

**Adam Czarnota**

Uniwersytet w Białymstoku  
e-mail: a.czarnota@uwb.edu.pl

## **Prawo, historia a pamięć zbiorowa. Przyczynek do związków między historią a socjologią prawa**

### **SUMMARY**

#### **Law, History and Collective Memories. A Contribution to the Historical Sociology of Law**

The text deals with the relations between law, history and collective memories. The author tries to establish a link between traditional approach to the history of law and legal sociology through bringing in as a bridge the concept of collective memories. The paper shows the potential for expansion of legal history and also legal sociology by inclusion of new research area on relations between law and collective memories.

**Key words:** collective memories, history, transitional justice, sociology of law.

### **Wstęp**

W ostatnim 20-leciu bardzo dynamicznie rozwijają się badania nad pamięcią zbiorową. Pytanie, które sobie zadaję w niniejszym tekście, to relacja między prawem a pamięcią zbiorową. Badania historyczno-prawne czy cała historiografia prawa tylko częściowo pokrywają się z problemem relacji między prawem, jako systemem norm i instytucji, a pamięcią zbiorową. Niniejszy tekst służy zarysowaniu problemów badawczych, pokazaniu tendencji w badaniach oraz przedstawieniu pewnej typologii terminologicznej. W założeniu jest to tekst wprowadzający do dalszych badań nad problemem relacji między prawem a pamięcią zbiorową. Celem autora jest zwrócenie uwagi historykom prawa na ważny problem badawczy. W chwili obecnej nie jest on w najmniejszym stopniu przez nich penetrowany. Zajmują się nim jedynie trochę socjologowie i teoretycy prawa.

Badania nad pamięcią zbiorową to nie jedyny łącznik socjologii i historii prawa. Przydałoby się rozwinąć dyscyplinę, którą można nazwać historyczną socjologią prawa, a która zajmowałaby się przedstawianiem zmian strukturalnych prawa w kontekście systemów społecznych, przy okazji odsłaniając ukryte struktury systemów prawnych i społecznych. Tym tematem zajmę się w innym tekście.

Czy prawo ma coś wspólnego z pamięcią? Oczywiście tak. Niemniej nadal nie mamy dogłębnej analizy problemu relacji między prawem a pamięcią zbiorową. Prawo jako system norm i instytucji rozwinęło świetny arsenał środków w stosunku do pamięci indywidualnej. Widoczne jest to w prawie dowodowym i proceduralnym. Nie jest jasne, jak prawo odnosi się do pamięci zbiorowej.

Pamięć zbiorowa oparta jest na społecznie zlokalizowanych i ukonstytuowanych procesach zapamiętywania i zapominania. Wskazuje to na instytucjonalny charakter pamięci zbiorowej. Instytucje selekcionują, systematyzują i reprodukują pamięć zbiorową<sup>1</sup>. Są częścią pamięci zbiorowych i reprezentują je przez swoje specjalne funkcje, zadania i struktury organizacyjne. Jedną z takich instytucji jest prawo. Jest ono instytucją pamięci zbiorowej w najszerszym tego słowa znaczeniu. Prawo i jego instytucje są oparte na pamięci i w swojej istocie są związane z pamięcią doświadczeń przeszłości. Prawo jednak zajmuje się przede wszystkim pamięcią indywidualną i rzadko wyraża bezpośrednio swoje zakorzenienie w pamięci zbiorowej albo też zamiar regulacji pamięci zbiorowej.

Prawo zwykle zajmuje się konfliktami i rozwinęło olbrzymi zasób technik stosowanych do pamięci indywidualnej, ale nie do pamięci grupowej. W szczególności prawo proceduralne i prawo dowodowe usystematyzowały problem zapamiętywania i zapominania. W tych dziedzinach znajdziemy zestaw technik stosowanych w celu udowodnienia prawdy zakodowanej w pamięci stron konfliktu.

Cechą szczególną prawa jest to, że zajmuje się ono pamięcią z punktu widzenia konfliktów w teraźniejszości. Innymi słowy podejście prawa do pamięci jest nie tyle antyhistoryczne, co ahistoryczne. Diachroniczne podejście występuje, ale posiada specyficzny charakter. Historycy usiłują zrekonstruować procesy z przeszłości, tak jak miały one miejsce, co – jak wiemy – nie jest w pełni możliwe. Każde pokolenie opisuje przeszłość od początku, tworzy jej własne wizje interpretacyjne. Wynika to z faktu, że punktem wyjścia dla historiografii, czy się na to godzi, czy nie, jest zawsze teraźniejszość.

Prawo, nie myślę tu o historykach prawa, zainteresowane jest przeszłością o tyle, o ile jest ona pomocna i konieczna do rozwiązywania sporów i konfliktów w teraźniejszości. Prawo jest wyrazem nietzscheańskiej idei „historii

---

<sup>1</sup> I. Markovits, *Selective memory: How the law affects what we remember and forget about the past. The case of East Germany*, „Law and Society” 2001, vol. 35 (3), s. 513–564.

w służbie życia”<sup>2</sup>. Znaczy to, że prawo interesuje się przeszłością na tyle, na ile służy ona lepszemu regulowaniu stosunków społecznych w teraźniejszości i przyszłości.

