw człowieka³⁰.

²³ Szerzej na ten temat zob. artykuł D. Dyzenhausa przedstawiający aż 11 różnych pozycji monograficznych poświęconych *transitional justice*: D. Dyzenhaus, *Transitional Justice*, „International Journal of Constitutional Law” 2003, vol. 1, nr 1, s. 163–175.

²⁴ L. Bickford, *Transitional justice* [w:] *The Encyclopedia of Genocide and Crimes Against Humanity*, Macmillan Reference USA, 2004, vol. 3, s. 1045–1047.

²⁵ Po raz pierwszy terminem *transitional justice* posłużyła się N.J. Kritz w trzytomowej publikacji poświęconej problemowi procesów rozliczania przeszłości; zob. *Transitional Justice: How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes*, red. N.J. Kritz, Washington (DC) 1995.

²⁶ Por. np. A.L. Boranie, *Transitional Justice: A Holistic Interpretation*, „Journal of International Affairs”, Fall/Winter 2006, s. 17–27; J.D. Ohlin, *On the Very Idea of Transitional Justice*, „The Whitehead Journal of Diplomacy and International Relations”, Winter/Spring 2007, s. 51–68.

²⁷ R. Siegel, *Transitional justice: a Decade and Debate and Experience*, „Human Rights Quarterly” 1998, nr 2, s. 433.

²⁸ Zob. R.G. Teitel, *Rządy prawa okresu transformacji*, „Ius et Lex” 2003, nr (II) 1, s. 56.

²⁹ L. Bickford, *Transitional justice...*, s. 1045–1047.

³⁰ Oficjalny publikator informacyjny International Center of Transitional Justice, *What is Transitional Justice?* 2008; dostępny na stronie internetowej: http://www.ictj.org/static/TJApproaches/WhatisTJ/ICTJ_WhatisTJ_pa2008_.pdf, [przeglądano 15 X 2009 r.], tłumaczenie własne.

Zjawisko sprawiedliwości transformacyjnej zidentyfikowano w wielu częściach świata. Wymienić tu można następujące obszary: państwa Afryki (Republikę Południowej Afryki, Sierra Leone), blok państw postkomunistycznych w Europie (Polska, Węgry, Czechy, Bułgaria, Niemcy, Rosja, Serbia), państwa Ameryki Łacińskiej (Argentyna, Chile).

W wąskim ujęciu sprawiedliwość transformacyjna dotyczy karnoprawnego rozliczania zbrodni reżimowych w państwach przechodzących proces transformacji ustrojowej. Są cztery podstawowe modele polityki wobec przeszłości:

- rezygnacja z rozliczania przeszłości, którą przyjęły Hiszpania, Chile, Białoruś i Rosja;
- warunkowa rezygnacja ze ścigania karnego, powiązana z uruchomieniem specjalnych instytucji mediacyjnych, czego przykładem może być Republika Południowej Afryki;
- ograniczone, częściowe dążenie do wymierzenia odpowiedzialności karnej, przyjęte w Bułgarii, Polsce, Argentynie, Grecji, Portugalii czy na Węgrzech;
- konsekwentne ściganie zbrodniarzy poprzedniego reżimu, na które zdecydowali się Niemcy³¹.

W przeszłości odnajdujemy wiele przykładów historycznych krzywd i niesprawiedliwości wyrządzonych jednym narodom przez inne narody, obywatelom przez ich własne państwa, jednostkom przez jednostki. Związane z nimi są liczne procesy karne i restytucyjne. Wśród istotnych prawnych sytuacji rozliczenia się ze „złą” przeszłością wyróżnić możemy: rozwiązywanie problemów z przeszłości między narodami, państwami, społecznościami, które można określić mianem rozliczeń zewnętrznych. Są to: 1) rozliczenia (pozostałości) po II wojnie światowej, 2) rozliczenia będące następstwem kolonializmu, rozliczanie zbrodni totalitaryzmów wobec ich własnych obywateli, jednostek i społeczności, czego przykładem mogą być tzw. procesy strzelców przy Murze Berlińskim, a które można określić jako rozliczenia wewnętrzne, odbywające się w ramach danego państwa, złożone sprawy wymagające rozliczeń wewnętrznych i zewnętrznych.

Sprawiedliwość tranzycyjna może dotyczyć różnych problemów, nie tylko o proweniencji karnoprawnej. Reakcją na naruszenia praw człowieka w przeszłości są współcześnie zarówno próby pociągnięcia do odpowiedzialności karnej ich bezpośrednich sprawców, także ich mocodawców, jak i podniesienie kwestii zbiorowej odpowiedzialności cywilnoprawnej państwa z tytułu wyrządzonej szkody lub krzywdy. Zjawisko cywilnoprawnej odpowiedzialności za historycznie wyrządzone krzywdy w państwach o ustabilizowanym ustroju demokratycznym związane jest ponadto z rozwojem wrażliwości społecznej na standardy dotyczące praw człowieka. Roszczenia związane z negatywnym doświadczeniem historycznym pojawiają się nie tylko w państwach przechodzących proces transformacji ustrojowej, ale też w Stanach Zjednoczonych, Wielkiej Brytanii, Australii, Nowej Zelandii czy Kanadzie³². Wiele z tych państw musi uporać się z marginalizacją, wykorzystywaniem, a niejednokrotnie i ludobójstwem

³¹ Zob. J. Zajadło, *Polnischer ...*, s. 370–371.

³² M. Chowdry, Ch. Mitchell, *Responding to Historic Wrongs: Practical and Theoretical Problems*, „Oxford Journal Legal Studies” 2007, vol. 27, nr 2, s. 339–354.

społeczności autochtonicznych³³. Problem rozliczania przeszłości pojawia się w każdym państwie, które podejmuje próbę zrozumienia, wyjaśnienia i naprawienia politycznie złej przeszłości³⁴.

Zjawisko sprawiedliwości transformacyjnej ma szeroki zasięg terytorialny i problemowy, obejmuje liczną grupę państw i dotyczy wielu zjawisk. Według typologii przedstawionej przez R.G. Teitel, sprawiedliwość transformacyjna obejmuje:

- *criminal justice* (sprawiedliwość karną),
- *historical justice* (sprawiedliwość historyczną),
- *reparatory justice* (sprawiedliwość restytucyjną),
- *administrative justice* (sprawiedliwość administracyjną),
- *constitutional justice* (sprawiedliwość konstytucyjną)³⁵.

