

II. ARTYKUŁY RECENZYJNE

ADAM CZARNOTA*

POLITYKA RZĄDÓW PRAWA, KONSTITUCJONALIZM I PROBLEM ROZLICZEŃ Z PRZESZŁOŚCIĄ (uwagi na marginesie książki Davida Dyzenhausa *Judging the Judges, Judging Ourselves. Truth, Reconciliation and the Apartheid Legal Order*¹)

WSTĘP

Odo Marquard, powiedział w wywiadzie, że „każda publikowana wypowiedź jest... w gruncie rzeczy naprzykrzaniem się światu”². Może jest to słuszne ale nie w każdym przypadku. Nie dotyczy to problemów poruszanych w omawianej książce. Pewne problemy wymagają naprzykrzania i nieustannego powtarzania. Dlatego też myślę, że nie tylko autor omawianej książki nie naprzykrza się światu, ale również niniejsza recenzja ma jakieś uzasadnione podstawy do bytu.

Monografia Davida Dyzenhausa *Judging the Judges, Judging Ourselves. Truth, Reconciliation and the Apartheid Legal Order* niewątpliwie warta jest przybliżenia polskiemu czytelnikowi. Dotyczy ona jednego z tak zwanych przesłuchań strukturalnych, przed Komisją Prawdy i Pojednania w Republice Południowej Afryki (*The Truth and Reconciliation Commission*), dotyczącego systemu prawa i jego roli w podtrzymywaniu systemu apartheidu. Przesłuchania te miały miejsce w ciągu tylko trzech dni od 27 do 29 października 1997 roku w Cape Town. Autor nie tylko z talentem opisuje dramaturgię przesłuchań ale także przedstawia tło poprzedzające przesłuchania przed Komisją. Książka nie jest jednak reportażem czy tylko sprawozdaniem z prac TRC³, jest rzeczą teoretyczno-prawną analizą zarówno problemów związanych z funkcjonowaniem prawa w okresie apartheidu, jak i problemów związanych z funkcjonowaniem TRC. Jednocześnie muszę dodać, że przedstawiając prawniczy dramat rozgrywany przed TRC, autor zajmuje pewną wyraźnie określoną pozycję moralną. Sam, w przeszłości, należał do uprzywilejowanych w okresie apartheidu. Pozycja moralna lub używając bardziej naukowego języka normatywna, Davida Dyzenhausa jest podobna do przedstawionej w wierszu Anny Achmatowej, która napisała, że jest świadkiem dla prostych ludzi, którzy

* Wydział Prawa, Uniwersytet Nowej Południowej Walii, Sydney, Australia oraz Fellow Collegium Budapest/Institute for Advanced Study, Budapeszt, Węgry.

¹ Hart Publishing – Oxford, 1998.

² Odo Marquard, *Apologia przypadkowości*, Oficyna Naukowa, Warszawa, 1994, s. 145.

³ Zainteresowanym personalnym sprawozdaniem z prac TRC polecam doskonałą książkę poetki i dziennikarki Antije Krog, *Country of My Skull*, Johannesburg, 1998.

przeżyli tamte czasy i miejsca. Nie oznacza to, że analiza Dyzenhausa jest wypaczona – po prostu wyraźnie zajmuje on pewne stanowisko. Nie jest świadkiem oskarżenia, raczej połączeniem wyżej opisanego stanowiska ze stanowiskiem świadka-specjalisty (*expert witness*). Wiem, że polskie społeczeństwo ma swoje wielkie problemy niemniej apartheid był wielkim złem i to złem wyrządzonym przez białych. Karl Jaspers pisał o winie metafizycznej, którą dzielimy jako część rodziny ludzkiej. W tym sensie podczas pobytów w RPA po 1994 roku poczuwam się do tego rodzaju winy a może raczej wstydu (*shame*) oraz moralnej odpowiedzialności związanej z rasiistowską przeszłością Australijczyków jak pisał filozof i moralista Raimond Gaita⁴. To jak sądzę wyjaśnia i tłumaczy skąd ta recenzja.

Dla każdego kto śledził publikacje profesora prawa i filozofii Uniwersytetu w Toronto, Davida Dyzenhausa, książka ta przedstawia kontynuację jego badań nad antypozytywistyczną filozofią prawa. Z teoretycznego punktu widzenia najbardziej zaawansowaną wersję tego projektu Dyzenhaus przedstawił w książce opublikowanej również w 1998 roku, a zatytułowanej *Legality and Legitimacy: Hans Kelsen, Carl Schmitt, and Herman Heller in Weimer*⁵. Na marginesie chciałbym od razu dodać, iż szkoda, że w omawianej pracy autor nie wykorzystał i nie zaaplikował do końca idei z późniejszej książki.

Omawiana praca, w mojej opinii, jest jedną z ważniejszych w nurcie wzrastających publikacji poświęconych prawnym problemom tzw. *transitional justice* czyli roli prawa i instytucji prawnych w okresie transformacji ustrojowej. Innymi słowy, używając języka nauk politycznych czy socjologii politycznej, przejścia od rządów autorytarnych do demokracji. W języku nauk prawnych mówi się o tworzeniu rządów prawa albo tworzeniu i konsolidacji konstytucjonalizmu. W przeciwieństwie do nauk politycznych czy socjologii w szeroko pojętej jurysprudencji, biblioteka prac nie jest aż tak bogata. Prawne problemy transformacji SA raczej rozproszkowane, a rzadko można znaleźć refleksje teoretyczno-prawne na ten temat. W Polskiej literaturze na uznanie zasługują publikacje Lecha Morawskiego⁶. Zastanawia jednak fakt jak rzadko korzysta się z opracowań uwzględniających problemy z innego kręgu kulturowego. Mam tu na myśli rozwiązania i refleksje południowoamerykańskich filozofów prawa⁷, czy właśnie rozwiązań i refleksji teoretyczno-prawnej w Republice Południowej Afryki. Szczególnie w tym ostatnim przypadku aż prosi się o prace porównawcze dotyczące prawno-konstytucyjnych rozwiązań problemu transformacji między Polską i RPA, tym bardziej, że można znaleźć wiele podobieństw no

⁴ R. Gaita, *A Common Humanity. Thinking About Love, Truth, and Justice*, Text Publishing, Melbourne 1999, s. 80 - 130.