Prawo oparte jest na pamięci i zapamiętywaniu. Jest także maszyną systematycznego zapominania: sprawy zostają zamknięte, zbrodnie zrehabilitowane, ofiary uzyskują rekompensatę i konflikty są rozwiązane, a akta spraw przekazane do archiwów. System zasad i norm ukierunkowanych na systematyczne zapamiętywanie jest w prawie zbalansowany przez system zasad i norm ukierunkowanych na systematyczne zapominanie instytucjonalne. Ten instytucjonalny wymiar zapominania wymaga podkreślenia. Podstawowe zasady charakterystyczne dla rządów prawa takie jak *nulla poena sine lege* czy *lex retro non agit* wyraźnie ograniczają zapamiętywanie. Prawo oparte jest na założeniu, że życie społeczne i jego reprodukcja wymaga systematycznego zapominania, co nie znaczy, że prawo propaguje amnezję. Przestrzeń społeczna pełna jest decyzji prawnych z przeszłości, a działanie instytucji prawnych oparte jest na pamięci instytucjonalnej. To ostatnie dotyczy głównie procedur, które cały czas podlegają zmianie pod wpływem procesu zapamiętywania problemów działania instytucji w przeszłości na skutek zetknięcia się ze zmieniającą się tkanką społeczną.

Przedmiotem tego szkicu jest relacja między prawem a pamięcią zbiorową. Relację między prawem a pamięcią zbiorową można podzielić na trzy elementy:

1. Prawo jako pamięć zbiorowa.
2. Wpływ pamięci zbiorowej na prawo.
3. Regulacja pamięci zbiorowej przez prawo.

## Prawo jako pamięć zbiorowa

Teza, że pamięć zbiorowa jest zawarta w prawie, a całe prawo jest emanacją pamięci dotyczącej życia zbiorowego, brzmi tyleż intrygująco, co banalnie. Doświadczenia z przeszłości są sformalizowane w języku prawnym w celu wyeliminowania błędów z przeszłości. Z takiej perspektywy można widzieć rozwój całego prawa. W szczególności proces ten widoczny był w XX w. w rozwoju prawa międzynarodowego w celu regulowania przemocy, zbrodni, winy i wstydu. Od Konwencji Genewskiej z 1899 r., poprzez Trybunał Norymberski, do ustanowienia stałego Międzynarodowego Trybunału Karnego na podstawie Traktatu Rzymskiego. W międzynarodowym prawie publicznym

---

<sup>2</sup> F. Nietzsche, *On the Uses and Disadvantages of History for Life*, [w:] *The Untimely Meditations* (Cambridge Texts in the History of Philosophy), Cambridge 2013, s. 57–124.

rola prawa w relacji do pamięci zbiorowej jest wyraźnie widoczna. Mniejsza wyrazistość istnieje na poziomie prawa poszczególnych państw narodowych. Na poziomie prawa krajowego należy uwzględnić, przy analizie relacji między prawem a pamięcią zbiorową, takie problemy jak prawne strategie rozliczeń z przeszłością oraz instytucje prawne regulujące sytuację ludności autochtonicznej w krajach postkolonialnych.

Według klasycznej jurysprudencji prawo oparte jest na doświadczeniach z przeszłości (*law as immemorial custom*). Skumulowane doświadczenia są przekazywane w postaci norm skierowanych w stronę przyszłości. Mówiąc obrazowo, prawo jest pomostem między przeszłością a przyszłością. W tym paradygmacie prawo funkcjonuje na zasadzie linearnej progresji z przeszłości do przyszłości. Prawo reguluje teraźniejsze i przyszłe stosunki społeczne w oparciu o doświadczenia z przeszłości zachowane w pamięci zbiorowej. W paradygmacie tym przeszłość jest niezmienna, ponieważ już się wydarzyła, a co się wydarzyło, nie może ulec zmianie. W taki sposób interpretowano rozwój *common law* od słynnego sędziego i pomnikowej postaci w historii prawa w Anglii Sir Edwarda Coke'a. Nie chodziło o tworzenie prawa, a zadaniem sędziego było odnajdowanie prawa (*lawfinding*). Interesująca w tym kontekście jest całkowicie ahistoryczna interpretacja *Magna Carta Libertatum* dokonana przez Sir Edwarda Coke'a. Według wybitnego sędziego obowiązywała ona od samego początku w taki sam sposób, nie podlegając interpretacjom i reinterpretacjom. W podobny sposób kilka wieków później *common law* traktował William Blackstone w *Commentaries on the Laws of England*.

Prawo wygląda jako skoncentrowane tylko na teraźniejszości i na przeszłości. Ma to wynikać z jego normatywności. Z jednej więc strony przypisuje indywidualną odpowiedzialność za czyny zabronione popełnione w przeszłości na podstawie istniejącego prawa, z drugiej strony skoncentrowane jest na regulowaniu przyszłych zachowań ludzkich. Klasyczny paradygmat wyraża się w takich maksymach jak *lex retro non agit*, *nulla poena sine lege*, *nulla crimea sine lege* oraz w instytucji przedawnienia. Taki paradygmat prawa jest tożsamy ze znaną łacińską paremią *historia magistra vitae est*.