W ciągu kilku dekad sprawiedliwość transformacyjna stała się istotnym zagadnieniem badawczym, zwłaszcza w dziedzinie nauk prawnych. Problemy badawcze dotyczą: kwestii ogólnych³⁶, specjalnych instytucji publicznych powołanych do osiągnięcia celów transformacji, np. komisji prawdy i pojednania³⁷, praw człowieka³⁸, problematyki karnoprawnej³⁹, zagadnień cywilistycznych (odszkodowania, zadośćuczynienia, restytucje)⁴⁰, sporów politycznych (lustracja, dekomunizacja)⁴¹. Badania nad *transitional justice* mają charakter interdyscyplinarny, a ich *iunctim* stanowi refleksja filozoficznoprawna.

³³ Na temat różnych problemów tego typu zob. E. Barkan, *The Guilt of Nations: Restitution and Negotiating Historical Injustices*, Baltimore–London 2000.

³⁴ Na temat roli prawa w społeczeństwach podejmujących próbę wydostania się z brutalnej przeszłości zob. Ch. Bell, C. Campell, F. Ni Aloain, *Justice Discourses in Transition*, „Social & Legal Studies” 2004, vol. 13 (3), s. 305–328.

³⁵ R.G. Teitel, *Transitional justice*, New York–Oxford 2002, s. 27–211; *idem*, *Transitional Justice Genealogy*, „Harvard Human Rights Journal” 2006, vol. 16, s. 69–94; R.G. Teitel, *The Law and Politics of Contemporary Transitional Justice*, „Cornell International Law Review” 2005, vol. 38, s. 837–862.

³⁶ Zob. M. Albon, *The Project on Justice in Transition*, New York 2004; *Dealing with the Past: Truth and Reconciliation in South Africa*, red. A. Boraine, R. Scheffer, Cape Town 1994; R.G. Teitel, *Transitional...*

³⁷ Zob. *Facing the Truth: South African Faith Communities and the Truth and Reconciliation Commission*, red. J. Cochrane, J.W. De Gruchy, S. Martin, Cape Town 1999; S. Cohen, *Justice in Transition? Prospects for a Palestinian – Israeli Truth Commission*, „Middle East Report” 1995, nr 2–5.

³⁸ Zob. R. Bacic, *Dealing with the Past: Chile – Human Rights and Human Wrongs*, „Race & Class” 2002, R. 44, nr 1, s. 17–31; J. Zalaquett, *Confronting Human Rights Violations Committed by Former Governments: Principles Applicable and Political Constraints*, „Hamline Law Review” 1990, R. 13, nr 3, s. 623–660.

³⁹ Zob. P. Akhavan, *Beyond Impunity: Can International Criminal Justice Prevent Future Atrocities?*, „American Journal of International Law” 2001, 95, nr 1, s. 7–31; A. MacAdams, *The Honecker Trial: The East German Past and the German Future*, „Review of Politics” 1996, R. 58, nr 1, s. 53–80.

⁴⁰ Zob. *Calling Power to Account. Law, Reparations and the Chinese Canadian Head Tax Case*, red. D. Dyzenhaus, M. Moran, Toronto–Buffalo–London 2005; J. Edelstein, *Rights, Reparations and Reconciliation: Some Comparative Notes*, Johannesburg 1994; E. Barkan, *The Guilt...; State Responsibility and the Individual: Reparation in Instances of Grave Violations of Human Rights*, red. A. Randelzhofer, Ch. Tomuschat, Hague 1999.

⁴¹ Zob. P. Bren, *Lustration in the Czech and Slovak Republics*, „RFE/RL Research Reports” 1993, nr 29, s. 16–22; M. Królikowski, *Lustracja, projekt nowelizacji*, druk sejmowy 1258, Warszawa 2007, s. 5, [http://parl.sejm.gov.pl/WydBAS.nsf/0/FB5F3727905FD5FFC125726E004EF3A6/\\$file/ppc_1-7%5B1%5D.pdf](http://parl.sejm.gov.pl/WydBAS.nsf/0/FB5F3727905FD5FFC125726E004EF3A6/$file/ppc_1-7%5B1%5D.pdf) [przełączano 16 X 2009 r.].

Dla szeroko rozumianego prawnego procesu rozliczania przeszłości charakterystyczne są przede wszystkim spory o dopuszczalne granice tego procesu, możliwość uznania obowiązującego w przeszłości ustawodawstwa za bezprawne, wyjście poza klasyczne, pozytywistyczne ujęcie prawa stanowionego, wreszcie o rolę sądów i władzy ustawodawczej w tym procesie.

Istnieje kilka określeń tej formuły sprawiedliwości: *transitional justice*, *retrospective justice* (sprawiedliwość retrospektywna), *Vergangenheitsbewältigung* (przezwyciężanie przeszłości)⁴². Wskazują one na specyficzne uwarunkowania i ukierunkowania polityki oraz wynikający z nich stosunek do historii, subtelne lawirowanie między akcentami położonymi na przeszłość, teraźniejszość i przyszłość. Problemy związane z *transitional justice* należą zresztą nie tylko do nauk prawnych, lecz także do teorii polityki, socjologii czy filozofii. Rozwojowi badań nad omawianym pojęciem sprzyja fakt, że w 2001 r. powstało w Nowym Jorku Międzynarodowe Centrum Sprawiedliwości Tranzycyjnej (*International Center for Transitional Justice*)⁴³. Ponadto na całym świecie rozwijają się ośrodki naukowo-badawcze, zajmujące się sprawiedliwością transformacyjną, jak np. *African Transitional Justice Research Network*⁴⁴, *Institute for Justice and Renconciliation*⁴⁵ czy *Transitional Justice Institute – University of Ulster*⁴⁶. W ten sposób *transitional justice* stała się nie tylko pojęciem z dziedziny filozofii prawa, lecz *sui generis* instytucją⁴⁷. O aktualności i znaczeniu problemu we współczesnej nauce świadczy również wydawanie przez wydawnictwo Oxford University Press czasopisma „The International Journal of Transitional Justice”, poświęconego wyłącznie zagadnieniom sprawiedliwości związanej z procesami rozliczania przeszłości⁴⁸.