⁵ *Oxford University Press*, 1998 szczególnie s. 219 - 258. Zobacz także istotną książkę zredagowaną przez D. Dyzenhausa, *Recrafting the Rule of Law: The Limits of Legal Order*, Hart Publishing – Oxford-Portland, Oregon 1999, szczególnie s. 1 - 15. Na marginesie uwaga – D. Dyzenhaus ma rodzinne powiązania z Polską. Jego dziadek był prawnikiem w Warszawie i został zamordowany w Palmirach w 1940 roku.

⁶ Zobacz doskonałą ale fatalnie zatytułowaną pracę Lecha Morawskiego, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*, Wydawnictwo Prawnicze PWN, Warszawa 1999, s. 257 - 269.

⁷ Można wskazać prace niedawno zmarłego argentyńskiego filozofa prawa Carlosa Santiago Nino, *Radical Evil on Trial*, New Haven, Connecticut, Yale University Press, 1996 oraz Ruti Teitel, *Transitional Jurisprudence: The Role of Law in Political Transformation*, 106 „Yale Law Journal” 2009 (1997).

i oczywiście różnic w podejściu i rozwiązaniach instytucjonalnych. Skoncentrowanie na sobie polskiej teorii i filozofii prawa prowadzi do parafian-szczyzny, w której uważa się za specyficznie polskie problemy, z którymi borykają się właściwie wszystkie kraje w trakcie transformacji. Jako przeciwieństwo można wskazać czerpanie pełnymi garściami z rozwiązań w innych krajach przez południowoafrykańczyków. Dotyczy to zarówno procesu rozwiązań konstytucyjnych i wykorzystywaniu doświadczeń kanadyjskich jak i tzw. „problemu rozliczeń z przeszłością”⁸. Używając metafory Tolstoja, to prawda, że każda szczęśliwa rodzina wygląda podobnie, a każda nieszczęśliwa rodzina jest nieszczęśliwa na swój szczególny sposób – i właśnie ta konieczność prawnego zmagania się z „nieszczęśliwością” albo nieszczęśliwą przeszłością zmusza do podejścia porównawczego. Każdy kraj wybiera swoją własną drogę rozliczania z przeszłością. Jak zauważył ostatnio jeden z akademickich prawników „żyjemy w wieku przeprosin” za niechlubną przeszłość⁹.

Omawiana praca dotyczy bardzo istotnego fragmentu działalności na prawdę wyjątkowej instytucji powołanej przez demokratycznie wybrany Parlament RPA do spraw prawnego rozliczenia się z przeszłością okresu apartheidu¹⁰.

Podobnie jak w Polsce zmiana systemu politycznego w RPA odbyła się nie w wyniku rewolucji w klasycznym tego słowa znaczeniu ale poprzez „negocjowaną zmianę” (*negotiated transformation*)¹¹. Poprzez zinstytucjonalizowane negocjacje między siłami politycznymi w RPA a w szczególności rządem kontrolowanym przez *National Party* a *African National Congress* będącym w opozycji do apartheidu. Dodać należy, że ANC była od lat 60-tych zdelegalizowana. Formalnie południowoafrykańska odmiana Okrągłego Stołu CODESA (*Convention for a Democratic South Africa*) rozpoczęła obrady w grudniu 1991 roku. Następnie została zastąpiona przez MPNP (*Multi-Party Negotiating Process*) w marcu 1993 roku. Negocjacje były prowadzone publicznie, ale podobnie jak w Polsce, odgrywały one rolę formalno-instytucjonalnego potwierdzenia ustaleń tajnych negocjacji między rządem a ANC¹². Efektem ustaleń było referendum dotyczące zmian w strukturze politycznej RPA, przeprowadzenie demokratycznych wyborów do Parlamentu, a następnie uchwalenie w 1993 roku Konstytucji Okresu Przejściowego (*Interim Constitution*). Konsolidacja zmian instytucjonalno-praw-

⁸ Niezwykle cenną pracą, dotyczącą problemów rozliczeń z przeszłością, jest trzy tomowa *Transitional Justice: How Emerging Democracy Reckon with Former Regimes*, pod redakcją N. Kritza, Washington, D.C.: United State Institute for Peace, 1995 z przedmową Nelsona Mandeli. Praca ta zawiera zarówno opracowania naukowe jak i artykuły publicystyczne oraz dokumenty prawne. Przedstawia problem zarówno teoretycznie jak i rozwiązania zastosowane w poszczególnych krajach.

⁹ R. L. Brooks we Wstępie do, *When Sorry Isn't Enough. The Controversy over Apologies and Reparations for Human Injustice*, pod red. R. L. Brooks, New York University Press: New York and London 1999, s. V.

¹⁰ Argumenty na rzecz konieczności rozliczeń z przeszłością w procesie budowy demokracji i społeczeństwa obywatelskiego zobacz artykuł Gesine Schwan, *The „healing” Value of Truth-telling; Chances and Social Conditions in Secularized World*, „Social Research”, vol. 65, No. 4, Winter 1998, s. 725 - 740.

¹¹ Interesujące, że jeszcze w połowie lat 80-tych Prezydent P. W. Botha zapoczątkował tajne kontakty z ANC. Specjalny zespół odpowiedzialny przed Prezydentem, a złożony głównie z funkcjonariuszy służb specjalnych utrzymywał regularne kontakty z siedzibą ANC w Lusace (Zambia). Głównym negocjatorem ze strony ANC był obecny Prezydent RPA Thabo Mbeki.