Przez wieki całe prawo postrzegane było jako normy mądrości zbiorowej oparte na doświadczeniach grup społecznych zachowanych w pamięci zbiorowej. Do XVI w. prawo nie było traktowane jako instrument zmiany społecznej, ponieważ nieznaną była zasada świadomego tworzenia prawa w celu wprowadzenia odgórnej zmiany społecznej. Przyjęte przez przedstawicieli stanów prawa przedstawiano jako odnowienie istniejącego już porządku prawnego. Historycy prawa twierdzą, że pierwszy raz świadome uchwalenie nowego prawa zostało dokonane w trakcie rewolucji cromwellońskiej.

W Europie kontynentalnej aż do czasów wczesnonowożytnych przetrwało prawo zwyczajowe oparte na doświadczeniach i pamięci zbiorowej. Dopiero proces tworzenia państw narodowych w okresie nowożytnym doprowadził

do likwidacji prawa zwyczajowego i zastąpienia go przez prawo stanowione. W historii myśli prawnej szkołą, która podkreślała znaczenie prawa opartego na doświadczeniach i pamięci zbiorowej, była niemiecka szkoła historyczna, której twórcą był F. Savigny. W pracy *O powołaniu naszych czasów do ustawodawstwa i nauki prawa* przeciwstawił się on kodyfikacji i twierdził, że prawo rozwija się wraz z narodem i podobnie jak język jest odzwierciedleniem ducha narodu. Nic jednak nie było już w stanie zahamować modernizmu i triumfu prawa stanowionego nad prawem zwyczajowym. Co ważne z naszego punktu widzenia, to fakt, że niemiecka szkoła historyczna chyba po raz pierwszy potraktowała prawo jako społeczny fenomen historyczny *sensu stricto* i przyczyniła się do akceleracji historycznych badań nad prawem, nie tylko w krajach niemieckojęzycznych czy też w krajach pozostających pod dominacją jurysprudenji niemieckojęzycznej. Także w krajach języka angielskiego poprzez działalność Frederica Williama Maitlanda zapoczątkowano świadome badania nad prawem i historią prawa zarówno w Anglii, jak i w koloniach, a w szczególności w Indiach.

Niemiecka szkoła historyczna w prawoznawstwie zanegowała ahistorycznym oświeceniowych nurtów prawa natury odwołujących się do metafizycznych niezmiennych praw istniejących poza historią i doświadczeniem. Oświeceniowa koncepcja prawa natury miała charakter abstrakcyjny i nie odwoływała się do doświadczenia zakumulowanego w pamięciach zbiorowych.

Początki socjologii prawa związane są z dwoma prawnikami, którzy w okresie dominacji pozytywizmu prawniczego odkryli na nowo prawo oparte na pamięci zbiorowej i niezależne od prawa oficjalnego stanowionego przez państwo. Byli to Eugen Ehrlich, prawnik austriacki, który na Bukowinie w Czerniowcach (dzisiejsza Ukraina), w tym tyglu narodów, odkrył to, co nazwał „żywym prawem”, oraz Leon Petrażycki – prawnik, wtedy z Petersburga, twórca psychologicznej teorii prawa. Ten drugi nazwał je prawem intuicyjnym.

Pierwszą osobą, która zwróciła uwagę na relacje między instytucjami prawnymi a pamięcią zbiorową, był Maurice Halbswach. W szczególności jest to widoczne w jego analizie przestrzeni z punktu widzenia pamięci zbiorowych w Jerozolimie. Dystrybucja praw własności zawiera w sobie przecież pamięć zbiorową. Maurice Halbswach był uczniem Émila Durkheima i pod jego wpływem zajął się problematyką pamięci zbiorowej. Prawo odgrywało istotną rolę jako „indeks moralny społeczeństwa” w myśli twórcy socjologii.

W jurysprudencji socjologicznej prawo jako system norm regulujących życie społeczne nie sprowadza się tylko do norm prawa stanowionego przez suwerena. W skład prawa w szerokim tego słowa znaczeniu wchodzić normy zwyczajowe, w większym lub mniejszym stopniu uznane przez instytucje stanowiące prawo pozytywne. Normy prawa zwyczajowego określa się w jurysprudencji angielskiej jako *immemorial customs*, a więc normy oparte na długotrwałej pamięci zbiorowej. Pamięci zbiorowej *long duree*.

Prawo zwyczajowe, prawo pozytywne jako prawo stanowione przez organy władzy do tego uprawnionej, a także prawo obowiązujące na terytorium danej organizacji politycznej, a więc państwa, federacji, konfederacji czy też politycznej organizacji regionalnej, takiej jak Unia Europejska, opiera się na pamięci zbiorowej. Pamięć zbiorowa dostarcza prawu legitymizacji oraz integralności normatywnej. Obie te cechy są funkcją akceptowanej narracji historycznej wynikającej z dominującej pamięci zbiorowej czy też pamięci publicznej. W społeczeństwie jest wiele narracji historycznych generowanych przez pamięci zbiorowe. Prawo dla swojego autorytetu i legitymizacji potrzebuje zakorzenienia w narracjach, jednak we współczesnym typie organizacji politycznej społeczeństwa z reguły tylko jedna z tych narracji jest uznana za autorytatywną narrację publiczną i to ona dostarcza legitymizacji całemu systemowi prawnemu, a także zapewnia integralność normatywną całego systemu prawa, a więc dostarcza narzędzi do eliminowania sprzeczności w ramach norm w danym systemie. Warunkiem wstępnym koherentności normatywnej jest integralność narracyjna, a więc funkcjonowanie wyselekcjonowanej jednej pamięci zbiorowej jako tej odzwierciedlającej publiczną pamięć zbiorową. Pamięć ta wyraża się przez określoną narrację historyczną, a więc interpretację dziejów danej zbiorowości politycznej. Nie jest to jednak tożsame z historiografią pojmowaną jako świadoma refleksja intelektualna nad przeszłością. Publiczna narracja historyczna z reguły opiera się na mitach danej społeczności politycznej i spełnia zarówno rolę zachowania tożsamości, jak i rolę mobilizacyjną.