Spróbujmy w tym miejscu wyznaczyć zakres znaczeniowy terminu *transitional justice*, odpowiadając na pytanie o istotę zjawiska. Czym jest owa sprawiedliwość okresu przejściowego z punktu widzenia prawa? Wiadomo na pewno, czym nie jest – zwyczajnym wymierzaniem sprawiedliwości. Przecież każdy proces cywilny czy karny jest w zasadzie rozliczaniem jakiejś przeszłości. Ktoś coś ukradł bądź nie oddał pożyczonych pieniędzy. Sąd bada, czy coś się wydarzyło oraz decyduje o skutkach prawnych płynących z takiego, a nie innego ustalenia faktów mających miejsce w przeszłości⁴⁹. Nie o takie – typowe stosowanie prawa tutaj chodzi. Rudymentarnym desygnatem wyróżniającym zjawisko *transitional justice* jest szeroko rozumiane przekształcenie systemu normatywnego, z którym wiąże się zmiana fundamentalnych założeń sprawiedliwości. To, co dotychczasowe państwo/prawo uznawało za sprawiedliwe, staje się z punktu widzenia nowego państwa/prawa niesprawiedliwe. Możliwa jest również taka sytuacja, w której państwo, gdzie prawo było fikcją, zmienia się w rzeczywiste państwo prawa. Samemu prawu natomiast przywraca się jedno z jego podstawowych zadań,

⁴² Zob. J. Zajadło, *Po co prawnikom...*, s. 57.

⁴³ Więcej informacji na temat tej instytucji zob.: <http://www.ictj.org/en/index.html> [przeglądano 15 X 2008 r.].

⁴⁴ <http://www.transitionaljustice.org.za/> [przeglądano 14 X 2009 r.].

⁴⁵ <http://www.ijr.org.za/> [przeglądano 14 X 2009 r.].

⁴⁶ <http://www.transitionaljustice.ulster.ac.uk/> [przeglądano 14 X 2009 r.].

⁴⁷ J. Zajadło, *Polityka wobec przeszłości...*

⁴⁸ Strona internetowa czasopisma: <http://ijj.oxfordjournals.org/> [przeglądano 15 X 2008 r.].

⁴⁹ Przykładowo na temat stosowania przepisów ustawy karnej zob. J. Warylewski, *Prawo karne...*, s. 119.

jakim jest zadośćuczynienie za zaistniałe niesprawiedliwości. W takich momentach trzeba zachować szczególną ostrożność, ponieważ „prawo, które nie respektuje zasad sprawiedliwości, jest prawem moralnie nagannym, lecz – z drugiej strony – prawo, które dąży do realizacji wyłącznie zasady sprawiedliwości kosztem wszelkich innych wartości społecznych, także nie zasługuje na pochwałę”⁵⁰. Błędem byłoby jednak utożsamianie zjawiska *transitional justice* jedynie z prostym problemem temporalnego obowiązywania prawa czy jego oceną z punktu widzenia sprawiedliwej bądź niesprawiedliwej treści. *Transitional justice* dotyczy napięć zachodzących między trzema głównymi elementami idei prawa: bezpieczeństwem, celowością i sprawiedliwością⁵¹. Z tego punktu widzenia pojęcie sprawiedliwości jest treścią zjawiska *transitional justice*, celowość dotyczy odpowiedzi na pytanie o jego sens, np. czy zasada rządów prawa wymaga naprawienia błędów niedemokratycznej przeszłości, natomiast pojęcie bezpieczeństwa dotyczy jego formy, a zatem: granic, metod i możliwości.

Za należącą do *transitional justice* uznaję w zasadzie każdą próbę rozrachunku współczesnego demokratycznego państwa prawa z przeszłością, dokonywaną także za pomocą prawa, a będącą rezultatem zmiany paradygmatu sprawiedliwości zarówno w systemie prawa, jak i poza tym systemem. Możliwa jest tu sytuacja, w której dawny system normatywny stał w całkowitej sprzeczności z powszechnie uznanymi wartościami moralnymi społeczeństwa, lub też taka, w której to społeczeństwo samo przewartościowało swój system wartości. Jeżeli w rezultacie wykorzystania prawa do rozliczenia przeszłości powstaje stan szczególnego, wyrazistego napięcia między bezpieczeństwem, celowością i sprawiedliwością, mamy do czynienia z *transitional justice*. Jeżeli jednak napięcie pomiędzy tymi trzema elementami idei prawa nie cechuje się specjalną intensywnością ani wyrazistością, zjawisko *transitional justice* nie występuje. Oczywiście, taka ocena może dotyczyć jedynie konkretnej sytuacji.

Można powiedzieć, że częścią ogólnie pojętej sprawiedliwości, będącej immanentną cechą państwa demokratycznego, jest sprawiedliwość odnosząca się do przeszłości, określana jako sprawiedliwość tranzycyjna. Jest to jednak sprawiedliwość szczególnego rodzaju. Jej zadaniem jest zniwelowanie skutków naruszenia praw człowieka, bezprawnych działań, zadośćuczynienie pokrzywdzonym, przywrócenie ładu moralnego, wyrównanie krzywd. Owe działania muszą jednak pozostać w zgodzie z bezpieczeństwem i celowością w prawie. W tym miejscu pojawia się zasadnicza kontrowersja w rozliczaniu przeszłości. Podnosi się bowiem, że nie wolno negocjować mocy obowiązującej przeszłego prawa tylko dlatego, iż obecnie uznajemy je za niesprawiedliwe i zbrodnicze, a w konsekwencji zasadnie twierdzić, że wszelkie przeszłe działania totalitarnego państwa były w istocie swojej bezprawne. Nie ma zgody co do tego, czy możemy retroaktywnie stosować nasz system wartości, także prawnych, do oceny działań w innym otoczeniu prawnym i aksjologicznym.

⁵⁰ Cyt. za. W. Sadurski, *Teoria sprawiedliwości. Podstawowe zagadnienia*, Warszawa 1988, s. 266.