¹² Zobacz H. Corder, *Towards a South African Constitution*, „Modern Law Review”, 57 (1994), s. 491 - 528 oraz tegoż samego *South African Constitutional Odyssey*.

nych zakończyła się wraz z uchwaleniem przez Parlament ostatecznej Konstytucji RPA w 1995 roku. Nie znaczy to, że zakończył się proces budowy nowego konstytucjonalizmu RPA. Trwa on do chwili obecnej a niezwykle ważną rolę pełni w tym procesie TRC. Zanim przejdę do omówienia roli TRC w procesie budowy rządów prawa i konstytucjonalizmu w RPA chciałbym poświęcić trochę czasu fundamentom rządów prawa w nowej RPA.

Po pierwsze, niezwykle ważny a często pomijany, wydaje mi się proces negocjowanej transformacji dla budowy rządów prawa. Rację ma D. Dyzenhaus, że to co stanowi o wyjątkowości reżimu apartheidu jest jego legalistyczna natura¹³. Apartheid został wprowadzony przez prawo i jak wskazuje Dyzenhaus był podtrzymywany przez prawo. Jednocześnie prawo to, jak również wskazuje Dyzenhaus, w tej i wcześniejszej swojej książce¹⁴ – dalekie było od sprawiedliwości w tradycyjnym rozumieniu jurysprudenckiej *common law* jak pryncypiów jurysprudenckiej systemu prawa rzymsko-holenderskiego. Dodać należy, że system prawa w RPA jest efektem historycznego procesu specyficznego połączenia obu wspomnianych systemów prawa. Stąd przedmiot książki Dyzenhausa, a w szczególności jego pytania o rolę sędziów i prawników w profanacji prawa poprzez poddawanie się wpływom polityki i władzy wykonawczej, przy jednoczesnym akceptowaniu roli niezawisłości sędziów i zawodów prawniczych. Proces ten w wypadku sędziów dokonał się poprzez akceptowanie wykładni ustaw opartej na „akceptacji prostych faktów” (*plan fact approach*). Możliwe było inne podejście w interpretacji ustaw oparte na charakterystycznych dla *common law* technice *statutory interpretation*. To drugie niepozytywistyczne podejście otwierało możliwość większego uwzględniania takich wartości moralnych jak sprawiedliwość, równość, wolność i jednocześnie postawienie prawnej tamy dla represyjnej działalności ustawodawczej Parlamentu kontrolowanego przez *National Party*. Wąsko pojęty legalizm był złem, ale jak wykazuje Dyzenhaus dzięki legalistycznej kulturze prawnej możliwa była działalność liberalnych sędziów (*liberal judges*) – stosujących inną interpretację prawa i nie poddających się presji polityki. Także działalność adwokatów zaangażowanych w obronę praw człowieka odgrywała istotną rolę nawet w najcięższych latach reżimu apartheidu. Jednym słowem w okresie apartheidu przetrwały elementy w prawie, na których można budować rządy prawa oraz konstytucyjną kulturę prawną.

Te pozytywne elementy mogą teraz w pełni zaowocować w nowej RPA. Nie znaczy to, że stanie się to automatycznie i dlatego ocena systemu prawa okresu apartheidu oraz jego roli w podtrzymywaniu tego systemu jest konieczna.

¹³ Podkreślenie szczególnego charakteru legalistycznej kultury prawnej w RPA zawdzięczam rozmowie z Profesorem Erhardem Blankenburgiem, a w szczególności rozmowie z nim na temat kulturowych podstaw rządów prawa w Europie Środkowowschodniej i RPA. Dla odmiennego dziedzictwa w Polsce porównaj G. Skapska, *The Legacy of Anti-Legalism*, w: M. Krygier (red.), *Marxism and Communism: Posthumous Reflections on Politics, Society, and Law*, „Pozan Studies in Philosophy of Sciences and the Humanities” 1994, nr 36, s. 199 - 218.

¹⁴ Zobacz tegoż, *Hard Cases in a Wicked Legal Systems: South African Law in the Perspective of Legal Philosophy*, Oxford: Clarendon Press, 1991.

Chciałbym jednak poruszyć temat, który nie leży w polu zainteresowań Dyzenhausa a wydaje mi się, że ma istotne znaczenie dla budowy nowej kultury opartej na konstytucjonalizmie i prawach człowieka. Zwykle w dyskusjach nad rządami prawa i konstytucjonalizmie pomija się milczeniem, że tak powiem „grzech pierworodny” nowej rzeczywistości, a mianowicie niezbyt demokratyczną a jednak konstytucyjną drogę zmiany politycznej¹⁵. Pisząc konstytucyjna mam na myśli, nie konstytucje w wąskim znaczeniu a raczej konstytucjonalizm w szerszym znaczeniu tego słowa – jako procedury oparte na samoograniczeniu się. Wszystkie umowy, paktów o charakterze politycznym między starym reżimem a nowymi elitami politycznymi, które ustanowiły coś w rodzaju super-konstytucji okresu przejściowego i co ważniejsze położyły fundament pod kulturę konstytucjonalizmu. Najważniejsze w tych, jakże często krytykowanych umowach, jest proceduralizm oparty na samoograniczeniu oraz uznanie godności partnera. To właśnie te umowy otwierały i jednocześnie tworzyły ramy dla dyskursu politycznego. To prawda, że nie miały one charakteru demokratycznego i marginalizowały pewne typy, najbardziej radykalne, dyskursu politycznego, że tworzyły konstytucjonalizm „odgórny” (*from above*) niemniej jak wykazuje przykład RPA można to połączyć z tym co Grażyna Skąpska nazywa „konstytucjonalizmem oddolnym” (*grass-roots constitutionalism*)¹⁶, co postaram się rozwinąć poniżej. Bez tego typu zmiany mielibyśmy tzw. „sprawiedliwość zwycięzców” (*victors justice*) – niekoniecznie najlepsze rozwiązanie jak pokazuje historia wszystkich rewolucji. Umowy te stanowiły przykład polityki konstytucyjnej¹⁷ *par excellence*. Odbywały się bez bezpośredniej presji społecznych interesów grupowych, z dużym, chociaż biernym poparciem społecznym, a ich celem była zmiana systemowa.