Pamięć zbiorowa poprzez historyczną narrację publiczną nie tylko dostarcza prawu legitymizacji, ale również pełni funkcję zapewniającą systemowi prawnemu koherencję normatywną. Oznacza to, że system prawny jest niesprzeczny. To narracja historyczna decyduje o hierarchii wartości systemu prawnego i wpływając na sposób interpretacji norm prawnych, eliminuje sprzeczności w systemie prawa. Koherencja normatywna systemu prawnego to nie tylko kwestia hierarchii wartości, eliminacji sprzeczności, ale generalnie normatywności systemu prawnego.

Każdy system prawny opiera się na jakiejś wizji przeszłości opartej z kolei na doświadczeniach zakumulowanych w pamięci zbiorowej. W nowożytnych państwach narodowych ta wizja przeszłości zawarta jest w preambułach do konstytucji, gdzie w skrótovej, ogólnej formie przedstawia się historyczne przyczyny systemu konstytucyjnego i prawnego danego państwa narodowego<sup>3</sup>. To publiczna narracja historyczna jest odpowiedzialna za tożsamość konstitu-

---

<sup>3</sup> A. Młynarska-Sobaczewska, *Normatywizacja tożsamości zbiorowej w preambułach do konstytucji państw postkomunistycznych*, Filozofia Publiczna i Edukacja Demokratyczna (w druku). Zobacz także tej autorki *Autorytet państwa. Legitymizacyjne znaczenie prawa w państwie transformacji ustrojowej*, Toruń 2010, s. 182–192.

cyjną państwa, która nie ogranicza się tylko do tekstu konstytucji, ale wchodzi daleko poza tekst pisany<sup>4</sup>.

## Wpływ prawa na pamięć zbiorową – regulacja pamięci zbiorowej

Prawo nie tylko jest niejako pamięcią zinstytucjonalizowaną, ale również od zawsze wpływało na pamięć poprzez system nakazów i zakazów. Ta rola prawa, jako regulatora pamięci, w szczególności nasiliła się w drugiej połowie XX w. i w pierwszej dekadzie XXI w.<sup>5</sup>

W jurysprudencji proces ten nie został dostrzeżony i właściwie systematyczne badania nad prawem i pamięcią nie istnieją. W ramach tradycyjnie pojętego prawoznawstwa regulacyjna rola prawa w stosunku do pamięci ujmowana jest jako: rozwiązywanie konfliktów, prawne adresowane problemy z przeszłością, pojednanie polityczne poprzez prawo. Wszystkie te zjawiska skupiają się na pamięci i tożsamości zbiorowej. Zarówno prawa krajowe, jak i prawo międzynarodowe, a w szczególności gwałtownie rozwijające się międzynarodowe prawo karne, są aktywnie zaangażowane w regulację pamięci zbiorowej. Znacznie większe jednak zadania stoją przed prawem w relacji do pamięci zbiorowej, niż jest to skonceptualizowane przez jurysprudencję i socjologię. Szczególnie istotna jest rola prawa w relacji do utrzymania czy zmiany tożsamości grupowej poprzez regulację pamięci zbiorowej. Jest to istotne nie tylko w społeczeństwach postkolonialnych jak Australia, Nowa Zelandia, Kanada, gdzie prawnie uznaje się wielokulturowość i tożsamość oraz role tzw. pierwszych narodów, ale także i w krajach wychodzących z konfliktów zbrojnych i czasów opresji, gdzie prawo określa grupy ofiar i ich uprawnienia, również uczestników w zbrodniach.

Nawet w rozwiniętych liberalnych demokracjach główny problem to problem prawnego zagwarantowania kompatybilności pamięci zbiorowych, które umożliwiałyby w miarę harmonijne funkcjonowanie instytucji państwa demokratyczno-liberalno-konstytucyjnego.

W pierwszej połowie XX w. popełniono największe zbrodnie, które odcisnęły się w pamięci<sup>6</sup> i dały podstawy do budowania globalnej pamięci zbiorowej podtrzymywanej przez instytucje prawa międzynarodowego. To właśnie ta pamięć dała początek badaniom nad zbrodniami przeciwko ludzkości i zbrod-

<sup>4</sup> G. J. Jacobsohn, *Constitutional Identity*, Harvard Mass. 2010, oraz dla polskiego przypadku L. Morawski, *Tożsamość konstytucyjna Polaków*, „Prawo i Więź” 2012, nr 1 (1).

