

Lidia Rodak
Uniwersytet Śląski w Katowicach

„Are we all feminists now”?¹ Wyzwania ze strony feministycznej jurysprudencji wobec tradycyjnej teorii prawa

1. Wprowadzenie

Feministyczna jurysprudencja wyrosła na potencjale krytycznym wobec tradycyjnej teorii prawa, ukazując głównie przez zabiegi dekonstrukcyjne, że tradycyjny dyskurs poprzez kategorie, jakimi się posługuje, czyli np. obiektywność, sprawiedliwość, równość, racjonalność, prowadzi raczej do maskowania problemów braku sprawiedliwości, faktycznej równości czy wykluczenia. W kolejności feministyczna jurysprudencja wskazała tematy i terytoria, które pomijane są milczeniem przez tradycyjną jurysprudencję (np. publiczne–prywatne)², oraz że posługiwanie się tymi kategoriami w tradycyjnym rozumieniu nie doprowadzi do oczekiwanych zmian. W rezultacie zaproponowała odrębny język, odrębną epistemologię i rozwiązania, które mogą zwiększyć dostęp do sprawiedliwości i doprowadzić do włączenia wszystkich wykluczonych do dyskursu.

Jednak to, co zasadniczo różni te dwa podejścia do uprawiania teorii prawa, to przede wszystkim odmienne ujęcie jednostki oraz odmienna wizja relacji społecznych. Jest to bezpośrednio związane z dwoma zasadniczymi założeniami epistemologicznymi, czyli obiektywnością dla tradycyjnej teorii prawa oraz subiektywnością dla feministycznej jurysprudencji. Jak skutecznie wykazuje feministyczna jurysprudencja, prawo postrzegane w tradycyjny sposób ze swoją inklinacją do obiektywności stosowane jest w sposób, który częściej broni norm wpisanych w porządek prawny aniżeli indywidualnej autonomii i integralności jednostek.

W niniejszym tekście przedstawię rozwiązanie pośrednie, które opiera się na wyjściu poza dualistyczne kategorie obiektywność–subiektywność, a mianowicie propozycję spełniającą postulat głębokiej przebudowy strukturalnej dyskursu prawnego jako drogi do pełnego równouprawnienia, które przecież tradycyjna jurysprudencja również

¹ M. Dux, Z. Simic, *The Great Feminist Denial*, Melbourne 2008, s. 151.

² Prawo reguluje wyłącznie sferę publiczną, a sfera prywatna, jako reprezentująca sferę naszej wolności, pozostaje poza granicami debaty. Jak jednak podkreśla feministyczna jurysprudencja, to właśnie głównie w sferze prywatnej ma miejsce dyskryminacja, przemoc i wykluczenie. Zob. więcej Jean L. Coen, *Regulating Intimacy. A New Legal Paradigm*, New Jersey 2002.

ma na horyzoncie, a które jednak – jak wykazała feministyczna jurisprudencja – w praktyce nie mają zastosowania.

Feministyczna jurisprudencja ściśle związana jest z rozwojem samej myśli feministycznej. Dlatego też, tak jak nie ma jednego feminizmu, nie ma również jednej spójnej linii feministycznej jurisprudencji, a dwa kluczowe zagadnienia dla tego nurtu, czyli definicja samego feminizmu i samej kobiety, są przedmiotem bogatego intelektualnie sporu.

W literaturze przedmiotu podejmowane są różne próby przedstawiania w uporządkowany sposób tej niezwykle zatowizowanej debaty. Przykładowo dostarczyć może prezentacja debaty feministycznej jako dyskusji pomiędzy esencjonalizmem a antyesencjonalizmem, czyli debaty na temat różnych stanowisk w sprawie definicji samej kobiety. Mamy więc takie stanowiska, które twierdzą, że możemy sformułować definicję kobiety, i proponują w tej kwestii pewne rozwiązania, oraz te, które zaprzeczają takiej możliwości, twierdząc, że kobieta nie może być zdefiniowana w esencjonalistyczny sposób³.

Być może najbardziej popularny podział stanowisk w ramach feministycznej jurisprudencji wyróżnia dwa główne nurty. Pierwszy to nurt liberalny, mainstreamowy, oparty na idei neutralności oraz równości, według którego prawo jest instrumentem, za pomocą którego można wyrównywać sytuację kobiety w stosunku do uprzywilejowanego już wcześniej mężczyzny. Drugi nurt to feminizm różnicy, który jest sceptyczny wobec idei neutralności prawa i samo prawo postrzega jako bardziej złożony dynamiczny fenomen symboliczny niż wyłącznie instrument zmiany⁴.

Jednak to co wspólne różnym nurtom feministycznej jurisprudencji, to ujęcie płci (gender) jako jednego z najważniejszych elementów struktury społecznej czy też dyskursu społecznego. Dlatego więc dla feministycznej jurisprudencji, z punktu widzenia płci (gender), również prawo jest najważniejszą instytucją społeczną; na poziomie normatywnym czy politycznym ukazuje, że sposób, w jaki płeć (gender) kształtuje rzeczywistość prawną, jest głęboko politycznie problematyczny i że płeć (gender) nie jest wyłącznie elementem różnicowania, ale również dyskryminacji, dominacji i opresji⁵.

