

**Grzegorz Maroń**

### NURTY FEMINISTYCZNEJ JURYSPRUDENCJI

Feministyczna jurysprudencja zamiennie poniżej określana też jako feministyczna filozofia prawa czy feministyczna teoria prawa to jedna ze współczesnych szkół prawniczych<sup>1</sup>. Jej początek datuje się na lata 60.–70. ubiegłego stulecia. Za kolebkę tej szkoły prawniczej uchodzą Stany Zjednoczone<sup>2</sup>. Feministyczna jurysprudencja nie stanowi spójnego nurtu w prawoznawstwie. Poprawniejsze jest mówienie o niej w liczbie mnogiej. Opracowanie służy przybliżeniu założeń głównych kierunków łącznie obejmowanych nazwą „feministycznej filozofii prawa” przy jednoczesnym zaprezentowaniu argumentów krytycznych wobec tych założeń artykułowanych w samym środowisku feministycznym. Charakterystyka partykularnych odmian feministycznej teorii prawa – czyniona z perspektywy anglosaskiej, zwłaszcza zaś amerykańskiej doktryny prawniczej – pozwoli uświadomić sobie stopień niemonolityczności feministycznej jurysprudencji.

Kategoryzacja feministycznej jurysprudencji jest nadbudową podziałów w ramach feminizmu jako takiego. Poszczególnym nurtom feminizmu odpowiada właściwy im sposób podejścia do kwestii jurydycznych. Poniżej zostaną podane aproksymacji cztery podstawowe feministyczne teorie prawa związane z czterema najbardziej wpływowymi wariacjami feminizmu, tj. z feminizmem liberalnym, kulturowym, radykalnym i postmodernistycznym. Część feministycznego środowiska traktuje klasyfikacje te za już przebrzmiałe. Ocena taka w większym stopniu dowodzi braku wyraźnych granic pomiędzy poszczególnymi nurtami feminizmu niż ujawnia negację zasadności jakiegokolwiek typologii.

<sup>1</sup> Niekiedy feministyczną teorię prawa (feministyczną filozofię prawa) odróżnia się od feministycznej jurysprudencji, traktując tę drugą jako bardziej rozwiniętą i kompletną postać feministycznego prawoznawstwa będącego wciąż w fazie *in statu nascendi*. Rozróżnienie to przyjmują np. P. Cain czy N. Lacey. Dystynkcja ta nie jest wyraźna. W opracowaniu tym oboma zwrotami będą operował jako synonimami.

<sup>2</sup> Po raz pierwszy określenia „feministyczna jurysprudencja” użyto dopiero w 1978 r., podczas współorganizowanej przez Ann Scales konferencji z okazji 25. rocznicy ukończenia Harvard Law School przez kobiety. P. Cain, *Feminist Jurisprudence. Grounding The Theories*, „Berkeley Women’s Law Journal” 1988–1990, nr 4, s. 193.

## 1. Feminizm liberalny

Liberalna feministyczna jurisprudencja opiera się na założeniach oświeceniowego politycznego liberalizmu. Feminizm liberalny, jakkolwiek związany z genezą feminizmu, nie był – wbrew powszechnemu mniemaniu – synonimem jego tzw. pierwszej fali. W gronie pierwszych feministek znaleźć można także reprezentantki politycznego konserwatyzmu, np. Mary Stoll. Paradygmatem tego nurtu jest równe traktowanie kobiet i mężczyzn<sup>3</sup>. W myśl zasady utilitaryzmu na zniesieniu dyskryminacji kobiet skorzysta cała ludzkość. Prawo odpowiadające standardom liberalnym jest ślepe na płeć, nie zawiera ograniczeń ani preferencji ze względu na nią<sup>4</sup>. Gwarantuje każdemu człowiekowi równe szanse sukcesu. Zarówno mężczyzna, jak i kobieta są autonomicznymi istotami ludzkimi, stanowią cel, a nie środek do niego. Prawa człowieka z racji swej powszechności to także prawa kobiety. Reprezentanci obu płci posiadają zdolność racjonalnego myślenia i działania. Różnicowanie statusu prawnego kobiet i mężczyzn oparte na założeniu, iż kobiety są mniej racjonalne od mężczyzn, stanowi irracjonalną dyskryminację.

Feminizm liberalny przypadki nierówności obu płci na gruncie prawa nie postrzega w kategoriach systemowych czy strukturalnych. Dyskryminujące kobiety nie jest prawo jako takie, lecz poszczególne jego przepisy. Dlatego też ten nurt feministycznej jurisprudencji wzywa do reformy prawa, w sensie korekty treści jego poszczególnych postanowień, a nie jego całościowej restrukturyzacji. Prawo jest postrzegane jako narzędzie wywoływania pozytywnych społecznych zmian i osiągania społecznych celów. Tkwi w nim potencjał do bycia instrumentem pomocnym w realizacji zamierzeń feminizmu. Liberalny feminizm ma charakter reformistyczny, nie kwestionując legitymizacji prawa czy zachodniej tradycji prawnej. Nie czyni z prawa przedmiotu swojego ataku, lecz poddaje je krytyce celem jego sanacji. Feministyczna teoria prawa osadzona w kanonach myśli liberalnej nie podważa neutralności prawa, wskazuje jedynie na przypadki aberracji konkretnych przepisów od wymogu bezstronności. Wzywa do pełnego urzeczywistnienia założeń liberalizmu w prawie.