Przykład RPA pokazuje, że umowy typu super-konstytucji nie zamykają drogi do budowania „konstytucjonalizmu oddolnego”. Być może jest to specyfika transformacji w RPA ale wymagałoby to studiów porównawczych. Skoncentruję się więc tylko na rozwiązaniach zastosowanych w RPA. Z konstytucjonalnego punktu widzenia specyfiką było wprowadzenie Konstytucji Okresu Przejściowego (Interim Constitutions) – która zawierała bogaty zestaw wartości, które miały być wprowadzone do konstytucji ostatecznej. Proces tworzenia konstytucji ostatecznej oparty był na szerokiej debacie publicznej. Komisja Konstytucyjna Parlamentu otrzymała tysiące wniosków od obywateli, organizacji politycznych i społecznych. Przed referendum konstytucyjnym projekt konstytucji był szeroko popularyzowany w mediach i spotkaniach w najbardziej odległych miejscach RPA. Projekt został przetłumaczony na 12 oficjalnych języków. W kraju, gdzie poziom edukacji nie jest najwyższy wydrukowano nawet specjalny komiks konsty-

¹⁵ Wyjątek stanowi praca zbiorowa pod redakcją J. Elstera, *The Round Table Talks and Breakdown of Communism*, Chicago and London: Chicago University Press, 1996.

¹⁶ Zob. G. Skąpska, *Paradigm Lost? The Constitutional Proces in Poland and the Hope of a 'Grass Roots Constitutionalism'*, w: M. Krygier i A. Czarnota (red.), *The Rule of Law After Communism. Problems and Prospects in East-Central Europe*, Ashgate/Dartmouth, Aldershot-Brookfield USA-Singapore-Sydney, 1999, s. 149 - 175.

¹⁷ W literaturze konstytucjonalizmu odróżnia się politykę konstytucyjną (*constitutional politics*) od codziennej polityki związanej z realizacją partykularnych interesów poszczególnych grup społecznych.

tucyjny aby upowszechnić znajomość konstytucji, a w szczególności praw obywatelskich.

Podsumowując można stwierdzić, że z jednej strony wprowadzono ograniczenia dyskursu politycznego, a jednocześnie przyjęte rozwiązania instytucjonalne poszerzały ten dyskurs włączając w to coraz większe kręgi społeczeństwa RPA. Jedną z instytucji poszerzającą taki dyskurs była w mojej opinii Komisja Prawdy i Pojednania. Poniżej spróbuję przedstawić i omówić działalność TRC z tej właśnie perspektywy.

KONSTYTUCJONALIZM A PROBLEM Z PRZESZŁOŚCIĄ

Nowe elity polityczne po przejęciu władzy drogą „negocjowanego przejścia” stają przed dylematem co zrobić z niezbyt piękną przeszłością. Zauważmy, że ten typ przejścia zakłada kontynuację prawną. Dwie najbardziej ekstremalne opcje w ramach całego spektrum możliwości to: generalna amnezja albo aktywne włączenie się w sprawiedliwość retro aktywną. Oczywiście stare elity starają zapewnić sobie bezkarność za przestępstwa popełnione w poprzednim okresie, a z drugiej strony jest parcie społeczne na stosowanie sprawiedliwości retrybutywnej. Są też wyjścia pośrednie po raz pierwszy zastosowane w krajach Ameryki Łacińskiej tzw. Komisje Prawdy¹⁸. Wydaje się, że jest to droga pośrednia między sprawiedliwością a rewanżem – dylemat, który skonceptualizowano w ten sposób w Europie środkowowschodniej po upadku komunizmu¹⁹.

Ciekawe, że w RPA organizacje pozarządowe zorganizowały dwie konferencje, które w efekcie wpłynęły na kształt TRC. Skorzystano z doświadczeń wielu krajów w tym z Europy Środkowo-Wschodniej. Pierwszą konferencję zorganizowano w lutym, a następną w lipcu 1994 roku. Na pierwszej konferencji obecni byli przedstawiciele Polski mianowicie Wiktor Osiatyński i Adam Michnik²⁰.

W postscriptum do Konstytucji Okresu Przejściowego z 1993 roku znajduje się zapis dotyczący powołania Komisji Prawdy i Pojednania z ogólnymi ramami dotyczącymi funkcji takiej instytucji. Jej celem miało być stworzenie mostu między przeszłością a przyszłością. Między głęboko podzielonym społeczeństwem opartym na przemocy a nowym społeczeństwem opartym na uznaniu praw człowieka, demokracji i pokojowej koegzystencji wszystkich obywateli bez względu na kolor skóry, rasę, klasę społeczną, wyznanie czy płeć. Innymi słowy Komisja miała być instrumentem do budowania nowego „tęczowego narodu” („rainbow nation”). Postscriptum stwierdzało,

¹⁸ Nie miejsce tutaj na omówienie tego typu instytucji. Zostały one opisane przez P. B. Hayner, *Fifteen Truth Commissions – 1974 - 1994: A Comparative Study*, „Human Rights Quarterly” 16 (1994) s. 596 - 655. Wkład w problem dylematów stojących przed nową władzą zobacz J. Zalaquett, *Balancing Ethical Imperatives and Political Constraints: The Dilemma of New Democracies Confronting Past Human Rights Violations*, „Hastings Law Journal” vol. 43, nr 6, s. 1425 - 1438.

¹⁹ Rozmowę Adama Michnika z Vaclavem Havlem opublikowano w „Journal of Democracy”, vol. 4, nr 1, s. 20 - 27 pod tytułem *Justice or Revenge?*.

