

ADAM CZARNOTA

International Institute for the Sociology of Law, Onati, Hiszpania
The University of New South Wales, Sydney, AustraliaCZY TEORIA PRAWA MA TOŻSAMOŚĆ?
O PRAWIE I PAMIĘCI ZBIOROWEJ

WSTĘP

Współczesna dominująca teoria prawa — pozytywizm, który w takiej czy innej wersji dominuje zarówno w jurysprudencji, jak i edukacji prawniczej, jest teorią, która nie ma zakorzenienia. Ma tożsamość teoretyczną, ale brak mu kotwicy w realnych doświadczeniach zbiorowości. Nie jest to może cecha wynikająca z pozytywizmu jako szczególnej konceptualizacji prawa, a powiązane jest z istotą teorii, a więc abstrakcyjnością i generalizacją faktów empirycznych na wysokim szczeblu abstrakcji. Nie wydaje mi się jednak, że każda teoria musi być oparta na amnezji realnych doświadczeń, że musi być wyparna z tożsamości. Od dłuższego czasu moje zainteresowania badawcze mieszczą się w obszarze pogranicza między teorią prawa a jego szeroko rozumianą historią. W teorii prawa odrzuca mnie jej historyczna nijakość, brak tożsamości, a z kolei w historii prawa nie podoba mi się koncentracja tylko na detalach i brak oddechu teoretycznego. Przykładem połączenia i historii, i teorii są wielkie historyczno-porównawcze dzieła Maksa Webera czy Harolda Bermana. Trudno byłoby Weberowi skonstruować teorię racjonalności bez porównawczych badań historycznych. W efekcie dał nam, nawet jeśli się nie zgadzamy, typologię systemów prawnych z punktu widzenia racjonalności. Harold Berman w swoim dwutomowym dziele *Law and revolution. The formation of the Western legal tradition*¹ poszedł śladem Webera i uwzględnił prawo jako zmienną zależno-niezależną w dziejach Europy. To, że prawo ma historyczną tożsamość, jest banałem, ale nie jest banałem stwierdzenie, że analityczno-pozytywistyczne podejście do prawa traktowało prawo jak wyparne z tożsamości historycznej. To nie był błąd, to zbrodnia intelektualna pozbawiająca prawa całego bogactwa kulturowego. Podejście analityczno-pozytywistyczne

¹ H. Berman, *Law and Revolution I. The Formation of the Western Legal Tradition*, Cambridge, Mass. 1985; *idem*, *Law and Revolution II. The Impact of Reformation on the Western Legal Tradition*, Cambridge, Mass. 2003.

poprzez odarcie prawa z wymiaru diachronicznego pozbawiło go też zakorzenienia w życiu społecznym, przedstawiało prawo jako technikę. Celem współczesnej jurysprudence (z naciskiem na *prudence*) powinno być uhistorycznienie prawa, ale nie w sensie archiwalnym poprzez wzmocnienie historycznych badań nad prawem, ale właśnie poprzez odzyskiwanie kulturowej tożsamości prawa, a więc badanie i pokazywanie, jak prawo związane jest z doświadczeniem zbiorowości. Tylko socjologiczno-historyczna jurysprudence jest w stanie wypełnić to zadanie. Podejście analityczne jest tylko narzędziem, a nie celem samym w sobie. Taki też cel przyświeca niniejszemu tekstowi.

Pytanie, które sobie zadaję w niniejszym tekście, to relacja między prawem a tożsamością i pamięcią zbiorową. Zarówno badania teoretyczno-prawne, jak i historyczno-prawne czy cała historiografia prawa tylko częściowo pokrywają się z problemem relacji między prawem jako systemem norm i instytucji a tożsamością zbiorową i 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 i tożsamością wspólnot politycznych. Celem autora jest zwrócenie uwagi teoretykom i historykom prawa na ważny problem badawczy. W chwili obecnej nie jest on w wystarczającym stopniu przez nich penetrowany ze szkodą zarówno dla i teorii prawa, jak i nauk historyczno-prawnych. Zajmują się nim jedynie trochę socjologowie, ale już nie socjologowie prawa.