Ta perspektywa wyznaczyła chyba najbardziej popularny pryzmat dla feministycznej jurisprudencji, kwestionujący hierarchiczne podporządkowanie kobiecości. W niniejszym tekście chciałabym przedstawić osiągnięcia debaty feministycznej jurisprudencji, opierając się głównie na kryterium wychodzącym poza wyżej wspomnianą perspektywę, mianowicie kryterium kwestionujące dychotomiczną konceptualizację rzeczywistości na obiektywne–subiektywne, teoretyczne–praktyczne, racjonalne–irracjonalne. To propozycja postulująca wyjście poza binarne postrzeganie czy też konstruowanie rzeczywistości społecznej i połączenie elementów obu perspektyw w konceptualizacji świata. Wyznaczony kierunek idzie raczej ku przekształceniu i rozszerzeniu rozumu jako obejmującego także doświadczenie, ciało, historię⁶, czyli włączeniu w perspektywę racjonalności i obiektywności również emocji, pozycjonalności i subiektywności.

³ Zob. L. Rodak, *Feministyczna jurisprudencja*, w: *Leksykon socjologii prawa*, M. Stępień, A. Kociotek-Pęksa (red.), Warszawa 2013, s. 50–63.

⁴ N. Lacey, *Feminism and the Tenets of Conventional Legal Theory*, w: *Feminist Jurisprudence Sourcebook Series*, H. Barnett (red.), Londyn 1997, s. 309.

⁵ N. Lacey, *Feminism and the Tenets...*, s. 310.

⁶ E. Gross, *What is Feminist Theory?*, w: *Feminist Challenges: Social and Political Theory*, C. Pateman, E. Gross (red.), Sydney 1986, s. 190–205.

W niniejszym tekście skoncentruję się na debacie obiektywność-subiektywność, by za pomocą tego kryterium pokazać odmienne ujęcie podmiotu prawa oraz relacji społecznych w tradycyjnej i feministycznej jurysprudencji.

Od niemal samego początku prawo zostało przez feministki rozpoznane jako instrument zmiany i oddziaływania społecznego na pozycję i status kobiety oraz jako narzędzie walki z nierównością formalną i faktyczną. Historycznie rzecz ujmując, debata rozpoczęła się wraz z postulatami reform prawa i kierowała swoją uwagę na tematy ważne zarówno dla prawa, jak i feminizmu, takie jak zagadnienia równości wobec prawa, walka o prawa wyborcze i reformy prawa rodzinnego. Jednak wraz z refleksją na temat wprowadzonych zmian, które nie przynosiły oczekiwanych rezultatów, samo prawo zostało zidentyfikowane jako źródło opresji i nierówności zamaskowane za męskimi terminami takimi jak obiektywność, racjonalność czy równość.

W konsekwencji dekonstrukcji założeń prawa, które ukazały je jako fenomen wyłącznie męski i reprezentujący męskie interesy, przemianie – jak twierdzi feministyczna jurysprudencja – ulec powinien sam dyskurs prawniczy, ponieważ tylko głęboka strukturalna zmiana umożliwi włączenie strukturalnie wykluczonych kobiet czy ruchów mniejszościowych. Dlatego wraz z rozwijającą się świadomością, iż samo prawo nie jest w stanie spełnić stawianych przez kobiety oczekiwań, punkt ciężkości został przeniesiony na zmiany, które muszą się dokonać na poziomie kultury, i zmiany mentalności ludzi.

2. Cele i metody feministycznej jurysprudencji

Najogólniej mówiąc, głównym celem feministycznej jurysprudencji jest z jednej strony dekonstrukcja prawa i ukazanie utrzymywanych przez nie nierówności, z drugiej strony – przeprowadzenie reform prawa mających na celu włączenie kobiet do dyskursu prawnego-społecznego.

Feministyczna jurysprudencja uprawia więc dekonstrukcję przez teorię budowaną na refleksji dotyczącej pozycji kobiety w prawie, rozpoznawanie prawnego statusu niepełnosprawności kobiet oraz tego, w jaki sposób prawo odzwierciedla nierówności społeczne i je utrzymuje. Początkowo dekonstrukcja służyła ukazywaniu hierarchicznie niższej podporządkowanej kobiecości, ale próby wyjścia z tej sytuacji przesunęły dyskurs na inne tory, pokazując, że jednym ze sposobów wyzwolenia jest zakwestionowanie dychotomicznej konceptualizacji, a tym samym zmiana struktur świata społecznego z utrwalonymi w niej pozycjami kobiety i mężczyzny. Ta droga okazuje się o wiele bardziej atrakcyjna aniżeli sprawdzona już przez tzw. pierwszą falę feminizmu nieskuteczna droga formalnego uregulowania równej pozycji wszystkich podmiotów wobec prawa.

Głównym problemem więc, który wyrósł z wiedzy ukazującej faktyczną strukturę i problemy dyskursu prawnego, stało się pytanie, jak skutecznie włączyć kobiety do dyskursu, który strukturalnie pomyślany jest bez ich udziału. Włączenie kobiet to oczywiście jeden z celów, choć nie zasadniczy, bo przede wszystkim chodzi o podważenie i zmianę relacji prawnych w samym ich jądrze, tak by efektem była faktyczna równość wszystkich podmiotów.