²⁰ Materiały z obu konferencji zostały opublikowane. Zobacz *The Healing of a Nation*, red. A. Boraine i J. Levy, Cape Town, 1995 z drugiej konferencji *Dealing with the Past. Truth and Reconciliation in South Africa*, pod red. A. Boraine, J. Levy i R. Scheffer, IDASA, Cape Town 1994.

że „istnieje potrzeba dla zrozumienia [zaszłości] ale nie rewanżu, potrzeba reparacji ale nie odłaty, potrzeba *ubuntu*²¹ a nie wiktylizacji”. W 1995 roku Parlament uchwalił ustawę powołującą TRC²². Artykuł 3 (1)(a) określał cel działalności TRC jako „zrekonstruowanie możliwie kompletnego obrazu dotyczącego przyczyn, natury i rozmiarów masowego naruszania praw człowieka... uwzględniając zaszłości, okoliczności, fakty i kontekst takich naruszeń, jak również uwzględniać perspektywy ofiar i motywy osób odpowiedzialnych przed komisją za naruszania praw człowieka poprzez przeprowadzanie śledztwa oraz przesłuchań”. Artykuł 1 (1) definiował pojęcie masowego naruszania praw człowieka oraz ustanawiał okres czasowy objęty działaniami komisji czyli naruszenia praw człowieka od 1 marca 1960 do daty końcowej (zobacz przypis 17). Zakres przestrzenny nie ograniczał się tylko od granic RPA ale również obejmował czyny popełnione poza granicami Republiki.

Sama Komisja składa się z trzech Komitetów:

- Komitetu Naruszania Praw Człowieka (*The Committee on Human Rights Violation*),
- Komitetu Amnestii (*The Committee on Amnesty*) oraz,
- Komitetu Reparacji i Rehabilitacji (*The Committee on Reparation and Rehabilitation*).

Dodatkowo w skład TRC wchodził Wydział Śledczy (*Investigating Unit*) wyposażony w pewne uprawnienia policyjne takie jak przeszukania i zajęcia materiałów. Sama TRC została wyposażona, podobnie jak sądy, we władzę wezwania opornych świadków w celu stawienia się przed Komisją (*subpoena*).

Już z powyższego opisu wyraźnie wynika, że w swoich założeniach TRC była niezwykłą instytucją. Stanowi ona doskonały przykład tego co nazwać można quasi-sądową instytucją (*quasi-judicial*) zarówno w swojej strukturze, kompetencjach, procedurze i celach²³. To wrażenie o specyficznym charakterze TRC w moim przypadku zostało znacznie wzmocnione przez udział w przesłuchaniach przed Komitetem Naruszania Praw Człowieka jak i Komitetem Amnestyjnym. Dla obserwatora dramatycznych przesłuchań wyraźnie widać było brak określonej procedury, kreatywną rolę pełnioną przez Komisarzy. W porównaniu z przesłuchaniami przed KNPR przesłuchania przed Komisją Amnestijną miały bardziej prawniczy charakter. Być może związane było to z obligatoryjnym uczestnictwem profesjonalnych prawników w panelu rozpatrującym sprawy amnestyjne. Dyzenhaus ma rację twierdząc, że TRC posiadała szeroką władzę daleko

²¹ *Ubuntu* – jest pojęciem, jak mi tłumaczono, afrykańskiego humanizmu zawierającym pojęcia współczucia, zrozumienia i godności innych osób. Jak to zgrabnie określili mój południowoafrykański przyjaciel z Wydziału Prawa Uniwersytetu w Cape Town Dr. Francois DuBois pojęcie to zawiera się w formule „jestem człowiekiem tylko poprzez innych ludzi”.

²² *Het Promotion of National Unity and Reconciliation Act 1995*. Ustawa została znolelizowana przez Act 84 z roku 1995 przesuwająca pierwotny termin czasowy objęty działalnością TRC z 10 grudnia 1993 na czas przed wyborami demokratycznymi 1994 roku.

²³ Profesor Wojciech Sadurski włącza sądy konstytucyjne w Europie Środkowowschodniej w pojęcie instytucji quasi-sądowych. Na temat analizy roli tego typu instytucji zobacz A. Czarnota, *Law, Quasi-judicial Institutions and Collective Memories*, in: E. Christodoulidis, S. Veitch (eds.), *Leth's Law: Justice, Law and Ethics in Reconciliation*, Hart Publishing – Oxford (forthcoming 2000) oraz A. Czarnota i F. DuBois, *Transitional Rule of Law*, „Alternative Law Journal”, vol. 24, nr 1(1999).

wychodzącą poza znany model szczególnie w zakresie otwartości, wpływu publicznego udziału, jak i możliwości sformułowania i zakreślenia swoich działań (s. 3). Niewątpliwie osobowości komisarzy, a w szczególności Przewodniczącego Biskupa Desmond Tutu ale również wice przewodniczącego pastora Dr. Alexandra Boraine wpłynęło na kształt działania TRC. To pod wpływem ich religijnej postawy i teologii od początku działania TRC kładła nacisk na pojednanie (*reconciliation*). Jest to widoczne nie tylko w przyjętym hasle TRC „Prawda; droga do pojednania” (*Truth; the Road to Reconciliation*). Jak zauważa Dyzenhaus pod wpływem biskupa Tutu i jego poczucia misji TRC przyjęła rolę w procesie pojednania daleko wychodzące poza ramy wytyczone w Ustawie. Komisarze aktywnie szukali i stymulowali przyznanie się do winy, i skłaniali poszkodowanych do wyrażenia słów wybaczenia.