⁵¹ Szerzej na temat Radbruchowskiej koncepcji prawa opartej na eksponowaniu napięć pomiędzy bezpieczeństwem, celowością i sprawiedliwością zob. J. Zajadło, *Bezpieczeństwo – celowość – sprawiedliwość: antynomie idei prawa*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2002, t. 9, s. 233–248; *idem*, *Formuła „Gesetz und Recht”*, „Ius et Lex” 2002, nr (I) 1, s. 37–49.

Szczególnie problemy te ujawniły się w rozliczeniach po II wojnie światowej. Prowadzone wówczas dyskusje filozoficznoprawne dotyczyły natury i definicji prawa w powiązaniu z problemem jego rażąco niesprawiedliwej treści, albowiem „prawo może być źródłem wielkiego zła w tym oczywiście znaczeniu, że zła dokonują ludzie, jednak prawo często przyczynia się do tego zła, ułatwiając jego dokonanie”⁵².

Mówiąc o rażąco niesprawiedliwym, „złym, zbrodniczym” prawie w systemach prawnych świata zachodniego, najłatwiej wskazać prawo obowiązujące w III Rzeszy. To właśnie spór o charakter tamtego ustawodawstwa i powojenne propozycje rozwiązania problemów wynikających z konieczności rozliczenia nazistowskiej przeszłości stały się przyczynkiem do powstania jednej z najciekawszych koncepcji filozoficznoprawnych, eksponujących napięcia między wymogami pozytywizmu prawniczego a koniecznością uporania się ze zbrodniczą przeszłością i nieludzkim prawem.

W 1946 r. Gustaw Radbruch, poszukując rozwiązania konfliktu między bezpieczeństwem (*Rechtssicherheit*), celowością (*Zweckmäßigkeit*) i sprawiedliwością (*Gerechtigkeit*) w prawie, pisał: „Konflikt pomiędzy sprawiedliwością i bezpieczeństwem prawnym należałoby rozwiązać w ten sposób, ażeby prawo pozytywne zagwarantowane przez ustawodawstwo i władzę państwową miało pierwszeństwo również i wtedy, gdy treściowo jest niesprawiedliwe i niecelowe, chyba że sprzeczność ustawy pozytywnej ze sprawiedliwością osiąga taki stopień, że ustawa jako »prawo niesprawiedliwe« powinna ustąpić sprawiedliwości. Przeprowadzanie ostrzejszej linii między przypadkami bezprawia ustawowego a ustawami obowiązującymi pomimo swej niesprawiedliwej treści nie jest możliwe. Można jednak z całą ostrością wytoczyć linię graniczną: tam, gdzie nigdy nie dąży się do sprawiedliwości, gdzie równość będąca rdzeniem sprawiedliwości odrzucana jest świadomie przy stanowieniu prawa pozytywnego, tam trudno mówić, że ustawa jest jedynie »prawem niesprawiedliwym«, gdyż traci ona w ogóle naturę prawa. Nie można bowiem prawa w ogóle, a w tym prawa pozytywnego, określić inaczej niż jako porządek i stanowienie, które zgodnie ze swą istotą są przeznaczone służyć sprawiedliwości”⁵³. Niniejszy cytat zawiera istotę rozumowania określanego w filozofii prawa jako formuła Radbrucha, zakładającego, iż norma prawna, która narusza najistotniejsze, rudymenarne normy moralne, nie jest tak naprawdę normą prawną. Możliwie najprostszą definicję ustawowego bezprawia w rozumieniu Radbrucha podaje Robert Alexy: „rażąca niesprawiedliwość nie jest prawem”⁵⁴.

Zdaniem Radbrucha, w systemach prawnych, w których prawo stanowione (ustawodawstwo) jest najważniejszym źródłem norm prawnych, sędziowie są zobligowani do stosowania zasad z niego wynikających. Nie mogą przy tym zwracać uwagi na ich wymowę moralną, nawet gdy akty te przeczą określone

⁵² Cyt. za J. Raz, *About Morality and the Nature of Law*, 48 AM J. Juris. I, 1 n.1 (2003) za: V. G. Curran, *Racism's Past and Law's Future*, „Vermont Law Review” (Spring) 2004, 28 Vt. L. Rev. 683, s. 692 (tłumaczenie własne).

⁵³ Cyt. za G. Radbruch, *Ustawowe bezprawie i ponadustawowe prawo*, „Süddeutsche Juristen Zeitung” 1946, według tłumaczenia polskiego w: M. Szyszkowska, *Zarys filozofii prawa*, Białystok 2000, s. 262.

⁵⁴ Cyt. za R. Alexy, *O pojęciu i naturze prawa*, „Ius et Lex” 2007, nr (V) 1, s. 381.

systemowi wartości. Jeżeli jednak prawo pozytywne (ustawodawstwo) jest sprzeczne z zasadami humanitaryzmu i sprawiedliwości w stopniu nie do zaakceptowania, wówczas sędziowie mogą je pominąć. Możemy tutaj wyróżnić dwa rodzaje norm: takie, których zastosowanie prowadzi do powstania stanu niesprawiedliwości lub faktycznego bezprawia, oraz takie, które od samego początku nie są prawem⁵⁵. Stan, w którym ustawodawstwo jest sprzeczne z zasadami humanitaryzmu i sprawiedliwości w stopniu niemożliwym do przyjęcia, ma miejsce wtedy, gdy w normach prawnych tego ustawodawstwa odnajdziemy świadomy zamiar zaprzeczenia równości, która jest istotą sprawiedliwości. Mamy wówczas do czynienia z ustawowym bezprawiem (*gesetzliches Unrecht*), które nie zasługuje na miano prawa. Pozytywizm prawniczy czyni nas ponadto bezbronnymi wobec takiego niesprawiedliwego prawa⁵⁶.

Autor koncepcji ustawowego bezprawia kierował ją przeciwko ustawom rażąco sprzecznym z podstawowymi prawami człowieka, czyli nazistowskiemu ustawodawstwu III Rzeszy, zezwalającemu na zabijanie w majestacie prawa⁵⁷. O ustawowym bezprawiu mówi się jako o „niehumanitarnej ustawie” (*das unmenschliche Gesetz*)⁵⁸. Rażąca sprzeczność prawa pozytywnego ze sprawiedliwością pojawia się wówczas, gdy prawo stanowione nie gwarantuje praw człowieka, odrzuca fundamentalne prawa jednostki, niweczy równość i sprawiedliwość. Najlepszym przykładem tak pojmowanego ustawowego bezprawia były tzw. ustawy norymberskie z 15 sierpnia 1935 roku⁵⁹.