Propozycje strategii przebudowy prawa, która będzie w bardziej skuteczny sposób zabezpieczała interesy kobiet w oparciu o samo prawo, wydają się również niewystarczające. Dlatego też pomysły, by w oparciu o wiedzę na temat mechanizmów, jakimi operuje dyskurs prawniczy, wykorzystać władzę, jaką posiada samo prawo, by odmieniać sytuację prawną kobiet, są nie tyle naiwne, co mają małą siłę oddziaływania. Prawo,

które oparte jest na uprzedzeniach i wykluczeniach, bardzo często pomija regulacje szczególnie związane z sytuacją kobiet, dlatego też pomysł jego przekształcania, korygowania i suplementacji może się okazać zadaniem niemającym końca.

Źródło nierówności płynie raczej z kultury i społeczeństwa, a nie z samego prawa, które jedynie owe nierówności utrwała. Co prawda, nie można zupełnie przekreślić siły oddziaływania samego prawa w jego tradycyjnej formie, jednak jego siłę oddziaływania podsumowują osiągnięcia feminizmu pierwszej fali, które można jedynie określić jako zmniejszenie zakresu nierówności między kobietami a mężczyznami na poziomie raczej powierzchownym. Jak się okazuje, to raczej na poziome stosowania prawa dają o sobie znać utrwalone paternalistyczne schematy myślenia, co paradoksalnie często stosowane jest przez same kobiety⁷.

Rola oddziaływania tradycyjnego prawa ma więc znacznie ograniczony zasięg w porównaniu do wpływu, jaki wywiera na głębokie struktury dyskursu tzw. infraprawo, używając terminologii M. Foucault. Dlatego też jednym z najbardziej skutecznych kierunków przemian jest przekształcenie dualistycznego sposobu konceptualizacji świata i, co za tym idzie, wyjście z kolein biegunowego myślenia: aktywny–pasywny, obiektywny–subiektywny, racjonalny–nieracjonalny, męski–kobięcy.

3. Feministyczna a tradycyjna jursprudencja

Feministyczna jursprudencja jako odbicie ogólnych tendencji występujących w dyskursie feministycznym stawia pytania z poziomu teorii feministycznej do dyskursu prawnego, rozważając zasadnicze problemy dla prawa jak jego obiektywność⁸, bezstronność⁹, równość¹⁰, sprawiedliwość¹¹, racjonalność, podmiotowość¹², przemoc¹³.

Jednak co najważniejsze, feministyczna jursprudencja zajmuje się problemami, z którymi tradycyjna jursprudencja nie może sobie poradzić, jak debata publiczne–prywatne¹⁴, etyka dbałości, etyka indywidualnej autonomii¹⁵. Krytykuje więc jursprudencję w tradycyjnym ujęciu, szczególnie koncentrując się na dekonstrukcji założeń prawa w pozytywistycznym ujęciu, czyli neutralnego paradygmatu rozumowania prawniczego, autonomii prawa, jego neutralności i obiektywności, koherencji, racjonalności prawa, czy na postrzeganiu prawa wyłącznie jako zespołu norm czy reguł¹⁶.

Feministyczna jursprudencja zajmuje się również tematami, które klasyczny dyskurs prawny pomija, a które esencjonalnie związane są z sytuacją kobiety w świetle prawa, jak regulacja prawna macierzyństwa oraz spraw okołomacierzyńskich (aborcja,

⁷ Por. M. Fuszara, *Women Lawyers in Poland under the Impact of Post-1989 Transformation*, w: *Women in the World's Legal Professions*, U. Schulz, G. Shaw (red.), Oxford 2003; M. Fuszara, *Feministyczna socjologia prawa*, „Prace Instytutu Stosowanych Nauk Społecznych” 1999/2, s. 383–411.

⁸ M. Minow, *Foreword: The Supreme Court, 1986 Term – Justice Engendered*, „Harvard Law Review” 1987/10, s. 227–228.

⁹ M. Minow, *Stripped Down Like a Runner or Enriched by Experience: Bias and Impartiality of Judges and Jurors*, „William and Mary Law Review” 1992/4, s. 1201–1218.

¹⁰ S. Tarrant, *Something is Pushing Them to the Side of Their Own Lives: A Feminist Critique of Law and Laws*, „Western Australian Law Review” 1990/20, s. 573–606.

¹¹ A. Sen, *More Than 100 Million Women Are Missing*, „New York Review of Books” z 20.12.1990 r., s. 61–66; M.C. Nussbaum, *Human Functioning and Social Justice: In Defense of Aristotelian Essentialism*, „Political Theory” 1992/2, s. 202–246; N. Lacey, *Theories of Justice and the Welfare State*, „Social and Legal Studies” 1992/1, s. 323–344.

¹² S. Wright, *Patriarchal Feminism and the Law of the Father*, „Feminist Legal Studies” 1993/2, s. 115.

¹³ J.L. Cohen, *Regulating Intimacy. A New Legal Paradigm*, Princeton 2002, s. 1–203.

¹⁴ J. L. Cohen, *Regulating...*, s. 1–203.

¹⁵ L. Bender, *From Gender Difference to Feminist Solidarity: Using Carol Gilligan and an Ethic of Care in Law*, „Vermont Law Review” 1990/1, s. 15.