Proces mianowania komisarzy miał również charakter publiczny z aktywnym udziałem instytucji społeczeństwa obywatelskiego. Zgodnie z Ustawą Prezydent miał mianować 17 komisarzy. Prezydent Mandela zdecydował o powołaniu małego komitetu, którego zadaniem było przedstawienie listy 25 kandydatów na komisarzy TRC. Komitet uzyskał 299 nominacji od ludzi różnych sfer działalności. Następnie odbyły się publiczne przesłuchania kandydatów i komitet przesłał Prezydentowi listę 25 nazwisk. Prezydent Mandela po konsultacji ze swoim rządem mianował 17 komisarzy.

Komisarze podejmowali decyzje o stylu działania TRC. Jedną z najważniejszych była decyzja o publicznym i otwartym charakterze działalności TRC. Komisarze byli nie tylko pod presją mediów ale przesłuchania odbywały się publicznie z udziałem ofiar albo ich rodzin. Przesłuchania, dotyczące naruszania praw człowieka, były transmitowane przez radio i telewizję. Publiczny charakter miały także przesłuchania dotyczące podań amnestyjnych. Jak zauważył Dr Alexander Borain wiceprzewodniczący TRC nie była ona substytutem dla sprawiedliwości kryminalnej²⁴. Akt powołujący TRC określał zasady amnestii: aplikowanie o amnestie zostało oparte na indywidualnej podstawie, wnioskodawca musiał wypełnić formularz opublikowany w gazecie rządowej, wnioskodawca miał ujawnić wszystkie okoliczności łamania praw człowieka, w większości przypadków wnioskodawca był przesłuchiwany przez Komisję w otwartym, publicznym procesie, wnioski o amnestie zostały zakreślone czasowo. Ustawa określała wyraźnie kryteria przyznania amnestii. Osoba, której udzielono amnestii zwolniona została z odpowiedzialności karnej i cywilnej za przestępstwa popełnione w poprzednim okresie. Sprawa przyznania amnestii powodowała kontrowersje a nawet skierowano sprawę do Sądu Konstytucyjnego RPA twierdząc, że taki zapis w ustawie jest niekonstytucyjny. Sąd Konstytucyjny stwierdził zgodność zapisu o amnestii z zapisami Konstytucji Okresu Przejściowego i stwierdził, że szkoda wyrządzona niewielu, którzy mogliby uzyskać więcej przez sprawiedliwość retrybucyjną w ramach systemu prawa karnego albo poprzez kompensację finansową w ramach prawa cywilne-

²⁴ Dr Alexander Boraine, *Alternatives and Adjuncts to Criminal Prosecutions*, przemówienie w Brukseli 20 - 21 lipca 1996, opublikowane w: *When Sorry Isn't Enough. The Controversy over Apologies and Reparations for Human Injustice*, pod red. R. L. Brooks, New York University Press: New York and London 1999, s. 469 - 476.

go jest zdecydowanie przeciwważona przez zyski z procesu odkrywania prawdy i pojednania nie tylko dla ofiar poprzedniego reżimu ale dla wszystkich obywateli RPA. Sąd jednocześnie stwierdził, że informacje uzyskane przez TRC mogłyby pozostać ukryte z niekorzystnym efektem dla przyszłości RPA. Stwierdził jednocześnie, że bez mechanizmu amnestii historyczne mosty pojednania nigdy nie powstałyby²⁵.

To co napisałem wcześniej nie znaczy, że TRC nie była krytykowana. Była, jest i będzie głównie ze strony poszczególnych pozycji politycznych. Intelktualnie, najsurowszą krytykę przeprowadził Profesor Mahmud Mamdani twierdząc, że TRC i jej komisarze zawęzili ramy dyskursu publicznego. Mamdani domagał się rozszerzenia działań TRC poprzez włączenie w zakres dyskursu kategorii „*beneficiaris*” (tych którzy zyskali na apartheidzie aczkolwiek sami nie popełnili żadnego przestępstwa). Mamdani miał rację, że TRC zawężyła potencjalny dyskurs publiczny. Jednocześnie należy podkreślić, że dyskurs był dużo szerszy niż w przypadku zastosowania np. prawa karnego czy cywilnego w problemie „rozliczeń z przeszłością”. Jak napisał Arthur Stichcombe – „prawo karne nie jest dobre dla rozwiązywania problemów konstytucyjnych”. TRC jako specjalna quasi-sądowa instytucja pełniła głównie rolę umocnienia podstaw konstytucji nowej RPA. I z tego punktu widzenia jest najciekawsza.

Konstytucja, jak przypomniał ostatnio Wojciech Sadurski – to nie tylko dokument. Nie tylko można ale również należy patrzeć na konstytucje w sensie dynamicznym a nie tylko statycznym. Sadurski napisał „Kiedy traktujemy 'konstytucje' jako proces a nie akt, jako coś co *robimy* a nie coś co *mamy* albo czym *jesteśmy*, to istotną rzeczą jest sposób w jakim konstytucje faktycznie wpływają i zmieniają dyskurs polityczny”²⁶. Ciekawe, że TRC powołana na podstawie Konstytucji stanowiła instytucję przedłużającą proces debaty konstytucyjnej pomimo uchwalenia stałej Konstytucji w RPA. Głównym celem TRC było przedłożenie sugestii co do zmian instytucjonalnych w celu zagwarantowania rządów prawa, praw człowieka. Sugestie takie zostały zarysowane w Raporcie Komisji opublikowanym w 1998 roku. Aby to osiągnąć TRC nie oparła się w swoim rozumowaniu na charakterystycznej dla prawa koncepcji „obiektywnej prawdy” ale oparła swój Raport na trzech dodatkowych koncepcjach prawdy poszerzających dyskurs publiczny. Te koncepcje prawdy to: prawda społeczna albo inaczej prawda konwersacyjna” (*social or dialogue truth*), która powstaje w procesie interakcji, debaty dyskusji. Prawda narracyjna (*narrative truth*) – oparta na relacjach ofiar, w którą włączona jest percepcja, opowieści i mity oraz prawda uzdrawiająca (*healing truth*) – która umiejscawia fakty i ich znaczenie w kontekście stosunków międzyludzkich. Już to ogólne przedstawienie szerokiego pojęcia prawdy – pozwala zrozumieć dwie sprawy: jaką odmienną instytucją była TRC i jak szeroki był zakres dyskursu analizowany przez TRC. Nie ma tu miejsca na analizę 5 tomowego Raportu mogą

²⁵ *Azanian Peoples Organisation (AZAPO) and Others v. President of RSA and Others*, 1996(8) BCLR 1015 (CC).