<sup>5</sup> *Legal Institutions and Collective Memories* (Onati Series in Socio-Legal Studies), ed. S. Karstedt, Oregon 2009.

<sup>6</sup> Zobacz: J. Balint, *Conflict, Conflict Victimization, and Legal Redress, 1945–1996*, „Law and Contemporary Problems” 1996, vol. 59 (4), s. 231–247.

niami wojennymi – jako niepodlegającymi przedawnieniu i ściganymi przez Międzynarodowy Trybunał Karny z siedzibą w Hadze, a powołany na podstawie Traktatu Rzymskiego. Oprócz tego sądy krajowe ścigają zbrodnie przeciwko ludzkości. Pojawiła się też i powoli rozwija nowa instytucja tzw. jurysdykcji uniwersalnej – czyli możliwości postawienia przed sądem osób oskarżonych o zbrodnie przeciwko ludzkości niezależnie od miejsca ich popełnienia oraz obywatelstwa osoby oskarżonej o ludobójstwo.

## Prawo zmienia pamięć o przeszłości

W trakcie procesu budowania państw narodowych i związanym z tym procesem budowania monolitycznego, scentralizowanego prawa jako instrumentu, poprzez który wyrażało się państwo narodowe, uruchomiony został proces harmonizacji, a w większości przypadków unifikacji pamięci zbiorowych w jedną autorytatywną pamięć odpowiadającą istocie państwa narodowego. Efektem było tworzenie świadomości i tożsamości narodowych. W ten sposób prawo niejako pomagało w procesie zapamiętywania przeszłości. Obecnie mamy do czynienia z o wiele bardziej natężonym procesem kolonizacji pamięci zbiorowej przez systemy prawne. Cechy tego procesu nie są takie same jak w okresie tworzenia państwa narodowego.

Proces kolonizacji pamięci zbiorowej przez instytucje prawa jest widoczny szczególnie w krajach, które przeszły przez tzw. trzecią falę demokratyzacji (Argentyna<sup>7</sup>, Chile), w byłych krajach kolonialnych (Republika Południowej Afryki, Australia), a także w byłych krajach komunistycznych (Polska, Czechy, Węgry, Rosja). Prawo i jego instytucje od lat siedemdziesiątych zaczęły penetrować pamięci zbiorowe w celu ich harmonizacji, co połączone jest też z eliminacją pewnych pamięci zbiorowych. Eliminowanie niekompatybilnych pamięci zbiorowych w skali globalnej odbywa się w ramach procesu narzucania jednolitej interpretacji uniwersalnych praw człowieka, konstytucyjnych zasad równości, wolności<sup>8</sup> czy koncepcji rządów prawa i demokracji. Proces ten jest wyraźnie widoczny w Unii Europejskiej, w której kraje Europy Środkowo-Wschodniej, które dołączyły do Unii po 2004 r. albo później, poddane są procesowi „narzucanej odgórnie modernizacji świadomości”, a pamięci zbiorowe zachowane w tej części Europy poddane są procesowi zmasowanej krytyki i w efekcie powolnej erozji pod hasłami wolności, równości i przestrzegania praw człowieka.

<sup>7</sup> M. Osiel, *Mass Atrocity, Collective Memory and the Law*, New Brunswick 1997.

<sup>8</sup> J. Elster, *Closing the books: Transitional justice in historical perspectives*, Cambridge 2004.



Wygląda na to, że w dobie z jednej strony pluralizmu i indywidualizmu liberalnego, w okresie kiedy tradycyjne pojęcie suwerenności państwa ulega przyspieszonej erozji, mamy do czynienia z procesem wzmocnienia penetracji poprzez prawo, tak ważnego elementu świadomości społecznej, jakim jest pamięć zbiorowa. Wygląda na to, że prawo, tworząc instytucje w większym stopniu kontrolujące przejawy pamięci zbiorowej, stara się niejako rozciągnąć swoje władztwo na przeszłość. Robi to w celu skuteczniejszej kontroli teraźniejszości i przyszłości. Ronald Dworkin, wybitny, zmarły niedawno amerykański filozof prawa, nie na darmo pisał o imperium prawa (*law's empire*).

Wiele krajów na świecie przechodzi przez proces nazywany „powrotem do historii”. Mówiąc dokładniej, chodzi o proces „reinterpretacji historii poprzez instytucje prawne”. W przypadku byłych krajów komunistycznych są to kwestie rozliczeń z przeszłością, a więc: lustracji, dekomunizacji, restytucji własności<sup>9</sup>.

Podobne procesy miały i mają miejsce w niektórych krajach postkolonialnych. Wszystko to dzieje się pod wspólną nazwą *transitional justice* (sprawiedliwość okresu przejściowego). *Transitional justice* to, mówiąc w skrócie, strategie instytucjonalne prawnych i quasi-prawnych rozliczeń z przeszłością z minimalizacją użycia tradycyjnych instytucji prawa karnego. Proces *transitional justice* charakteryzuje się dużą innowacyjnością instytucjonalną. Najlepiej zilustrować postkolonialny proces *transitional justice* i jego relacje z pamięciami zbiorowymi na przykładzie Republiki Południowej Afryki. Działała tam najbardziej znana instytucja quasi-sądowa zajmująca się pamięciami zbiorowymi okresu apartheidu – mianowicie Komisja Prawdy i Pojednania (Truth and Reconciliation Commission).