Formuła Radbrucha została wielokrotnie wykorzystana w orzecznictwie sądów w procesie rozliczania przeszłości zarówno nazistowskiej (po 1945 r.), jak i komunistycznej (po 1990 r.)⁶⁰. Wypada także zauważyć, że w wielu wypadkach sądy były w stanie dokonać rozliczenia przeszłości bez konieczności powoływania się na tezy w niej zawarte⁶¹. Niemniej stosowano ją powszechnie w procesie rozliczania negatywnego dziedzictwa historycznego, w dyskursie naukowym stała się pojęciem wręcz symbolicznym, niezależnie od przypisywanego pozytywnego lub pejoratywnego wydźwięku⁶². Stanowi bowiem antytezę słynnego stwierdzenia Hansa Kelsena, wyrażającego pozytywistyczną koncepcję prawa: „Stąd każda dowolna treść może być treścią prawa”⁶³.

⁵⁵ Autor artykułu pomija szczegółową analizę poszczególnych tez składających się na formułę Radbrucha i wynikających z tego faktu rozbieżności.

⁵⁶ Ze względu na ramy niniejszej pracy zrezygnowano z rozważań na temat konkretnych zarzutów wobec tez przedstawionych przez G. Radbrucha.

⁵⁷ J. Zajadło, *Odpowiedzialność za Mur...*, s. 89.

⁵⁸ W. Ott, *Radbruch'sche Formel. Pro und Contra*, „Zeitschrift für Schweizerisches Recht” 1988, nr 107, s. 335–357.

⁵⁹ J. Zajadło, *Filozofia prawa a prawo karne. Studium tzw. Maeürschutzen*, „Ius et Lex” 2003, nr (II) 1, s. 187, przyp. 33.

⁶⁰ Zob. K. Opałek, *Główne kierunki niemieckiej teorii i filozofii prawa po II wojnie światowej* [w:] *idem, Studia z teorii i filozofii prawa*, Kraków 1997, s. 17; na temat problemu rozrachunku z komunistyczną przeszłością w Niemczech zob. J. Zajadło, *Odpowiedzialność za Mur...*

⁶¹ J. Rivers, *Gross Statutory Injustice and the Head Tax Case* [w:] *Calling Power to Account. Law, Reparations and the Chinese Canadian Head Tax Case*, red. D. Dyzenhaus, M. Moran, Toronto–Buffalo–London 2005, s. 241.

⁶² *Ibidem*.

⁶³ Cyt za. H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Wien 1960, s. 201.

Czy rację ma Radbruch, gdy mówi, że prawo, które w ogóle nie dąży do sprawiedliwości i będącej jej rdzeniem równości, nie jest prawem, tylko ustawowym bezprawiem? Dylemat ten powrócił pod koniec lat pięćdziesiątych ubiegłego wieku w trakcie dyskusji o istocie prawa między H.L.A. Hartem a L.L. Fullerem. Ich polemika toczyła się przede wszystkim wokół odwiecznego sporu między pozytywizmem prawniczym a prawem natury, nie miała jednak charakteru jednolitego. Wśród szczegółowych zagadnień w niej poruszanych odnajdujemy pytanie o rolę prawa w procesie rozliczenia przeszłości w kontekście wymogów demokratycznego państwa prawa.

Czy prawo, ustanowione zgodnie z regułami przyjętymi w danym systemie normatywnym, zawsze zasługuje na miano prawa, niezależnie od tego, jaką treść wyraża, nawet wówczas, gdy jest prawem „złym”? Hart przyjmował, że między prawem a moralnością nie ma koniecznego związku⁶⁴. Nawet prawo złe, niesprawiedliwe i niemoralne pozostaje prawem, istnieje tylko możliwość jego nieprzestrzegania, natomiast nie ma to znaczenia z punktu widzenia jego statusu prawnego i obowiązywania. Propozycja Harta wychodziła z założenia, iż istnieją dwa zasadnicze pojęcia prawa – węższe (*concept narrow of law*) i szersze (*wider concept of law*)⁶⁵. Jego zdaniem, węższym pojęciem prawa posługują się doktryny prawa natury, które zakładają esencjalizm etyczno-prawny, co powoduje uznawanie za prawo wyłącznie takich norm, które nie są niemoralne. Pozytywizm z kolei odnosi się do szerszego pojęcia prawa, zgodnie z którym prawem są reguły, które zostały formalnie ustanowione i obowiązują pomimo swojej moralnej, a nawet niemoralnej treści. Nie ma bowiem koniecznego związku pomiędzy prawem a moralnością. Owszem, związek taki może zachodzić, ale nie jest on decydujący dla bytu prawa jako takiego. Wychodząc z tych założeń, Hart skrytykował powojenne propozycje Radbrucha, odnoszące się do koncepcji ustawowego bezprawia oraz uznał za nieuzasadnione oskarżenie Radbrucha pod adresem pozytywizmu prawniczego, zarzucając mu brak racjonalnej argumentacji. Ponadto przestrzegał przed wykorzystaniem formuły Radbrucha w orzecznictwie sądowym, gdyż prowadzi to do zastąpienia prawa moralnością. W rezultacie, jeżeli chcemy dokonywać rozliczenia przeszłości, to najskuteczniejszą i właściwą drogą ku temu jest jednoznaczna ingerencja ustawodawcza.

Radbruch zakładał, że jeżeli prawo jest niesprawiedliwe, nie jest prawem, ponieważ prawo i sprawiedliwość wiążą się nieodłącznie⁶⁶. Jego stanowisko było w sposób oczywisty sprzeczne z poglądem pozytywizmu prawniczego, w myśl którego moc prawna może być nadana wartościom i normom jedynie wskutek włączenia ich do systemu prawnego przez właściwe mechanizmy i instrumenty, czyli źródła powstania prawa. Gdyby formuła Radbrucha ograniczała się jedynie do posługiwania się kryterium sprawiedliwości w moralnej ocenie prawa, nie stanowiłaby intelektualnego wyzwania dla pozytywizmu prawniczego, który ze swojej istoty i w konsekwencji przyjęcia tezy o braku istnienia koniecznego

⁶⁴ Por. H. Hart, *Pojęcie prawa*, tłum. J. Woleński, Warszawa 1998, s. 211–285.