²⁶ W. Sadurski, *On the Relevance of Institutions and the Centrality of Constitutions in PostCommunist Transitions* (niepublikowany artykuł).

dodać, że tylko jeden komisarz Wynand Malan przedstawił *votum separatim* do Raportu opierając go na koncepcji obiektywnej prawdy²⁷.

TRC analizowała 21 300 sprawozdań ofiar i otrzymała 7127 wniosków o amnestie (wciąż w trakcie rozpatrywania). Ponadto przeprowadzono tzw. przesłuchania strukturalne (jednego z nich dotyczy praca Dyzenhausa) sfery biznesu, mediów, prawa, opieki medycznej, armii, policji, służb specjalnych itd. Ten typ przesłuchań w szczególności – stanowi nowość i jak sadzę pozwolił w znacznym stopniu zrekonstruować działania i mechanizm reżimu apartheidu. Muszę dodać, że przesłuchania nie obejmowały tylko naruszeń praw człowieka popełnionych przez biały reżim, ale również dokonanych przez organizacje walczące z apartheidem w tym ANC.

Jak widać wyraźnie z pewnym entuzjazmem piszę o działalności TRC. Zdaję sobie sprawę, że jest za wcześnie na całościową ocenę działalności Komisji. Zhou Enlai były Premier Chin zapytany przez dziennikarza jaka jest jego ocena Rewolucji Francuskiej odpowiedział, że jest za wcześnie aby zrobić jakąkolwiek ocenę. Ta odpowiedź oparta jest na akceptacji długiej perspektywy czasowej. Ale, jak zauważył M. Keynes – z punktu widzenia długiej perspektywy – wszyscy będziemy nieżywi. Tak więc nawet bez dłuższej perspektywy – ocena jest konieczna.

SĘDZIOWIE-OBYWATELE ZWYKLI ALE W SZCZEGÓLNEJ ROLI

Książka D. Dyzenhausa jest sprawozdaniem i analizą specjalnego przestępczego systemu prawnego RPA okresu apartheidu. Dyzenhaus ukazuje stanowiska i argumenty przedstawione w trakcie przesłuchania. Przedstawia także brak argumentów ze strony uczestników, argumentów dotyczących udziału w podtrzymywaniu systemu apartheidu. Książka ta jest jednocześnie czymś więcej niż tylko sprawozdaniem z przesłuchań. Zawiera ona reelekcje na temat polityki Rządów Prawa, relacji między prawem a sprawiedliwością. Stanowi ona wezwanie nie tylko dla południowoafrykańskich prawników i ich samo zrozumienia swojej roli w przeszłości, teraźniejszości i przyszłości, ale stanowi także wyzwanie dla ogółu prawników i zachodnich systemów prawnych. Dyzenhaus przedstawia silne argumenty dla „wewnętrznej moralności” nie tylko prawa i prawników ale także obywatelskiego podejścia do prawa. To główne przesłanie książki zawarte jest w tytule pracy, bo jeżeli oceniamy sędziów musimy także ocenić samych siebie. Dyzenhaus także wprowadza czytelników w problemy związane z działalnością TRC. Ogólnie jest to praca nie tylko filozoficzno-prawna, ale także umiejscawiająca TRC w specyficznym historycznym kontekście oraz biorąc pod uwagę argumenty autora, dotyczące polityki Rządów Prawa, jest to niewątpliwie praca podważająca istniejące rozumowanie w teorii prawa.

²⁷ Tradycyjnie prawniczo zorientowana krytyka Raportu TRC jest zawarta w pracy Anthea Jeffrey, *The Truth about the Truth Commission*, South African Institute for Race Relations, 1999.

W centrum zainteresowania analizy Dyzenhausa są sędziowie. Niemniej poświęca on sporo miejsca strukturze systemu prawnego RPA pod rządami apartheidu. Czytelnik znajdzie analizę systemu sądowego ale także, różnych części profesji prawniczej (adwokatów, prokuratorów), a także roli edukacji prawniczej na uniwersytetach. Niemniej, jak napisałem to sędziowie stanowią główny punkt rozważań autora a to z powodu ich szczególnej roli w społeczeństwie. Jak podkreśla Dyzenhaus sędziowie są zarówno zwykłymi jak i niezwykłymi obywatelami z uwagi na ich pozycję w społeczeństwie. Sędziowie, w okresie apartheidu, w przeciwieństwie do służb specjalnych czy armii, nie wykonywali rozkazów. Sędziowie posiadali podwójny przywilej. Mogli wykonywać swoje obowiązki bez narażania się na osobiste niebezpieczeństwo oraz ich obowiązkiem było bardzo staranne rozważanie argumentów i specjalna staranność w rozwiązywaniu każdej sprawy. W systemie prawa operującym w RPA w okresie apartheidu sędziowie zawsze mieli niezależność i możliwość wyboru. Uniwersytecka edukacja prawnicza i zawodowe doświadczenie wyposażało sędziów w specjalne umiejętności interpretacji i aplikacji prawa. Ta wiedza i doświadczenie wyposażało sędziów w świadomość, że prawa nie można zredukować do systemu rozkazów, że ich rola nie jest taka sama jak prostych żołnierzy w armii. Pozycja sędziów, jak słusznie wskazuje Dyzenhaus, wyposażała ich jednocześnie w unikalną wiedzę o naturze społeczeństwa apartheidu i konfliktach w tym społeczeństwie przez prosty fakt, że w sądach byli oni świadkami tych konfliktów. Innymi słowy sędziowie stanowili grupę o specjalnej pozycji i wiedzy o naturze apartheidu w porównaniu do normalnych białych obywateli.