Jestem wielkim zwolennikiem nowej dyscypliny, którą można nazwać historyczną socjologią prawa, a która zajmowałaby się przedstawianiem zmian strukturalnych prawa w kontekście systemów społecznych. Nowa dyscyplina nie tylko badałaby relacje między strukturami prawa i systemów społecznych w aspekcie diachronicznym, ale niejako przy okazji odsłaniałaby ukryte struktury systemów prawnych i społecznych, a więc mechanizmy niebadane w tradycyjnych dyscyplinach prawoznawstwa. Historyczna socjologia prawa zamiast antykwarycznej nauki historii prawa skoncentrowanej na oderwanych od siebie detalach mogłaby stanowić znakomitą podstawę do pogłębionych studiów nad społecznym położeniem i rolą prawa w świecie współczesnym. W okresie globalizacji i harmonizacji systemów prawnych, w okresie rozbuchanej transplantologii instytucji prawnych, gubi się pamięć i tożsamość. Bez pamięci i tożsamości powstaje człowiek plastyczny, podlegający łatwiej manipulacji i wypełniający cele władzy. Wydaje się, że droga do prawa to zaangażowanie w budowę wspólnoty i zaangażowanie w ochronę tożsamości zbiorowej poprzez powiązanie prawa z pamięcią zbiorową. Dominująca ideologia prawna to liberalizm polityczny podkreślający rolę i znaczenie jednostki. Chyba ma rację Sandel, krytykując liberalizm i mówiąc, że jednostka w koncepcji liberalnej jest niezakorzeniona. Jednostka potrzebuje

praw i wolności, potrzebuje instytucjonalnego zabezpieczenia przed roszczeniami wspólnoty, ale jednostka żyje we wspólnocie i potrzebuje wspólnoty do rozwoju swojej tożsamości. Wspólnoty są tak silne jak silna jest ich pamięć o przeszłych losach wspólnoty.

TOŻSAMOŚĆ I PAMIĘĆ

To, że tożsamość jest oparta na pamięci, wydaje się banalnym twierdzeniem. Pytanie, czy prawo ma coś wspólnego z pamięcią, już nie wydaje się tak oczywiste w szczególności w dominującym paradygmacie pozytywistyczno-analitycznym. Prawo ma związek z pamięcią zbiorową, chociaż do dziś nie mamy dogłębnej analizy problemu relacji między prawem a pamięcią zbiorową.

Prawo jako system norm i instytucji rozwinęło obszerny arsenał środków w relacji do pamięci indywidualnej. Historia prawa zachodniego była przez całe wieki ukierunkowana na coraz większą indywidualizację podejścia. Pojęcia zbiorowej odpowiedzialności czy winy są obce tradycji prawnej Zachodu. Indywidualizacja prawa dotyczy zarówno praw własności, jak i prawa karnego.

Ukierunkowanie na indywidualną pamięć jest widoczne w prawie dowodowym i proceduralnym. Nie jest jasne, jak prawo odnosi się do pamięci zbiorowej.

Pamięć zbiorowa jest oparta na społecznie zlokalizowanych i ukonstytuowanych procesach zapamiętywania i zapominania. Wskazuje to na instytucjonalny charakter pamięci zbiorowej. Instytucje selekcjonują, systematyzują i reprodukcją pamięć zbiorową². Instytucje 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 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. Konflikt toczący się w teraźniejszości prawo usiłuje rozwiązać przez odwołanie się od ustaleń z przeszłości. Punktem wyjścia

² 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.

nie jest jednak przeszłość, a terażniejszość. Tak długo jak nie zaistnieje sytuacja konfliktu w terażniejszości, tak długo przeszłość nie budzi zainteresowania prawa. Innymi słowy, podejście prawa do pamięci jest nie tyle antyhistoryczne, ile ahistoryczne. Diachroniczne podejście występuje, ale ma specyficzny charakter. Historycy usiłują zrekonstruować procesy z przeszłości, ale — jak wiemy — nie jest to w pełni możliwe. Każde pokolenie opisuje przeszłość od początku, tworzy jej własne wizje interpretacyjne. Wynika to z tego, że punktem wyjścia historiografii, czy się na to godzi, czy nie, jest zawsze terażniejszość.