¹⁶ N. Lacey, *Feminism and the Tenets...*, s. 309.

sterylizacja, regulacja prawna antykoncepcji, prawa zarodków). Ponadto tematy związane z seksualnością, przemocą seksualną, molestowaniem seksualnym, wizerunkiem ciała kobiecego w sferze publicznej, pornografii, prostytutce¹⁷ są przez feministyczną jurysprudencję wprowadzane do klasycznego dyskursu jako forma przywracania przemilczanych i pominiętych tematów, które – jak powiedziałby P. Bourdieu – zostały z dominującego dyskursu za pomocą przemocy symbolicznej usunięte.

Podobnie jak w innych dziedzinach, feministyczna jurysprudencja prowadzi proces przywracania kobiet do dyskursu. Dzięki jej działalności Ruch Realizmu Prawniczego zyskał nowy wymiar i nowych członków, takich jak A. Moscovitz Kross, która zasiłała szeregi obok J. Franka i innych znanych męskich realistów, współtworząc Feminist Legal Realism¹⁸.

Feministyczna jurysprudencja jest też często zaliczana do tzw. kierunków krytycznych, a według takiego ujęcia największym potencjałem jest głównie siła dekonstrukcji oraz radykalny wymiar niektórych nurtów feministycznych, np. nawiązania do marksizmu¹⁹ oraz CLS²⁰. Trudno jednak pominąć cały potencjał pozytywnych rozwiązań, które feministyczna jurysprudencja wnosi nie tylko do dyskursu prawnego, ale moralnego, społecznego czy kulturowego.

Na najbardziej podstawowym poziomie metodologia feministycznej jurysprudencji jest głęboko zanurzona w społecznym konstruktoryzmie, czyli idei, że władza i znaczenie płci (gender) jest produktem kultury, a nie pochodzi z jednego naturalnego źródła. Dlatego też feministyczna jurysprudencja uważa za możliwe przekształcanie i zmianę stosunków i instytucji społecznych, w tym prawa²¹.

Co równie ważne, feministyczna jurysprudencja przestała być identyfikowana z interesem mniejszości i stała się dyscypliną mainstreamową, przeszczepiając się do tradycyjnej jurysprudencji i nauczania akademickiego oraz stając się osobną autonomiczną dyscypliną akademicką jak również częścią składową różnych innych dyscyplin²². Najlepszym dowodem powodzenia feministycznej jurysprudencji jest niezwykle obszerna i wciąż rozrastająca się literatura przedmiotu. Jakkolwiek tak przedstawiona rzeczywistość nie jest nadal udziałem polskiej akademii.

4. Poza dualistyczne kategorie

W europejskiej kulturze za podstawowe dualistyczne kategorie konstytutywne zarówno dla konceptualizowania świata, jak i budowania indywidualnej tożsamości uważa się obiektywność i subiektywność. Przypisuje się im w kolejności atrybuty męskości i kobiecości i odpowiednio aktywność, pasywność, działanie i podporządkowanie. Tradycyjne ujęcie upatruje w tym podziale układ dominacji męskiej i podporządkowania kobiet, a co za tym idzie koncepcję wiedzy oraz epistemologicznego układu jej zdobywania i porządkowania. Podobne znaczenie odnajdywane jest w analizach samego języka,

¹⁷ Zob. J. Bridgeman, S. Millns, *Feminist Perspective on Law. Law's Engagement with the Female Body*, Londyn 1998, s. 1–761.

¹⁸ M.C. Quinn, *Feminist Legal Realism*, „Harvard Journal of Law and Gender” 2012/1, s. 1–56, <http://harvardjlg.com/wp-content/uploads/2012/02/feminist-legal-realism.pdf>.

¹⁹ C. MacKinnon, *The Problem of Marxism and Feminism in Towards a Feminist Theory of State*, Cambridge 1989.

²⁰ Zob. M.H. Kramer, *Critical Legal Theory and the Challenge of Feminism*, Lanham 1995.

²¹ N. Lacey, *Feminism and the Tenets...*, s. 309.

²² Feministyczna teoria prawa jako dyscyplina akademicka ma swoje źródła w USA, Kanadzie, Australii. Obecnie 50% kursów akademickich zawiera elementy feministycznej jurysprudencji. Feministyczna jurysprudencja także bardzo szeroko upowszechnia się w Wielkiej Brytanii.

w którym to mężczyźni mówią, a o kobietach się mówi²³, mężczyźni więc aktywnie budują świat za pomocą języka, kobiety zaś poddają się biernym opisom. Dualistyczne kategorie z punktu widzenia płci (gender) mają szczególną siłę oddziaływania przez wyznaczanie modeli zachowania głęboko zakorzenionych w strukturze społecznej opartej na patriarchacie, który skutkuje dominacją męskiej aktywności i wytworzonych przez mężczyzn kategorii.

Z tej perspektywy główny zarzut w stosunku do obiektywizacji odnosi się głównie do sposobu, w jaki mężczyźni obiektywizują świat, w tym kobiety, które są jego częścią. W takim układzie mężczyźni sami tworzą swoją indywidualność i własną subiektywność, również przez odróżnienie od innych²⁴. Tak wytwarzają się wzorce, a z czasem powstają normy powszechnie obowiązujące, które są narzucane wszystkim innym uczestnikom życia społecznego, nie tylko kobietom. W efekcie dochodzi nie tylko do praktykowania powszechnej dominacji, ale także do zredukowania pozostałych uczestników do przedmiotów definiowanych w stosunku do ustanowionych już reguł. Kolejną konsekwencją tej praktyki jest uniwersalizacja norm postępowania, w których męska przedustanowiona reguła staje niewidoczna, a staje się obiektywna.