To z kolei prowadzi do pytania dlaczego sędziowie zawiedli w swoich wyborach moralnych i sprzeniewierzyli się przysiędze sędziowskiej (s. 90)? Jak widać Dyzenhaus stawia przed sędziami, i słusznie, wyższe wymagania moralne. Z owych wyższych wymagań moralnych sędziów autor wyprowadza wniosek, że obywatele RPA mają prawo wiedzieć dlaczego tak się stało i, że sędziowie powinni byli odpowiedzieć na zaproszenie TRC co niestety nie miało miejsca. Kilku sędziów przesłało pisemne odpowiedzi na ankietę TRC, większość zignorowała ankietę i zaproszenie, a żaden z sędziów nie stawił się na ustne przesłuchania. Ogólna linia za taką postawą to obrona niezawisłości sędziów.

Dyzenhaus analizuje metodę rozumowania i interpretacji prawa zastosowaną przez większość sędziów. Metodę tą, za Robertem Cover, nazywa postrzeganiem prawa jako „prostego faktu” – czyli poglądu, że sędziowie stosują prawo zgodnie z intencją ustawodawcy, pomijając kwestie „sprawiedliwości substancjalnej”. Jak dalej wykazał Dyzenhaus metoda ta nie tylko nie była moralnie i politycznie neutralna ale co ważniejsze, jest przeciwstawna pojęciu i ideałowi Rządów Prawa. To najsilniejszy punkt w książce Dyzenhausa. Broni on wartości, które są wewnętrzne dla prawa. Łatwo byłoby wskazać filozoficzne tradycje tego antypozytywistycznego poglądu ale chyba nie ma takiej potrzeby. Dyzenhaus stawia ważne pytania o uniwersalnym charakterze pomimo tego, że w swojej argumentacji wskazuje on na wartości reprezentowane przez *common law* charakterystyczne

dla niego zasady interpretacji ustaw (*statutory interpretation*) i prawa administracyjnego. Zasady te, które według Dyzenhausa, stanowią fundamentalne zasady Rządów Prawa to – zasady słuszności (*principles of fairness*) oraz nie dyskryminacji czyli równości (*non-discrimination*). W istniejącym w RPA systemie prawnym obowiązkiem sędziów było stosowanie tych zasad, czyli przestrzeganie Rządów Prawa. Trudno jednak zgodzić się z autorem pracy, że poprzez stosowanie Rządów Prawa sędziowie byli w stanie ograniczyć apartheid na dwa sposoby: zmusić reżim do Rządów Prawa i w ten sposób ograniczyć substancję legislacyjną albo też, zmusić reżim, że nie stosuje on zasad Rządów Prawa. Czyli w tym ostatnim przypadku ograniczyć legitymizację reżimu. Mam wątpliwości, czy szczególnie ta druga droga mogła coś zmienić. Dla większości populacji RPA reżim apartheidu jak i jego legislacyjna działalność nie posiadała legitymizacji. Trudno oczekiwać, że argument prawny mógł cokolwiek zmienić. Gdyby Dyzenhaus nie ograniczył się tylko do przesłuchań dotyczących systemu prawnego, ale przeanalizował inne przesłuchania strukturalne – przypuszczalnie jego teza byłaby bardziej ograniczona.

ZAKOŃCZENIE

Pomimo tej krytyki generalnie antypozytywistyczne stanowisko Dyzenhausa i jego próby znalezienia zasad Rządów Prawa w wewnętrznej moralności systemu prawa wydają mi się słuszną drogą poszukiwań. To zakorzenienie Rządów Prawa musi mieć źródła w świadomości prawnej obywateli. To oni stanowią tło dla działalności instytucji prawnych i oceny działalności tychże instytucji. Dlatego generalna linia wyводу Dyzenhausa zawarta już w tytule pracy, że oceniając sędziów obywatele mają oceniać samych siebie – wydaje mi się jak najbardziej słuszną. Dlatego południowoafrykański eksperyment z Komisją Prawdy i Pojednania powinien być badany i oceniany w kontekście procesu konstytucyjnego – jako przedłużenie budowy konstytucji pojmowanej nie tylko jako dokument prawny ale jako kultura prawna obywateli stanowiąca podstawę dla ich działalności.

Hanna Arendt analizując proces Eichmanna w Jerozolimie pisała o „banalności zła”. Ale jak napisał słusznie autor doskonałej książki z filozofii politycznej, *The Decent Society* izraelski filozof Avishai Margalit²⁸, takie stwierdzenie jest mylące ponieważ Arendt zapomniała o rozróżnieniu między tymi, którzy badają zło – w tym wypadku może ono wydawać się banalne, a tymi którzy po prostu godzą się na zło, tak jak sędziowie w RPA stosujący interpretację „prostych faktów”. W tym ostatnim przypadku zło nie jest aż tak banalne, a jak wykazuje książka Dyzenhausa – zło jest zawsze skomplikowane.

Można by wiele wątków dodać ale jak powiedział amerykański filozof Richard Rorty – ktoś kto pisze pocztówkę jest zwolniony z dylematu Hegla

²⁸ A. Margalit, *Views in Review. Politics and Culture in the State of the Jews*, Farrar-Straus-Giroux, New York 1998, s. 105.

jak zakończy książkę. Niniejszy tekst jest tylko pocztówką, czuję się więc zwolniony z obowiązku nie tylko zakończenia książki, ale również z heglo-wskiego problemu jak zakończy historię. Tym bardziej, że niniejsza pocztówka powstała w Budapeszcie.

Co do naprzykrzania się światu – o czym wspomniałem na początku – ocenę zostawiam czytelnikowi.