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ Zob. G. Radbruch, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, „Süddeutsche Juristenzeitung” 1946, nr 1, s. 105–108.

związku między prawem a moralnością⁶⁷, jest wobec tego problemu zasadniczo obojętny⁶⁸. Pozytywistyczne podejście do prawa odwołuje się przede wszystkim do sposobu i formy ustanowienia normy prawnej, a nie jej treści⁶⁹. Źródłem konfliktu między formułą Radbrucha a pozytywizmem prawniczym jest przede wszystkim fakt, że Radbruch utrzymywał, iż sędziowie mogą odmówić ważności normom prawnym, chociaż zostały one włączone do systemu prawnego zgodnie z jego założeniami. Uprawnienie to, zdaniem Radbrucha, sędziowie posiadają nawet w opozycji do zasad, które określają źródła prawa wewnątrz tego systemu i które potwierdzają, że sędziowie nie mają takich kompetencji⁷⁰. W artykule *Gesetz und Recht* Radbruch pisał: „Sędzia jest wprawdzie związany ustawą, ale jego rola i godność nie pozwalają, by musiał stosować ustawy, które są oczywiście i rażąco sprzeczne z ideą prawa, normą, która wprost obraża żyjące w narodzie poczucie prawa i bezprawia, narodową moralność”⁷¹. Z tym właśnie nie zgadzał się Hart. W jego ocenie jednostka może co prawda odmówić przestrzegania niemoralnego prawa, ale nie oznacza to, że wskutek braku oczekiwanych przez jego adresatów treści moralnych prawo przestaje być prawem. Sądy nie mogą dyskwalifikować norm prawnych, odmawiać im mocy prawnej nawet ze względu na ich rażącą, niesprawiedliwą treść. Czy jednak rzeczywiście jest tak, że sądy pozbawione są całkowicie możliwości orzekania w okresach rewolucyjnych przełomów? Czy konieczna jest dla tego celu świadoma ingerencja ustawodawcza?

Krytykiem stanowiska Harta, a jednocześnie obrońcą propozycji Radbrucha, był Fuller⁷². Jego koncepcja wewnętrznej moralności prawa (*the morality of law*) stanowi szczególnego rodzaju doktrynę prawa natury. Fuller przedstawił osiem wymogów dotyczących konstruowania i stosowania systemu norm, których spełnienie implikuje powstanie systemu prawnego⁷³. Fuller uważał, że o wiele ważniejsze od ontologicznej definicji prawa jest poszukiwanie odpowiedzi na pytanie: czym jest dobre prawo? Takie podejście nie pozwoliło mu uznać, że w systemie nazistowskim było prawo, ponieważ było to prawo zbrodnicze⁷⁴. Fuller odpierał też zarzuty Harta pod adresem Radbrucha. Po pierwsze nie zgodził się z tezą, jakoby zastosowanie formuły Radbrucha wprowadzało niepotrzebny zamęt do dyskusji dotyczącej moralności prawa. Ponadto podnosił, że Radbruch także proponował w pewnych przypadkach uchwalenie retroaktywnego ustawodaw-

⁶⁷ Oczywiście takie stanowisko dotyczące pozytywizmu prawniczego jest celowym uproszczeniem przyjętym na potrzeby niniejszej pracy.

⁶⁸ M. Chowdry, Ch. Mitchell, *Responding...*, s. 348.

⁶⁹ S. Wronkowska, Z. Ziemiński, *Zarys teorii prawa*, Poznań 2001, s. 48.

⁷⁰ M. Chowdry, Ch. Mitchell, *Responding...*, s. 348.

⁷¹ Cyt. za G. Radbruch, *Ustawa i prawo*, tłum. J. Zajadło, „Ius et Lex” 2007, nr (V) 1, s. 163.

⁷² Podkreślić jednak należy, że Fuller dopasowuje formułę Radbrucha do swojej koncepcji wewnętrznej moralności prawa.

⁷³ Wymogi te (wewnętrznej moralności prawa) można określić jako: 1) ogólność prawa, 2) ogłaszanie prawa, 3) zakaz retroakcji (dopuszczalne są pewne wyjątki), 4) jasność prawa, 5) nakaz unikania sprzeczności w prawie, 6) zakaz nakładania na adresatów norm prawnych obowiązków niemożliwych do spełnienia, 7) trwałość prawa w czasie (brak częstych zmian), 8) zgodność między działaniem organów publicznych a prawem (za P. Sut, *Moralność prawa [w:] Leksykon współczesnej teorii i filozofii prawa*, red. J. Zajadło, s. 195).

⁷⁴ L.L. Fuller, *Positivism and Fidelity to Law – A Reply to Professor Hart*, „Harvard Law Review” 1958, t. 71, nr 4, s. 646.

stwa⁷⁵. Jego zdaniem, propozycja Radbrucha była uwarunkowana szczególnie trudną sytuacją, w jakiej znalazły się sądy niemieckie po II wojnie światowej⁷⁶. Działania niemieckich sądów miały bowiem zapobiec samosądom. Gwałtowność transformacji nie pozwalała spokojnie oczekiwać na zmiany w ustawodawstwie. Gdyby sądy czekały na wejście w życie retroaktywnych ustaw karnych, najprawdopodobniej ludzie sami wymierzyliby sprawiedliwość⁷⁷.