5. Obiektywność i autonomia

Jednym z głównych sposobów walki z obiektywnymi kategoriami stał się dyskurs równości kobiet i mężczyzn²⁵, który z czasem rozwinął się w dyskurs o autonomię kobiet i ich polityczne, społeczne, ekonomiczne czy intelektualne prawo do samostanowienia²⁶. Jest to dyskurs, w którym kobiety nie są przedmiotami, ale podmiotami wiedzy z określonym punktem widzenia, odrębnym od mężczyzn²⁷. Najważniejsza zmiana, jaka się dokonała, polega na tym, że kobiety nie próbują istnieć w przedustanowionym paradygmacie męskim, a tworzą same dla siebie odrębne kategorie na podstawie swoich własnych kobiecych doświadczeń i kobiecego życia. Kobiety postrzegają same siebie jako odrębne, niemieszczące się w kategoriach zbudowanych na nieujawnionych męskich zasadach²⁸. Czyli z jednej strony kwestionowane są zastate struktury fallocentryczne i patriarchalne, a z drugiej strony są budowane własne struktury na alternatywnych modelach, metodach, procedurach i dyskursach.

W tym celu, jak podkreślają feministki, potrzebna jest przede wszystkim nie tyle zmiana języka, co zbudowanie odrębnego języka z oddzielnym słownikiem. Jest to zadanie, które pomoże zbudować kobietom ich własną tożsamość na swoich własnych zasadach, gdyż dopóki używają dotychczasowego języka, zostają w przedustanowionym dla nich świecie. Dotychczasowa rzeczywistość musi zostać zdekonstruowana i zbudowana przez same kobiety, co jest jedynym sposobem, by uzyskać równość w relacjach płci i jednocześnie uniknąć pułapki esencjalizmu i uniwersalizmu. Dzięki tożsamości wyrażonej za pomocą własnego języka możliwe jest potwierdzenie przez kobiety swojej odmienności i potraktowanie jej jako samodzielnej, autonomicznej, a nie relacyjnej

²³ M.H. Kramer, *Critical Legal Theory...*, s. 279.

²⁴ M.H. Kramer, *Critical Legal Theory...*, s. 291.

²⁵ Zob. C. MacKinnon, *Feminism Unmodified Discourses on Life and Law*, Cambridge 1987.

²⁶ Zob. C. Gilligan, *In a Different Voice: Psychological Theory and Womens' Development*, Cambridge 1993; D. Cornell, *Beyond Accommodation. Ethical Feminism, Deconstruction and the Law*, Londyn 1991; L. Irigaray, *Equal or Different, w: The Irigaray Reader*, M. Whitford (red.), Oksford 1991.

²⁷ E. Gross, *What is Feminist...*, s. 190–205.

²⁸ E. Gross, *What is Feminist...*, s. 190–205.

wartości. Propozycja zmian miałaby oddawać perspektywę kobiecą tak, by jednocześnie zredefiniować układ władzy. Na przykład „niewinny flirt” można przemienić w molestowanie seksualne, „uwiedzenie” w gwałt, „obronę prawa zarodków” w wymuszoną reprodukcję.²⁹

6. Koncepcja podmiotu prawa

Tradycyjna jurysprudencja dysponuje koncepcją podmiotu prawa, któremu przysługują określone prawa i obowiązki, a zdolność prawna nadawana przez prawo wyrównuje status zróżnicowanych podmiotów, unifikując je. Podmiot operacjonalizowany jest w formalistyczny i schematyczny sposób przez pryzmat kategorii uwzględnionych w regułach normatywnych. W efekcie powoduje to, że prawo swoim zakresem obejmuje przypadki konwencjonalne, wpisując je w neutralne, obiektywne i przedustanowione kategorie, i jednocześnie marginalizuje i wyklucza tych, którzy w tych kategoriach się nie mieszczą. W konsekwencji dyskurs prawniczy, posługując się pojęciem zuniwersalizowanego zmaskulinizowanego podmiotu prawa, ogranicza swój pryzmat i nie obejmuje swym zasięgiem całej różnorodności podmiotów prawa. Dominacja podejścia opartego na rządach prawa³⁰ ma zapewniać bezstronne, neutralne i obiektywne stosowanie prawa, w świetle którego wrażliwość na kontekst i uwzględnienie partykularnej sytuacji podmiotu jest traktowane jako zagrożenie dla pewności i równości prawa. W efekcie model prawa oparty na „rządach prawa” i bezstronnym ich stosowaniu pozostaje ślepy na indywidualne różnice podmiotowe i zróżnicowaną sytuację, w której podmiot się znajduje.

7. *In her own voice*

Tymczasem propozycja feministycznej jurysprudencji polega na przekształceniu postrzegania podmiotu przez indywidualizację jego pozycji oraz uwzględnianie subiektywności przy stosowaniu reguł prawa. Dotyczy to zarówno sposobu konceptualizacji podmiotu prawa, jak i perspektywy samego stosującego prawo. Tradycyjnie podmiot ma szansę być uznany przez prawo, gdy spełni przedustanowione przez prawo warunki, z kolei podmiot stosujący prawo ma opierać się na formalnych rozumowaniach. Feministyczna jurysprudencja proponuje, by stosujący prawo raczej wyszedł poza normatywne kategorie i tam, gdzie to potrzebne, raczej dokonał emocjonalnego i subiektywnego sądu, niż odwoływał się do logicznego i formalnego rozumowania.