O ile w RPA powołano specjalną instytucję, to z kolei w innym kraju postkolonialnym w Australii sprawami przeszłości zajmują się ustanowione już instytucje jak sądy i ombudsman. Kolonialna przeszłość Australii jest do dziś bardzo żywa w pamięci zbiorowej Aborygenów. W 1992 r. Sąd Najwyższy (High Court) wydał decyzję w sprawie Pana Mabo i innych (przedstawiciele społeczności wyspiarzy z Cieśniny Torresa przeciwko stanowi Queensland), w której uznał istnienie tytułu własności Aborygenów do ziemi (*native title*), a ponadto wyraźnie stwierdził, że tytuł prawny nabycia kolonii przez Koronę Brytyjską na podstawie zasady prawa międzynarodowego tzw. ziemi niczyjej (*terra nullius*) był błędną podstawą prawną. W Kanadzie doszło do konstytucyjnego uznania „pierwszych narodów”, a więc niejako prawnego uznania ich pamięci zbiorowej. Przełożyło się to na status konstytucyjny tzw. *first nations*<sup>10</sup>.

<sup>9</sup> Zobacz symposium *Law and Lustration: Righting the Wrongs of the Past*, „Law and Social Inquiry” Winter 1995, vol. 20, No. 1, s. 1–276.

<sup>10</sup> Generalnie problem roli instytucji prawnych w podejściu do sprawiedliwości historycznej zob.: *Lethe's Law: Justice, Law and Ethics of Reconciliation*, eds. E. Christodoulidis, S. Veitch, Oxford 2001.

Prawo jest również zaangażowane w penetrowanie pamięci zbiorowej poprzez instytucje zbrodni przeciwko ludzkości i zbrodni wojennej, które pojawiły się w prawie międzynarodowym wraz z rozpoczęciem prac przez Trybunały Norymberski i Tokijski po II wojnie światowej. Dużą rolę w tym procesie odegrało także powołanie Organizacji Narodów Zjednoczonych i rozwój, obok globalnego, również regionalnych reżimów obrony praw człowieka.

Prawo obecne jest też w podejściu do kwestii uznania zbrodni i win popełnionych przez państwa narodowe wobec siebie. Istnieje instytucja przeprosin wygłaszanych w imieniu państwa przez umocowanych konstytucyjnie przedstawicieli państwa. Przykładem takich działań może być postawa premiera Australii, który przeprosił ofiary tzw. *stolen generation*, które w ramach oficjalnej polityki Australii były, jako dzieci półkrwi, zabierane matkom Aborygenkom i oddawane do instytucji wychowawczych. Premier Japonii przeprosił Chiny za zbrodnie wojenne, ale tylko w kontekście zjawiska tzw. *comfort women*, czyli chińskich kobiet wykorzystywanych przez Cesarską Armię Japonii w celach seksualnych. W tym przypadku mimo wyraźnego żądania ofiar domagających się oficjalnych przeprosin rząd drugiej strony im ich odmawia. Podobna sytuacja miała miejsce w byłej Jugosławii. Przedstawiciele społeczeństwa obywatelskiego usiłowali powołać komisję prawdy i pojednania. Brak sukcesu tego przedsięwzięcia wynikał z faktu, że nie miało ono za sobą autorytetu prawa. Podobnie jak we wcześniej opisanych przypadkach, tak i w domaganiu się przez rządy Armenii uznania ludobójstwa Ormian w Imperium Otomańskim. Chyba można zaryzykować postawienie tezy, że warunkiem koniecznym aczkolwiek niewystarczającym do osiągnięcia pełnego sukcesu jest zaangażowanie instytucjonalnego autorytetu prawa. Może warto odkurzyć starą tezę Webera o legitymizacji formalno-prawnej w społeczeństwach późnej nowożytności? Wygląda na to, że w pluralistycznych społeczeństwach demokracji liberalno-konstytucyjnych działania instytucji prawnych posiadają większą moc niż innych instytucji społecznych.

Podobnie jest z prawną regulacją tzw. kłamstwa oświęcimskiego, czyli regulacji prawnokarnej kryminalizującej negowanie Holokaustu. Obiektywnie wpływa to na ograniczenie wolności słowa i penetrowanie pamięci zbiorowej, a także regulowanie jej z punktu widzenia uniwersalnych standardów. Zdziawiająco nie wszędzie w ramach Europy zbrodnie i ludobójstwo komunistyczne spotyka się z takim zrozumieniem jak zbrodnie nazizmu niemieckiego czy zbrodnie kolonializmu. Być może mamy do czynienia z procesem kolonizacji pamięci zbiorowych wschodniej części Europy, a więc peryferii przez zasobne w środki ekonomiczne i polityczne centrum świata liberalnego, a więc USA i Europę Zachodnią.