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 terażniejszości. Prawo jest wyrazem nietzscheańskiej idei „historii w służbie życia”³. Znaczy to tyle, że prawo interesuje się przeszłością o tyle, o ile służy ona lepszemu regulowaniu stosunków społecznych w terażniejszości i przyszłości.

Prawo jest oparte na pamięci i zapamiętywaniu. Jest także maszyną systematycznego zapominania: sprawy zostają zamknięte, złoczyńcy zrehabilitowani, 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 jest oparte na założeniu, że życie społeczne i jego reprodukcja wymagają systematycznego zapominania, co nie znaczy, że prawo propaguje amnezję. Przestrzeń społeczna jest pełna decyzji prawnych z przeszłości, a działanie instytucji prawnych jest oparte 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.

Podejście do przeszłości wiąże się z podejściem do tożsamości. Podobnie jak podejście do pamięci jest ona zindywidualizowana, a prawny wymiar tożsamości zbiorowej ogranicza się raczej do deklaracji w ramach prawa konstytucyjnego. Doświadczenia nagromadzone w prawie (odpowiednik pamięci w prawie) stanowią podstawę tożsamości danego systemu prawnego. Można analizować relacje między tożsamością indywidualną a tożsamością zbiorową poprzez badanie relacji wzajemnych między prawem a pamięcią indywidualną i zbiorową.

Relację między prawem a pamięcią zbiorową i tożsamością można podzielić na trzy elementy:

1. Prawo jako pamięć zbiorowa (tożsamość systemu prawnego).
2. Wpływ pamięci zbiorowej na prawo, innymi słowy — wpływ tożsamości grupowej na system prawny.

³ F. Nietzsche, *On the Uses and Disadvantages of History for Life*, [w:] *The Untimely Meditations*, Cambridge 2013, s. 57–124 (Cambridge Texts in the History of Philosophy).

3. Regulacja pamięci zbiorowej przez prawo, a więc modyfikacja prawna tożsamości zbiorowej.

PRAWO JAKO PAMIĘĆ ZBIOROWA (TOŻSAMOŚĆ SYSTEMU PRAWNEGO)

Teza, że pamięć zbiorowa jest zawarta w prawie, a całe prawo jest emanacją pamięci dotyczącej życia zbiorowego, brzmi tyleż intrygująco, ileż banalnie. Doświadczenia wspólnoty 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 wieku w rozwoju prawa międzynarodowego w celu regulowania przemocy, zbrodni, winy i wstydu: od Konwencji Genewskiej z 1899 roku, poprzez Trybunał Norymberski, do ustanowienia stałego Międzynarodowego Trybunału Karnego na podstawie Traktatu Rzymskiego. W międzynarodowym prawie publicznym rola prawa w relacji do pamięci zbiorowej jest chyba najbardziej wyraźnie widoczna. Mniejsza wyrazistość istnieje na poziomie prawa poszczególnych państw narodowych, chociaż nadal można się takiej relacji dopatrzeć. 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.

Nietrudno zauważyć, że mówimy tu o kręgach doświadczeń zbiorowych zakodowanych w prawie na poszczególnych poziomach. Jeden, najszerszy, to prawo międzynarodowe, młode, ale najwyraźniej oddające doświadczenia zbiorowości międzynarodowej. Posiedzenia zamknięte w kapsule prawa stanowią też wyraz tożsamości w sensie zarówno doświadczeń, jak i aspiracji wspólnoty międzynarodowej.

Podobna struktura istnieje na poziomie państw narodowych, gdzie doświadczenia, częściowo o charakterze uniwersalnym, są powiązane z doświadczeniami partykularnymi, konkretnie wspólnoty politycznej. Od razu mamy więc zawarty wątek uniwersalny z partykularnym w samym prawie, a także charakterystyczne dla danej wspólnoty sposoby rozwiązywania napięć między tymi dwiema zasadami.