Jednym z konkretnych przykładów zastosowania tego stanowiska jest próba włączenia tradycyjnej kobiecej perspektywy, *her own voice*³¹, w perspektywę stosującego prawo. Ta propozycja jest oparta na założeniu o esencjonalnych różnicach kobiety i mężczyzny, co umożliwia uznanie pewnych cech za typowo kobiece i zaproponowanie włączenia

²⁹ C. Smart, *Feminism and the Power of Law*, w: *Feminist Jurisprudence Sourcebook Series*, H. Barnett (red.), Londyn 1997, s. 82.

³⁰ A. Scales, *Legal Feminism, Activism, Lawyering and Legal Theory*, Nowy Jork 2006, s. 17–32.

³¹ C. Gilligan, *In a Different Voice...*, podkreśla różnice między kobietami i mężczyznami, analizując tzw. dylemat Heinza. Interpretując uzasadnienia dla wyborów moralnych dokonanych przez Amy i Jake’a, wskazuje na odmiennosc w sposobie ich budowania, bez hierarchizowania sposobów uzasadnień. Amy patrzy na problem z punktu widzenia relacji Heinza i jego żony, w przeciwieństwie do Jake’a, który stosuje zasady logiki. Według C. Gilligan chłopiec reprezentuje typ rozumowania nastawionego na efekt, charakterystyczny dla logiki sprawiedliwości, natomiast rozumowanie dziewczynki jest typowym przykładem myślenia relacyjnego, rozwiniętego przez etykę dbałości.

ich w perspektywę męską. Dlatego też *her own voice* proponuje włączenie relacyjności, dbałości, empatii czy myślenia nie hierarchicznego, lecz opartego na kolegalności³², włączenie wrażliwości na kontekst do myślenia nie tylko moralnego³³, ale i prawniczego (racjonalnego i męskiego). Wartości takie jak dbałość, współczucie, przyjaźń powinny być wpisane w język sądowniczy, jako że należą do definicji tego, co powinna obejmować sprawiedliwość³⁴.

8. Rozum i ciało

Koncepcja zarówno samego prawa, jak i podmiotu w kulturze zachodniej poddana została skrajnej racjonalizacji. Najważniejszy moment w utrwaleniu dualistycznego podziału na ciało i rozum, obiektywne i subiektywne, opisuje tzw. moment Kartezjański, jako najbardziej radykalny, a zarazem wpływowy zwrot w pojmowaniu i funkcjonowaniu podmiotu. W średniowieczu i renesansie podmiotowość opierała się na poczuciu ciągłości i łączności ze światem, zaś obiektywność średniowieczna była wyznaczona perspektywą „bycia w” łączności ze światem, między światem ludzkim a przyrodą, za pomocą asocjacji. Od Kartezjańskiego symbolicznego porodu, opisanego w *Medytacjach*, podmiot jest umieszczony w czystym racjonalnym świecie, „na jego własnych warunkach”, zaakceptowanych wyłącznie przez rozum. Tak dokonuje się przerwanie łączności i ciągłości ze światem³⁵. Dzięki takiemu zabiegowi, jak twierdził Kartezjusz, pojawia się możliwość obiektywności, spojrzenia na to co zewnętrzne przedmiotowo, bez naleciałości powodowanych przez ciało, czyli lokalizację. Subiektywność bowiem nadaje ciężar perspektywie i wpływa na proces percepcji.

Dla Kartezjusza subiektywizm charakterystyczny jest dla okresu przed symbolicznym narodzeniem, kiedy to dominuje „nieumiejętność rozdzielenia subiektywności od tego, co na zewnątrz, co obiektywne”. Kartezjańskie narodziny podmiotu, w których wyłoniła się podmiotowość rozumiana jako odseparowane ego, budują tożsamość na przeciwieństwie do tego co zewnętrzne, w stosunku do świata, który jest zewnętrzny. Ten sposób myślenia jest nam jak najbardziej zrozumiały, ponieważ tak współcześnie o sobie i o świecie myślimy, posługując się dychotomią ja–świat. Pomędzy tym, co dzieje się wewnątrz nas, a tym, co pojawia się na zewnątrz, istnieje przepaść. Wobec tego bliskie jest nam poczucie wyalienowania ze świata, jako że jesteśmy od niego odrębni³⁶. Kartezjańskie „myślę, więc jestem” jako wyraz zwrotu do wewnątrz, jednak wyłącznie o kryterium racjonalizmu, proponuje niezwykle radykalne ujęcie podmiotowości, zaprzeczające dotychczasowym szerokim ujęciom akceptującym inne cechy podmiotu, np. czuję, więc jestem.

Idea prawa oparta na racjonalności zakłada wyłączenie subiektywności i emocji jako zmiennych i nieracjonalnych. Feministki jednak proponują włączenie emocji i uczuć do sądów moralnych, podkreślając wagę emocji i ciała w konstruowaniu sądów³⁷,

³² Istnieją przykłady feministycznej niehierarchicznej organizacji w zawodach prawniczych – zob. C. Fuchs Epstein, *Women in Law*, Nowy Jork 1993.