Najbardziej interesujące jest to, że wprowadzanie nowych regulacji sterujących pamięcią zbiorową nie jest jak w przeszłości oparte na doświadczeniach większościowych w danej społeczności. Wtedy to poprzez normy prawne eli-

minowano alternatywne, mniejszościowe pamięci zbiorowe. Normy te zaś były oparte na pamięci zbiorowej większości i przez nią legitymizowane. Obecnie regulacje prawne, np. uniwersalne prawa człowieka, niewsparte są naracją historyczną generowaną przez lokalną pamięć zbiorową. Są narzucane z zewnątrz jako transcendentne uniwersalne standardy prawne. W ten sposób dochodzi do kolonizacji, manipulacji i przekształcania lokalnych pamięci zbiorowych przez uniwersalne standardy normatywne. Celem jest przekształcenie lokalnych pamięci zbiorowych w taki sposób, aby zaakceptowały one zewnętrzne standardy normatywne jako część swojej tożsamości. Jako przykład może służyć zjawisko nazwane *global Holocaust industry*. W efekcie mamy do czynienia ze stosowaniem strukturalnej przemocy ze strony generowanych przez światowe centrum, a więc kraje liberalno-demokratyczne, standardów normatywnych w stosunku do lokalnych pamięci zbiorowych.

Wygląda na to, że dla wielu społeczności lokalnych punktem wyjścia jest przyszłość zawarta w regulacjach prawnych i związanych z nimi standardach normatywnych, a nie przeszłość doświadczeń zawarta w lokalnych pamięciach zbiorowych. Wpływa to na zmianę relacji między prawem, jako systemem instytucjonalno-normatywnym, a pamięciami zbiorowymi. O ile w przeszłości prawo legitymizowane było przez pamięć zbiorową (*law as immemorial custom*), to współcześnie jest ono legitymizowane przez normatywne wizje przyszłości i samo modeluje i wpływa na przekształcenie pamięci zbiorowej. Prawo stało się głównym medium przekształcania pamięci zbiorowej<sup>11</sup>. Inne zagadnienie z zakresu socjologii prawa brzmi: do jakiego stopnia prawo jest efektywnym środkiem przekształcania pamięci zbiorowej? Jako niezwykle interesujący empiryczny przykład skomplikowanych relacji między prawem a współzawodniczącymi pamięciami zbiorowymi można wskazać Republikę Łotwy. To właśnie tam po upadku komunizmu w 1991 r. przyjęto zasadę ciągłości prawnej, którą miało legitymizować ponowne przyjęcie Konstytucji Republiki Łotewskiej z 1922 r. Z drugiej strony współczesną Łotwę zamieszkuje liczna grupa, stanowiąca około 30% populacji całego kraju, rosyjskojęzycznej mniejszości, a osiedlonej w czasie, gdy Łotwa była częścią ZSRR. Walka odmiennych pamięci zbiorowych i tożsamości jest szczególnie widoczna od marca do maja każdego roku. Wtedy to odrębne grupy obchodzą święto niezależności republiki i święto zwycięstwa 9 maja. W efekcie można zauważyć niemałą grupę weteranów w mundurach Waffen SS oraz obywateli Łotwy, którzy walczyli w szeregach Armii Czerwonej. Prawo usiłuje integrować te dwie odrębne tożsamości i pamięci zbiorowe w ramach jednego ładu konstytucyjnego. Jednak jak na razie z mizernym skutkiem.

---

<sup>11</sup> Ciekawą analizę wpływu procesów sądowych na pamięć i tożsamość zbiorową zob. L. Bilsky, *Transformative justice. Israeli identity on trial*, Chicago 2004.

Prawo i instytucje prawne pełnią też pozytywne funkcje w uwolnieniu pamięci zbiorowych zdominowanych w okresie hegemonii organizmów politycznych kierujących się określoną ideologią. Uwolnione pamięci zbiorowe oraz konflikty, które je uwolniły, zostają z reguły wpisane w konstytucje nowo ustanowionych organizmów państwowych. Parlamente i sądy nowych państw narodowych chętnie sięgają do tradycji prawnych pamięci zbiorowych i starają się je rewitalizować w nowo tworzonej systemie prawnym.

Prawo bierze udział w przemianach pamięci zbiorowej między narodami, regionami autonomicznymi i między wspólnotami większościowymi a mniejszościami. Szczególną rolę w tym procesie odgrywają systemy praw własności, które nie tylko posiadają charakter ekonomiczny, ale także charakter moralny gwarantujący przetrwanie tożsamości i grupowych pamięci zbiorowych. Dzięki standardom prawnym oraz cechom szczególnym współczesnych systemów prawnych to prawo wpływa na zmianę w pamięciach zbiorowych poprzez kwestionowanie hegemonicznych pamięci zbiorowych oraz poprzez system instytucji gwarantujących obecność wcześniej spychanych i prześladowanych pamięci. Ceną, jaką płaci system prawny za tę aktywność, jest większe bezpośrednie zaangażowanie prawa w konflikty polityczne współczesności.

Prawo i jego instytucje, z racji swojej natury, generalnie dostarczają wsparcia hegemonicznym pamięciom zbiorowym. We współczesnych systemach prawnych jest coraz więcej miejsca dla mniejszościowych, spychanych na margines, pamięci zbiorowych takich jak te należące do mniejszości etnicznych czy ludów skolonizowanych. Prawo międzynarodowe i jego instytucje są w coraz większym stopniu używane na poziomie prawa krajowego do regulowania problemów z pamięcią zbiorową. Ustanowienie organizacji międzynarodowych, a w szczególności rozwój prawa międzynarodowego sprzyja procesowi zapewnienia gwarancji prawnych mniejszościowym, wcześniej zdominowanym, pamięciom zbiorowym.