Według klasycznej jureksprudencji prawo jest oparte na doświadczeniach z przeszłości (*law as immemorial custom*). Skumulowane doświadczenia są przekazywane w postaci norm skierowanych w kierunku 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 na podstawie doświadczeń z przeszłości zachowanych w pamięci prawa. W paradygmacie tym przeszłość jest niezmienna, ponieważ już się wydarzyła, a co się wydarzyło, nie może ulec zmianie. Przeszłość też, a właściwie zapamiętane zdarzenia z przeszłości, determinują tożsamość bytu zbiorowego, a więc danej wspólnoty generującej

określone prawo. 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 odnajdywanie prawa (*lawfinding*). Ciekawie w tym kontekście wygląda problem aktywizmu sędziowskiego. Z jednej strony można powiedzieć, że jeżeli sędzia tylko odnajduje prawo, to nie może być mowy o aktywizmie, ale to teoria, a praktyka może być taka, że sędziowie po prostu narzucają swoje własne rozstrzygnięcia. Tak się składa, że — socjologiczne rzecz ujmując — ilość i stopień aktywizmu w Anglii był i jest bardzo niewielki w porównaniu z krajami prawa cywilnego. Ma to coś wspólnego z tożsamością systemu prawnego zawartego w *legal reasoning*. W ramach *common law* tylko rozumowanie prawnicze stanowi podstawę ograniczenia aktywizmu sędziowskiego, a nawet można powiedzieć — podstawę właściwego funkcjonowania całego systemu prawnego. To właśnie pamięć instytucjonalna stanowi podstawę rozumowania prawniczego i aktywności w stosowaniu prawa sędziów angielskich. Ta forma pamięci instytucjonalnej stanowi najlepszą ostoję dla tożsamości działań oraz gwarancję do nienadużywania pozycji. Innymi słowy, gwarantuje koherencję systemu wymiaru sprawiedliwości poprzez dostarczenie tożsamości w formie pamięci instytucjonalnej.

Prawo jest skoncentrowane na teraźniejszości i na przyszłości. 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 zaś 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 instytucji przedawnienia. Taki paradygmat prawa jest tożsamy ze znaną łacińską paremią *historia magistra vitae est*.

Przez wieki całe prawo było postrzegane jako normy mądrości zbiorowej oparte na doświadczeniach grup społecznych zachowanych w pamięci zbiorowej. Do XVI wieku prawo nie było traktowane jako instrument zmiany społecznej, ponieważ nieznana była zasada świadomego tworzenia prawa w celu wprowadzenia ogólniejszej zmiany społecznej. Przyjęte przez przedstawicieli stanów prawa przedstawiano jako odnowienie istniejącego już porządku prawnego. Historycy prawa twierdzą, że pierwszy raz świadomego uchwalenia nowego prawa dokonano w trakcie rewolucji cromwellowskiej w okresie panowania Henryka VIII w Anglii na przełomie XV i XVI wieku.

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 prawem stanowionym. 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 od 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 jurysprudencki niemieckojęzycznej. Także w krajach języka angielskiego poprzez działalność Frederica Williama Maitlanda zapoczątkowano świadome badania nad prawem i historią prawa w Anglii i jej koloniach, a w szczególności w Indiach.

Niemiecka szkoła historyczna w prawoznawstwie zanegowała ahistorycyzm 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.

Szkółę myślenia o prawie, która w nowożytności już świadomie podjęła wątek relacji między prawem a bytami zbiorowymi, łączy się z początkiem socjologii prawa. Socjologia prawa wiąże się z dwoma prawnikami, którzy w okresie dominacji, antyhistorycznego w sumie, 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 Czerńowcach (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. W ich obu koncepcjach, które później Adam Podgorecki nazywał „*living-intuitive law*”, co chyba można przetłumaczyć jako ‘żywe prawo intuicyjne’ najważniejsza jest idea, że prawo wyraża tożsamość grupową, a tożsamość grupowa wyrażana jest poprzez prawo.

Pierwszą osobą, która zwróciła uwagę na relacje między instytucjami prawnymi a pamięcią zbiorową, był francuski socjolog Maurice Halbswach. W szczególności jest to widoczne w jego analizie roli praw własności oraz przestrzeni z punktu widzenia pamięci zbiorowych w Jerozolimie. Dystrybucja praw własności zawiera w sobie przecież pamięć zbiorową. Maurice Halbswach był uczniem Emila Durkheima i pod jego wpływem zajął się problematyką pamięci zbiorowej. Prawo odgrywało istotną rolę jako „indeks moralny społeczeństwa” w myśli twórcy socjologii. Takie też podejście do prawa można odczytać w twórczości M. Halbswacha. W niedokończonych przez niego pracy o pamięci zbiorowej można znaleźć wiele wskazówek na temat relacji między pamięcią zbiorową i indywidualną, historią jako historiografią a pamięcią oraz pamięcią a tożsamością indywidualną i zbiorową.