³³ C. Menkel-Meadow, *Portia in Different Voice: Speculations on a Women's Lawyering Process*, „Berkeley Womens Law Journal” 1985/1, s. 39–63.

³⁴ R. West, *Justice and Care*, „St. John's Law Review” 1996/1, s. 31–43.

³⁵ S.R. Bordo, *The Flight to Objectivity: Essays on Cartesianism and Culture*, Nowy Jork 1987, s. 1–10.

³⁶ S.R. Bordo, *The Flight...*, s. 2–5.

³⁷ K. Wallace, *Reconstructing Judgment: Emotion and Moral Judgment*, „Hypatia” 1993/8, s. 61–83.

które zaprzeczają idei neutralności i powszechnie uważane są za zagrożenie dla bezstronności³⁸.

Wpływ wagi ciała i emocji, pragnień, afektów, czyli wyciszanych czynników na konstruowanie sądów³⁹, nazywane „ucieleśnioną różnorodnością” (*embodied diversity*), jest uznawane za zasadnicze w konstruowaniu naszych sądów o rzeczywistości. Co również podkreśla nurt etyki dbałości, rozum i emocje nie powinny być traktowane jako przeciwległe bieguny, które siebie wykluczają. To właśnie dzięki empatii, czyli emocjonalnemu wczuciu się w sytuację drugiej osoby, jesteśmy w stanie dokonać najlepszego w danej sytuacji sądu moralnego, z uwzględnieniem dobra drugiej osoby.

To właśnie włączenie subiektywności oraz ujawnienie subiektywnej perspektywy powoduje, że sądy są bardziej obiektywne, transparentne, uczciwe, oddające szacunek osobie, w stosunku do której są formułowane, przez uwzględnienie jej podmiotowości. Perspektywa wydawania sądu z konkretnego miejsca, naznaczonego subiektywną, ale i ograniczoną perspektywą, daje możliwość dokonania sądu z poczuciem odpowiedzialności za decyzję, która jest „moja”, a nie powszechna, oraz uwzględnia to co „twoje”, a nie powszechne.

9. Podsumowanie

Porównując ujęcia tradycyjnej i feministycznej jurysprudencji można w efekcie powiedzieć, że to co zasadniczo je różni, to odmienne ujęcia jednostki oraz odmienna wizja relacji społecznych. Prawo postrzegane tradycyjnie, jak się okazuje, stosowane jest w sposób, który częściej broni norm wpisanych w porządek prawny niż indywidualnej autonomii i integralności jednostek.

Wizja tradycyjnej jurysprudencji koncentruje się raczej na realizacji ustanowionych norm w obiektywny, bezstronny i neutralny sposób, by wypełniając standardy i normy zrealizować sprawiedliwość, raczej leżącą po stronie prawa, a nie jego podmiotu. Służy temu w szczególności sposób koncepcja podmiotu prawa, która nie uwzględnia indywidualnych różnic czy też szczególnej sytuacji podmiotu, w efekcie przyczyniając się do utrwalania relacji społecznych opartych na hierarchii i przemocy. Służy temu również „oświeceniowa epistemologia” oparta na dominacji obiektywności i wyparciu wszystkiego co subiektywne i relacyjne jako zagrażające idei rządów prawa.

Wizja zaproponowana przez feministyczną jurysprudencję jest faktycznym wyzwaniem dla tradycyjnej jurysprudencji, jako że związana jest z przemianą najbardziej podstawowego i historycznie ugruntowanego układu społecznego, w którym prawo jest autonomiczne i samo się legitymizujące, a podmiot jest zależny i podporządkowany.

Realność przemian takiego układu systemu prawa musiałaby się wiązać z całkowitą przebudową stosunków społecznych na kolegialne i horyzontalne, włączając przebudowę układu sfery publicznej i prywatnej. Wydaje się zatem, że jeszcze na długo propozycja feministycznej jurysprudencji pozostanie w sferze wyzwań. Jednak niewątpliwie światło rzucone przez feministyczną jurysprudencję na rolę, jaką spełnia prawo w XXI w., odbiera mu i tak dość wątpliwy już blask.

³⁸ Główne zarzuty to: niekompatybilność z autonomią, nieprzekształcalność, niepewność, niekognitywność, związanie z naturalną, zwierzęcą częścią człowieka, brak zawartości molarnej, wyłącznie akcydentalna relacja do działania i wyboru – zob. więcej K. Wallace, *Reconstructing Judgment...*

³⁹ J. Nedelsky, *Embodied Diversity and the Challenges to Law*, „McGill Law Journal” 1997/1, s. 91–117.