W późniejszym okresie Fuller bardzo szeroko przedstawił propozycje rozwiązania problemu rozliczenia przeszłości⁷⁸. Dotyczyły one konkretnego przypadku odpowiedzialności karnej donosiciela w systemie totalitarnym, sązonego po obaleniu tego systemu, a zatem w ramach gwałtownej transformacji ustrojowej. Były też nawiązaniem do koncepcji Harta i Radbrucha. Ich istotę można podsumować w pięciu założeniach:

1) legalizmu, który uznaje niemożność współczesnego potraktowania jako bezprawnych działań, które w przeszłości były zgodne z prawem,

2) prawnej niemożności, która skutkuje przyjęciem tezy, iż nie możemy państwa bezprawia oceniać pod kątem standardów demokratycznego państwa prawa,

3) indywidualnej oceny każdego przypadku, która powoduje uzależnienie problemu odpowiedzialności od jednoznaczności sprawy; tam, gdzie sprawa wydaje się jednoznaczna, nie powinniśmy powstrzymywać się od podejmowania rozliczenia przeszłości,

4) koniecznej ingerencji ustawodawcy, która zakłada rozstrzygnięcie problemu poprzez przyjęcie ustawodawstwa ze skutkiem retroaktywnym,

5) świadomej rezygnacji z podejmowania prób rozwiązywania problemu za pomocą instrumentarium prawnego, która jest jednoznaczna z cichym przyzwoleniem na samosądy, dzisiaj powiedzielibyśmy „sprawiedliwość zwycięzców”⁷⁹.

Przedstawione wyżej uwagi mają decydujące znaczenie dla współczesnego odnoszenia się władzy ustawodawczej, wykonawczej, a przede wszystkim sędziowskiej do przeszłego porządku prawnego. W przypadkach rewolucyjnych zmian, gdy następuje odcięcie się od starego reżimu, sądy często oceniają przeszły system prawny pod kątem nowych zasad prawnych, wywiedzionych z wartości państwa demokratycznego. Tak wielokrotnie postąpiły sądy, dokonując rozliczenia II wojny światowej, także sądy niemieckie, rozliczając komunistyczną przeszłość Niemieckiej Republiki Demokratycznej, a nawet Europejski Trybunał Praw Człowieka. Charakterystyczne dla prawa w okresie gwałtownej transformacji ustrojowej jest odwoływanie się do prawa naturalnego, wyjście poza pozytywistyczne pojmowanie prawa. „W okresach przełomu politycznego przewagę uzyskuje tendencja do sięgania po normy prawa naturalnego, w szczególności gdy chodzi o wykluczenie z zastosowania norm dawnego porządku prawnego”⁸⁰.

⁷⁵ Por. G. Radbruch, *Die Erneuerung des Rechts*, „Die Wandlung” 1947, nr 2.

⁷⁶ L.L. Fuller, *Positivism and Fidelity...*, s. 655.

⁷⁷ *Ibidem*.

⁷⁸ Zob. L.L. Fuller, *Moralność prawa*, tłum. S. Amsterdamski, Warszawa 1978, s. 311–321.

⁷⁹ *Ibidem*; klasyfikację oparłem na propozycji J. Zajadło, *Pogoda dla donosicieli [w:] Fascynująca ścieżki...*, s. 27–30.

⁸⁰ Cyt. za A. Zoll, *Związanie sędziego ustawą [w:] Konstytucja i gwarancje jej przestrzegania. Księga pamiątkowa ku czci prof. Janiny Zakrzewskiej*, Warszawa 1996, s. 246.

Gwałtowne przeobrażenia związane z upadkiem niedemokratycznych reżimów wyjątkowo często wiążą się z renesansem idei prawa natury⁸¹. Znaczenie doktryny prawa natury jest tym większe, im bardziej przeszłe prawo i państwo miały charakter sprzeczny z podstawowymi prawami człowieka, które przecież są praw natury emanacją. W procesie rozliczenia przeszłości ważna jest nie tylko ingerencja ustawodawcy, również od sądów wymaga się podjęcia prób rozstrzygnięcia w konkretnych sprawach i wymierzania sprawiedliwości w ramach demokratycznego państwa prawa.

Ukazane wyżej dylematy pokazują, że legalistyczny stosunek do demokratycznego państwa prawa, wyrażający się w krytycznej ocenie rozliczenia przeszłości, nie jest jedyną, uzasadnioną wymogami racjonalnego dyskursu, postawą wobec przeszłego ustawodawstwa i niehumanitarnej przeszłości. Oczywiście, rozliczenie przeszłości może przyjmować różny zakres, metody oraz uzasadnienie, jednak podstawowym problemem państw, które przeszły gwałtowny proces transformacji ustrojowej, pozostaje prawne odniesienie się do ich negatywnej przeszłości. Jest to zagadnienie niezwykle złożone, niepozwalające na uproszczenia i generalizacje, dlatego też naganne jest zaniechanie w tej materii, którego dopuściła się polska władza ustawodawcza, a niejednokrotnie też sądownictwo.

Mimo rozwoju różnorodnych form sprawiedliwości transformacyjnej raczej nie uda się nam w pełni zadośćuczynić niesprawiedliwej przeszłości. Pewne krzywdy pozostają nieodwracalne, nie da się ich osądzić ani naprawić. Zygmunt Ziemiński w 1992 r. napisał: „Jeśli Rzecznik Praw Obywatelskich otrzymuje pisma w sprawie rewindykacji majątków skonfiskowanych przez rząd carski po powstaniu styczniowym i pokrzywdzeń jednostek przez kolejne perturbacje historyczne, to – nie kwestionując pokrzywdzenia – może co najwyżej informować petentów o formalnych aspektach prawnych powstałej sytuacji, ewentualnie sugerować rozstrzygnięcie legislacyjne w granicach zdrowego rozsądku”⁸². Dzisiaj wiemy, że takich możliwości jest znacznie więcej, a próby naprawienia przeszłości mogą polegać na odwołaniu się do zasad zawartych immanentnie w systemie demokratycznego państwa prawa.

Jak długo jednak ofiary niesprawiedliwości powinny być uprawnione do poszukiwania zadośćuczynienia, a kiedy ich krzywdy powinny po prostu stać się częścią historii? Z punktu widzenia pewności prawa wydaje się, że najlepszą drogą rozwiązywania problemów związanych z zadośćuczynieniem za krzywdy historyczne przez demokratyczne państwo prawa jest ingerencja ustawodawcza. Nie oznacza to jednak, że sądy powinny rezygnować z rozstrzygnięcia spraw tego typu, gdyż może to doprowadzić do zniweczenia sprawiedliwości. Oczywiście jest, iż sytuacja historyczna, związana z radykalną przemianą systemu prawnego, wymaga pogłębionej refleksji naukowej nad uwarunkowaniami, szansami i zagrożeniami płynącymi z tej zmiany⁸³. Demokratyczne państwo potrzebuje wypracowania instrumentarium prawnego, które będzie skutecznym narzędziem

⁸¹ Zob. J. Zajadło, *Formuła Radbrucha. Filozofia prawa na granicy pozytywizmu prawniczego i prawa natury*, Gdańsk 2001, s. 67–104.