W jurysprudenckiej 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 wchodzi 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 długiego trwania (tzw. *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, a więc sowing tożsamości. Obie te cechy są funkcją akceptowanej narracji historycznej wynikającej z dominującej pamięci zbiorowej czy też pamięci publicznej nadającej tożsamość wspólnocie politycznej. W społeczeństwie jest wiele narracji historycznych wytwarzanych przez pamięci zbiorowe. Jedna z nich odgrywa rolę dominującą i stanowi podstawę tożsamości dla danej wspólnoty politycznej. Nie znaczy to, że jest to tożsamość statyczna. Ulega ona zmianie i fluktuacji, ale w procesie długiego, a nie krótkiego trwania.

Prawo dla swojego autorytetu i legitymizacji potrzebuje zakorzenienia w narracji historycznej, jednak we współczesnym typie organizacji politycznej społeczeństwa tylko jedna z wielu narracji jest uznana za autorytatywną narrację publiczną i to ona dostarcza legitymizacji całemu systemowi prawnemu, a także zapewnia tożsamość i integralność normatywną całego systemu prawa, a więc dostarcza narzędzi do eliminowania sprzeczności występujących w danym systemie prawnym. Sprzeczność norm w celu zapewnienia tożsamości systemu prawnego jest rozwiązywana poprzez odwołanie się do dominującego typu narracji historycznej.

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 odgrywa 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 narodowego⁴. To publiczna narracja historyczna jest odpowiedzialna za tożsamość konstytucyjną państwa, która nie ogranicza się tylko do tekstu konstytucji, ale wchodzi daleko poza tekst pisany⁵.

ZALEŻNOŚĆ ZWROTNA — REGULACJA PAMIĘCI ZBIOROWEJ

Nietrudno zauważyć, że relacja między pamięcią zbiorową a prawem jest wzajemnie wzmacniająca się. Prawo podpira i potrzebuje zakorzenienia w dominującym typie narracji historycznej danej wspólnoty, a jednocześnie wzmacnia (by nie powiedzieć, że petryfikuje) narrację dominującą. Od pewnego czasu można jednak zauważyć niezależnienie się prawa od narracji historycznej oraz próby legalizacji czy regulowania 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 wieku i w pierwszej dekadzie XXI wieku⁶.

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, prawnie 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 istotną jest rola prawa w relacji do utrzymania czy zmiany tożsamości grupowej poprzez

⁴ A. Młynarska-Sobaczewska, *Normatywizacja tożsamości zbiorowej w preambułach do konstytucji państw postkomunistycznych*, „Filozofia Publiczna i Edukacja Demokratyczna” (w druku). Zob. także tej autorki *Autorytet państwa. Legitymizacyjne znaczenie prawa w państwie transformacji ustrojowej*, Toruń 2010, s. 182–192.

⁵ G.J. Jacobsohn, *Constitutional Identity*, Harvard, Mass. 2010 oraz dla polskiego przypadku L. Morawski, *Tożsamość konstytucyjna Polaków*, „Prawo i Więzy” 2012, nr 1 (1).

⁶ *Legal Institutions and Collective Memories*, red. S. Karstedt, Oxford and Portland, Oregon 2009 (Onati Series in Socio-Legal Studies).

regulacje pamięci zbiorowej. Jest to istotne nie tylko w społeczeństwach postkolonialnych, jak Australia, Nowa Zelandia, Kanada, gdzie prawnie uznaje się wielokulturowość i tożsamość oraz rolę tak zwanych pierwszych narodów, ale także w krajach wychodzących z konfliktów zbrojnych i czasów opresji, gdzie prawo określa grupy ofiar i ich uprawnienia oraz 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 drugiej połowie XX wieku popełniono największe zbrodnie, które odcisnęły się w pamięci⁷ 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 zbrodniami 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 tak zwanej jurysdykcji uniwersalnej — czyli możliwości postawienia przed sądem osób oskarżonych o zbrodnie przeciwko ludzkości niezależnie od miejsca jej popełnienia oraz obywatelstwa osoby oskarżonej o ludobójstwo.