Summary

Lidia Rodak

„Are we all feminists now”? The Challenge of Feminist Jurisprudence to Traditional Legal Theory

The potential of Feminist Jurisprudence is mainly built on its criticism of Traditional Jurisprudence. Through the deconstruction of the latter's main categories such as objectivity, justice, equality, and rationality, Feminist Jurisprudence aims to demonstrate that Traditional Jurisprudence tends to mask inequality, exclusion and lack of recognition rather than being able to bring about change or provide the values under research. What is more, FJ indicates a wide range of topics that are not explored by Traditional Jurisprudence and thus have no chance to be dealt with using traditional tools. As a result, Feminist Jurisprudence provides a separate language, a different epistemology and methodological tools that can broaden access to justice including all subjects by giving them recognition. What follows from these two approaches to jurisprudence and two distinct sets of epistemological assumptions is a different understanding of the subject and a different vision of social relations. As Feminist Jurisprudence convincingly shows, traditional law, with its inclination for objectivity defends legal norms as part of the legal and social order rather than an individual autonomy and integrity of subjects. In this paper I would like to suggest a middle-way solution going beyond the dualistic categories of objectivity and subjectivity. The proposal calls for a deep structural change of the legal discourse as the only one that really matters from the feminist point of view.

BIBLIOGRAFIA / REFERENCES:

- Bender, L. (1990). From Gender Difference to Feminist Solidarity: Using Carol Gilligan and an Ethic of Care in Law. *Vermont Law Review* 15/1, 1–48.
- Bordo, S.R. (1987). *The Flight to Objectivity: Essays on Cartesianism and Culture*. Albany: State University of New York Press.
- Bridgeman, J. (1998). *Feminist Perspective on Law. Law's Engagement with the Female Body*. London: Sweet & Maxwell.
- Cohen, J.L. (2002). *Regulating Intimacy. A New Legal Paradigm*. Princeton: Princeton University Press.
- Cornell, D. (1991). *Beyond Accommodation. Ethical Feminism, Deconstruction and the Law*. London: Routledge.
- Dux, M., Simic, Z. (2008). *The Great Feminist Denial*. Melbourne: Melbourne University Press.
- Fuchs Epstein, C. (1993). *Women in Law*. New York: University of Illinois Press.
- Fuszara, M. (1999). Feministyczna socjologia prawa. *Prace Instytutu Stosowanych Nauk Społecznych*.
- Fuszara, M. (2003). Women Lawyers in Poland under the Impact of Post-1989 Transformation. In U. Schulz, G. Shaw (Eds.), *Women in the World's Legal Professions*. Oxford: Hart Publishing.
- Gilligan, C. (1993). *In a Different Voice: Psychological Theory and Womens' Development*. Cambridge (Mass.): Harvard University Press.
- Gross, E. (1986). What is Feminist Theory? In C. Pateman, E. Gross (Ed.), *Feminist Challenges: Social and Political Theory*. Sydney: Allen & Unwin.
- Irigaray, L. (1991). Equal or Different. In M. Whitford (Ed.), *The Irigaray Reader*. Oxford: Blackwell Publishers.
- Kramer, M.H. (1995). *Critical Legal Theory and the Challenge of Feminism*. Lanham: Rowman & Littlefield.
- Lacey, N. (1997). Feminism and the Tenets of Conventional Legal Theory. In H. Barnett (Ed.), *Sourcebook on Feminist Jurisprudence*. London: Cavendish Publishing Limited.
- Lacey, N. (1992). Theories of Justice and the Welfare State. *Social & Legal Studies* 1/3, 323–344.
- MacKinnon, C. (1987). *Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law*. Cambridge (Mass.): Harvard University Press.
- MacKinnon, C. (1989). *The Problem of Marxism and Feminism in Towards a Feminist Theory of State*. Cambridge (Mass.): Harvard University Press.
- Menkel-Meadow, C. (1985). Portia in Different Voice: Speculations on a Women's Lawyering Process. *Berkeley Womens Law Journal* 1/1, 39–63.
- Minow, M. (1987). Foreword: Justice Engendered. *Harvard Law Review* 101/1, 10–95.
- Minow, M. (1992). Stripped Down Like a Runner or Enriched by Experience: Bias and Impartiality of Judges and Jurors. *William and Mary Law Review* 33, 1201–1218.

- Nedelsky, J. (1997). Embodied Diversity and the Challenges to Law. *McGill Law Journal* 42/1, 91–118.
- Nussbaum, M.C. (1992). Human Functioning and Social Justice: In Defense of Aristotelian Essentialism. *Political Theory* 20/2, 202–246.
- Quinn, M.C. (2012). Feminist Legal Realism. *Harvard Journal of Law & Gender* 35/1, 1–56.
- Rodak, L. (2013). Feministyczna jurysprudencja. In M. Stępień, A. Kociołek-Pęksa (Eds.), *Leksykon socjologii prawa*. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.
- Scales, A. (2006). *Legal Feminism, Activism, Lawyering and Legal Theory*. New York: New York University Press.
- Sen, A. (1990). More Than 100 Million Women Are Missing. *New York Review of Books* 1990/37/20.
- Smart, C. (1997). Feminism and the Power of Law. In H. Barnett (Ed.), *Sourcebook on Feminist Jurisprudence*. London: Cavendish Publishing Limited.
- Tarrant, S. (1990). Something is Pushing Them to the Side of Their Own Lives: A Feminist Critique of Law and Laws. *Western Australian Law Review* 20/3, 573–606.
- Wallace, K. (1993). Reconstructing Judgment: Emotion and Moral Judgment. *Hypatia* 8/3, 61–83.
- West, R. (1996). Justice and Care. *St. John's Law Review* 70/1, 31–44.
- Wright, S. (1993). Patriarchal Feminism and the Law of the Father. *Feminist Legal Studies* 1/2, 115–140.