⁸² Cyt. za Z. Ziemiński, *O pojmowaniu sprawiedliwości*, Lublin 1992, s. 183–184.

⁸³ Por. Z. Ziemiński, „Lex” a „ius” w okresie przemian, „Państwo i Prawo” 1991, z. 6 (544), R. 66, s. 14.

niwelowania negatywnych skutków wyrządzonej w przeszłości niesprawiedliwości. Upływ czasu utrudnia jednak zidentyfikowanie ofiar historycznych krzywd, a także oszacowanie ich strat.

Czy możemy osądzać minione pokolenia i wytworzone przez nie systemy prawne pod kątem współczesnych zasad? Nie istnieje jednoznaczna odpowiedź na to pytanie. Możemy stosować powszechne i skrupulatne rozliczenie przeszłości, tak jak to uczynili Niemcy, możemy oddzielić przeszłość „grubą kreską” wzorem Hiszpanów, możemy wreszcie poszukiwać modelu pośredniego, tak jak uczyniono w Republice Południowej Afryki. Cenne powinny być dla nas doświadczenia państw Europy Środkowo-Wschodniej oraz byłych republik radzieckich⁸⁴.

Warto wypracować rozwiązania prawne odnoszące się do wyrządzonych w przeszłości krzywd. Nie należy bowiem pozostawiać osądzenia przeszłości poza zasięgiem systemu normatywnego i zaniechać jakiegokolwiek debaty w obliczu związanych z tymi problemami kontrowersji.

Istnieje cały katalog problemów wynikających z dziedzictwa prawnego, a problem rozliczania przeszłości i związanej z nim sprawiedliwości transformacyjnej stanowi współcześnie bardzo istotne zjawisko społeczne oraz źródło trudnych dylematów o różnorodnym charakterze, między innymi prawnym, ekonomicznym i politycznym. Pomocą w ich rozwiązaniu mogą być doświadczenia innych państw przechodzących transformację ustrojową, ale też dorobek nauki dotyczący zjawiska sprawiedliwości transformacyjnej i polityki wobec przeszłości oraz szeroko pojęta refleksja filozoficzno-prawna. Publikowane są monografie i artykuły poświęcone zagadnieniom transformacji⁸⁵, ale – po pierwsze – zwykle mają one charakter politologiczny bądź ekonomiczny, po drugie zaś – zagadnienia związane ze sprawiedliwością transformacyjną pozostają jednak problemem ubocznym. Nauka polska winna poświęcić tym zagadnieniom więcej uwagi, gdyż niedostatki w tej dziedzinie rzutują na całą rzeczywistość naszej transformacji.

Tomasz Snarski (ur. 1985) – prawnik, aplikant adwokacki, asystent w Katedrze Prawa Karnego Materialnego i Wykonawczego oraz Psychiatrii Sądowej na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Gdańskiego. Prowadzi zajęcia dydaktyczne z prawa karnego oraz wstępu do prawoznawstwa. Jest opiekunem Sekcji Praw Człowieka Studenckiej Uniwersyteckiej Poradni Prawnej, działającej na Uniwersytecie Gdańskim, która świadczy pomoc prawną

⁸⁴ Na ten temat zob. *Transitional Justice in Eastern Europe and the Former Soviet Union. Reckoning with the Communist Past*, red. L. Stan, Abingdon 2009.

⁸⁵ Zob. *Dylematy polskiej transformacji*, red. J. Błuszkowski, Warszawa 2007; P. Bożyk, *Opcje transformacji systemowej w Europie Środkowej i Wschodniej*, „Sprawy Międzynarodowe” 1996, nr 3/4, s. 103–112; *idem*, *Polityka ekonomiczna w krajach Europy Środkowej i Wschodniej. Zróżnicowane efekty transformacji*, „Myśl Socjaldemokratyczna” 2006, nr 3/4, s. 17–24; *Władza i społeczności lokalne w procesie przeobrażeń ustrojowych*, red. P. Dobrowolski, Katowice 1994; M. Jackowski, *Transformacja ustrojowa a zmiany prawa*, „Państwo i Prawo” 2004, nr 5, s. 16–31; A. Młynarska-Sobaczewska, *Autorytet państwa. Legitymizacyjne znaczenie prawa w państwie transformacji ustrojowej*, Toruń 2010.

osobom niezamożnym. Jest współautorem kompendium z wiedzy o społeczeństwie dla uczniów szkół średnich (*Wiedza o społeczeństwie. Matura 2010. Vademecum maturalne*, Gdynia 2009). Jego zainteresowania naukowe skupiają się w głównej mierze wokół filozofii prawa karnego. Zajmuje się m.in. problemem wielokulturowości w systemie prawnym. Dotychczas opublikował kilkanaście artykułów naukowych, popularnonaukowych i publicystycznych w prasie trójmiejskiej, w tym akademickiej. Uważa, że prawnik powinien być człowiekiem wszechstronnym, zwłaszcza o wrażliwości historycznej i artystycznej. Śpiewał w Akademickim Chórze Uniwersytetu Gdańskiego.

Transformational Justice, the Philosophy of Law and Taking Stock of the Past by a Democratic State under the Rule of Law

The article raises the issue on the transformational justice relating to the theory of policy towards the past. The legal system, which can not only allow to exact compensation for the harmful history but also be used to oppose it actively, played a very important role in the process of coming to terms with history. To put it another way, in order to comprehend how the instrument of law was used by the state in the transformational justice process, one should refer to the jurisprudence. An overview of the post-war era philosophical and legal debate over the general problem of crimes against humanity is considered by the author to be a starting point to formulate a general concept of the necessity of referring to the philosophy of law in any process of settling accounts with the past. Furthermore, the other countries' experience which went through the transformation process, as well as their scholarly achievements, may also be of invaluable help to Poland with its difficulties in solving problems with the difficult past.