Na linii: prawo a pamięć zbiorowa systemy prawne są postawione w obliczu właściwie nierozwiązywalnych problemów: jak regulować pamięci zbiorowe, na które pamięci oddziaływać, jak zapewnić autonomię prawa w stosunku do procesów politycznych związanych z regulacją pamięci zbiorowych, czy jak daleko sięgać w przeszłość? Wszystkie te problemy są bezpośrednio związane z dwiema funkcjami prawa: instytucjonalnym pamiętaniem i instytucjonalnym zapominaniem.

## Ograniczenie prawa

Prawo posiada zawarte w sobie ograniczenia w zakresie relacji z pamięcią zbiorową. Regulowanie pamięci zbiorowej stawia prawo przed niesłychanymi problemami. Spośród nich można zidentyfikować trzy zasadnicze:

1. Problemy wynikające z faktu, że w centrum prawa stoją prawa indywidualne. Współczesne prawo, chociaż zawiera prawa grupowe, to zdecydowanie daje pierwszeństwo prawom indywidualnym ponad grupowymi.

2. Dlatego też prawo jest ułomne w swoim podejściu do tożsamości zbiorowych, które oparte są na pamięci zbiorowej. Oczywiście sytuacja jest zróżnicowana w zależności od gałęzi prawa i tak prawo międzynarodowe w lepszy sposób radzi sobie z prawami kolektywnymi, a pod jego wpływem również prawo krajowe w coraz większym stopniu włącza prawa grupowe.

3. Dyskurs prawny jest dyskursem wysoce wyspecjalizowanym i kognitywnie trudno mu przełożyć dyskurs pamięci zbiorowej i związane z nim zadania moralne na język dyskursu prawnego. Wiele istotnych moralnie kwestii nie przekłada się na język dyskursu prawnego.

## Zakończenie

Znany filozof polityczny M. Oakeshott twierdził, że jesteśmy sami przeszłością. Wyróżnił cztery rodzaje przeszłości obecnej w życiu społecznym: przeszłość ucieleśnioną, przeszłość pamiętaną, przeszłość konsultowaną i przeszłość jako nośnik wiadomości<sup>12</sup>.

Pierwsza – zawiera przeszłość kosmiczną i biologiczną, druga – to świadoma przeszłość sprowadzająca się do naszej tożsamości, trzecia – to przeszłość przywoływana w celu podjęcia działań, akcji, i czwarta – to przeszłość niezależna od naszej świadomości, jest częścią naszego dziedzictwa społecznego i konstytuuje grunt dla aktywności praktycznej.

Prawo zajmuje się każdą z wyróżnionych przez M. Oakeshotta form pamięci. Prawo jest niesłychanie potężnym instrumentem zaangażowanym w rozciągnięcie teraźniejszości w przeszłość i w kontrolę przyszłych relacji społecznych. System prawny, sam będąc formą pamięci, jest strażnikiem pamięci i instrumentem kontroli nad pamięcią. Prawo współczesne posiada władzę przypisywaną w mitologii greckiej dwóm boginiom: Mnemosyne – bogini pamięci i Lete – bogini zapominania.

## Bibliografia

Balint J., *Conflict, Conflict Victimization, and Legal Redress, 1945–1996*, „Law and Contemporary Problems” 1996, vol. 59 (4).

---

<sup>12</sup> M. Oakeshott, *On History and Other Essays*, Oxford 1985, s. 1–44.

- Bilsky L., *Transformative justice. Israeli identity on trial*, Chicago 2004.
- Christodoulidis E., Veitch I. S., *Lethé's Law: Justice, Law and Ethics of Reconciliation*, Oxford 2001.
- Elster J., *Closing the books: Transitional justice in historical perspectives*, Cambridge 2004.
- Jacobsohn G. J., *Constitutional Identity*, Harvard Mass. 2010.
- Law and Lustration: Righting the Wrongs of the Past*, „Law and Social Inquiry” Winter 1995, vol. 20, No. 1.
- Legal Institutions and Collective Memories*, ed. S. Karstedt, Oregon 2009.
- Markovits I., *Selective memory: How the law affects what we remember and forget about the past. The case of East Germany*, „Law and Society” 2001, vol. 35 (3).
- Młynarska-Sobaczewska A., *Normatywizacja tożsamości zbiorowej w preambulach do konstytucji państw postkomunistycznych*, *Filozofia Publiczna i Edukacja Demokratyczna* (w druku).
- Młynarska-Sobaczewska A., *Autorytet państwa. Legitymizacyjne znaczenie prawa w państwie transformacji ustrojowej*, Toruń 2010.
- Morawski L., *Tożsamość konstytucyjna Polaków*, „Prawo i Więź” 2012, nr 1 (1).
- Nietzsche F., *On the Uses and Disadvantages of History for Life*, [w:] *The Untimely Meditations (Cambridge Texts in the History of Philosophy)*, Cambridge 2013.
- Oakeshott M., *On History and Other Essays*, Oxford 1985.
- Osiel M., *Mass Atrocity, Collective Memory and the Law*, New Brunswick 1997.