PRAWO ZMIENIA PAMIĘĆ O PRZESZŁOŚCI I ZMIENIA TOŻSAMOŚĆ WSPÓLNOTY

W trakcie procesu budowania państw narodowych i związanym z tym procesem budowaniem 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 tak zwaną trzecią falę demokratyzacji (Argentyna⁸, Chile), w byłych krajach kolonialnych (Republika Południowej

⁷ Zob. J. Balint, *Conflict, conflict victimization, and legal redress, 1945–1996*, „Law and Contemporary Problems” 59 (4), 1996, s. 231–247.

⁸ M. Osiel, *Mass Atrocity, Collective Memory and the Law*, New Brunswick 1997.

Afryki, Australia), a także w byłych krajach komunistycznych (Polska, Czechy, Węgry, Rosja). Prawo i jego instytucje od lat 70. ubiegłego wieku 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, wolności⁹ 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 roku albo później, w sumie 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.

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 wzmacniania 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 zaś, chodzi o proces „reinterpretacji historii poprzez instytucje prawne”. W przypadku byłych krajów komunistycznych są to kwestie rozliczeń z przeszłością, a więc: lustracji, dekomunizacji, restytucji własności¹⁰.

Podobne procesy zachodziły i zachodzą w niektórych krajach postkolonialnych. Wszystko to dzieje się po 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 — Komisja Prawdy i Pojednania (*Truth and Reconciliation Commission*).

O ile w RPA powołano specjalną instytucję, o tyle w innym kraju postkolonialnych — Australii — sprawami przeszłości zajmują się ustanowione już

⁹ J. Elster, *Closing the Books: Transitional Justice in Historical Perspectives*, Cambridge 2004.

¹⁰ Zob. symposium *Law and lustration: Righting the wrongs of the past*, „Law and Social Inquiry” 1995 (winter), vol. 20, no. 1, s. 1–276.

instytucje jak sądy i ombudsman. Kolonialna przeszłość Australii jest do dziś bardzo żywa w pamięci zbiorowej Aborygenów. W 1992 roku Sąd Najwyższy (*High Court*) wydał Mabo decyzję, 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 tak zwanej 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 tak zwanych *first nations*¹¹.

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

Prawo jest również obecne w podejściu do kwestii uznania zbrodni i win popełnionych przez państwa narodowe wobec siebie. Służy temu instytucja przeprosin wygłaszanych w imieniu państwa przez umocowanych konstytucyjnie przedstawicieli państwa. Przykładem takich działań może być postawa premiera Australii, który przeprosił ofiary tak zwanej *stolen generation*, które w ramach oficjalnej polityki Australii były, jako dzieci półkrewi, zabierane matkom Aborygenkom i oddawane do instytucji wychowawczych. Premier Japonii przeprosił Chiny za zbrodnie wojenne, ale tylko w kontekście zjawiska tak zwanych *comfort women*, czyli chińskich kobiet seksualnie wykorzystywanych przez Cesarską Armię Japonii. W tym przypadku, mimo wyraźnego żądania ofiar domagających się oficjalnych przeprosin, rząd drugiej strony im ich odmawia. Do podobnej sytuacji doszło w byłej Jugosławii. Przedstawiciele społeczeństwa obywatelskiego usiłowali powołać komisję prawdy i pojednania. Brak sukcesu tego przedsięwzięcia wynikał z tego, że nie miało one za sobą autorytetu prawa. 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 mają większą moc niż innych instytucji społecznych.

Podobnie jest z prawną regulacją tak zwanego kłamstwa oświęcimskiego, czyli regulacji prawnokarnej kryminalizującej negowanie holokaustu. Obiektywnie wpływa to na ograniczenie wolności słowa i penetrowanie pamięci zbiorowej,

¹¹ Nt. problemu roli instytucji prawnych w podejściu do sprawiedliwości historycznej zob. *Lethe's Law: Justice, Law and Ethics of Reconciliation*, red. E. Christodoulidis, S. Veitch, Oxford 2001.

a także regulowanie jej z punktu widzenia uniwersalnych standardów. Zadziwiająco 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 eliminowano alternatywne, mniejszościowe pamięci zbiorowe. Normy te zaś były oparte i legitymizowane przez pamięć zbiorową większości. Obecnie regulacje prawne (np. uniwersalne prawa człowieka) nie są wsparte narracją 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 system instytucjonalno-normatywnym a pamięciami zbiorowymi. O ile w przeszłości prawo legitymizowane było przez pamięć zbiorową (*law as immemorial custom*), o tyle współcześnie jest ono legitymizowane przez normatywne wizje przyszłości i samo modeluje oraz wpływa na przekształcenie pamięci zbiorowej. Prawo stało się głównym medium przekształcania pamięci zbiorowej¹². 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 roku przyjęto zasadę ciągłości prawnej, którą miało legitymizować ponowne przyjęcie Konstytucji Republiki Łotewskiej z 1921 roku. Z drugiej strony współczesną Łotwę zamieszkuje liczna grupa, stanowiąca około 30% populacji całego kraju, rosyjskojęzycznej mniejszości osiedlonej w czasie, gdy Łotwa była częścią ZSRR. Walka odmiennych pamięci zbiorowych i tożsa-

¹² Ciekawą analizę wpływu procesów sądowych na pamięć i tożsamość zbiorową zob. L. Bilsky, *Transformative Justice. Israeli Identity on Trial*, Ann Arbor 2004.

mości 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 zarówno niemałą grupę weteranów w mundurach Waffen SS, jak i 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.

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. Parlamenti 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 mają 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–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 dwoma funkcjami prawa: instytucjonalnym pamiętaniem i instytucjonalnym zapominaniem.

OGRANICZENIE PRAWA

Prawo zawiera 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 tego, 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 są oparte na pamięci zbiorowej. Oczywiście sytuacja jest zróżnicowana w zależności od gałęzi prawa. I tak prawo międzynarodowe lepiej 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 Michael Oakeshott twierdził, że jesteśmy sami przeszłością. Wyróżnił cztery rodzaje przeszłości obecnej w życiu społecznym: przeszłość ucieleśnioną, przeszłość pamiętaną, przeszłość konsultowaną i przeszłość jako nośnik wiadomości¹³. Prawo zajmuje się każdą z wyróżnionych przez M. Oakeshotta form pamięci. Prawo jest niesłychanie potężnym instrumentem zaangażowanym w rozciąganie teraźniejszości w przeszłość i w kontrolę przyszłych relacji społecznych. Tyle tylko, że kontrola rozbija wspólnotę i zabija tożsamość.

System prawny, sam będąc formą pamięci, jest strażnikiem pamięci i instrumentem kontroli nad pamięcią. Prawo współczesne ma władzę przypisywaną w mitologii greckiej dwóm boginiom: Mnemosyne — bogini pamięci i Lete — bogini zapominania.

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.

¹³ M. Oakeshott, *On History and Other Essays*, Oxford 1985, s. 1–44.

Druga i trzecia forma pamięci, a więc przeszłość pamiętana i przeszłość konsultowana, są zasadnicze dla prawa. Jedna, jak już napisałem, tożsamość, a druga jako podstawa moralnego działania, odpowiadająca na pytanie, jak dobrze żyć — a więc podstawa rozumu praktycznego. Tak się składa, że jedna z drugą są policzone i jeżeli zabraknie tożsamości, nie będzie podstaw dla praktycznego rozumu. Tożsamość zaś można osiągnąć, co brzmi banalnie, jako członek wspólnoty.

DOES LEGAL THEORY HAVE AN IDENTITY? ON LAW AND COLLECTIVE MEMORIES

Summary

The question asked in the text concerns the relations between law, its identity and collective memories. Legal theoreticians as well as legal historians overlooked the problem of mutual relations between law as a system of norms and collective identity based on some form of collective memory.

The aim of the text is to formulate the problem and present some terminological concepts as well as typology of relations. The text is a preliminary exploration of fascinating issues bordering between legal history and theory and sociology.