---

<sup>3</sup> Prekursorami zastosowania też liberalizmu do feminizmu byli np. Mary Wollstonecraft (*A Vindication of the Rights of Women*, 1792), John Stuart Mill (*The Subjection of Women*, 1869) czy Harriet Taylor Mill (*Enfranchisement of Women*, 1851). Liberalizm XIX i pierwszej połowy XX w. nie był w pełni wyalienowany od specyfiki swoich czasów i tak postępowy, jak współcześnie się sądzi. Wielu ówczesnych liberałów nie dostrzegało dyskryminacji w tych przepisach prawnych i tych praktykach, które dzisiaj jednoznacznie traktuje się jako krzywdzące kobiety. Przekonanie o powszechności praw politycznych i osobistych kształtowało się w społeczeństwie nie bez przeszkód.

<sup>4</sup> Według J. Milla „Zasada normująca istniejące stosunki społeczne pomiędzy obiema płciami – prawne podporządkowanie jednej płci drugiej – jest błędna i obecnie stanowi główną przeszkodę ludzkiego doskonalenia; powinna być ona zastąpiona zasadą doskonałej równości, nieprzynajmniej żadnej władzy czy przywileju jednej stronie, ani też nie nakładającą utrudnień na drugą”. S. Ratnapala, *Jurisprudence*, Cambridge – New York 2009, s. 234.

Zniesienie barier prawnych uważano za warunek wystarczający, aby kobiety pomimo barier społecznych na równi z mężczyznami mogły uczestniczyć w życiu gospodarczym i publicznym. Prawo powinno gwarantować przedstawicielom obu płci jednakową możliwość czynienia racjonalnych wyborów. Kobiety nie potrzebują zatem faworyzowania przez prawodawcę. Przykładowo W. Williams uważa, że uprawnienia dla kobiet z tytułu ciąży czy urodzenia dziecka nie są lepsze niż kiedyś obowiązkowe urlopy macierzyńskie czy zakaz aborcji<sup>5</sup>. Liczne grono liberalnych feministek krytykuje z kolei antypornograficzne uregulowania jako pogwałcające jednostkową wolność seksualną, w tym prawo kobiet do samodzielnego decydowania o formach własnej aktywności seksualnej<sup>6</sup>.

Argumentacja, którą się posługuje liberalny feminizm, doprowadziła do istotnych zmian w prawie z korzyścią dla kobiet. Powołując się na zasadę równości kobiet i mężczyzn, kobietom przyznano m.in. prawo do majątku wnoszonego do małżeństwa, czynne i bierne prawo wyborcze, możliwość kształcenia się, możliwość wykonywania poszczególnych zawodów. Liberalna zasada autonomii istoty ludzkiej posłużyła do wyinferowania z ustawy zasadniczej USA prawa do aborcji<sup>7</sup>. Nie wszystkie jednak plany liberalnej reformy prawa doszły do skutku. Uchwalona przez Kongres w 1972 r. poprawka do konstytucji (*The equal rights amendment*) o treści „Równość uprawnień na gruncie prawa nie może być zniesiona czy ograniczona przez Stany Zjednoczone czy którykolwiek ze stanów ze względu na płeć” ostatecznie nie weszła w życie.

Urzeczywistnienie postulatów liberalnej feministycznej jurysprudenencji było możliwe dlatego, iż mówi ona językiem zrozumiałym dla tradycyjnego prawniczości, władzy prawodawczej i sędziowskiej. Postulaty te są operacjonalizowalne w świetle założeń istniejącego porządku prawnego. Orężem w walce o równość stała się zwłaszcza klauzula równego traktowania XIV poprawki do amerykańskiej konstytucji. Powołując się na nią Sąd Najwyższy USA uchylił szereg przepisów opartych na stereotypach w przedmiocie natury, cech czy zdolności kobiet i mężczyzn. Niektóre z nich obowiązywały przez tak długi czas, iż zdawały się tworzyć niewzruszalną tradycję prawną<sup>8</sup>.

---

<sup>5</sup> Por. W. Williams, *The equality crisis. Some reflections on culture, courts, and feminism* [w:] K. Bartlett, R. Kennedy (red.), *Feminist Legal Theory. Readings in law and gender*, Boulder 1991, s. 15–34.

<sup>6</sup> Zob. W. McElroy, *A Woman's Right to Pornography*, New York 1997; N. Strossen, *Defending pornography. Free speech, sex, and the fight for women's rights*, New York 1995.

<sup>7</sup> *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973). Krytycznie o tej inferencji jako działalności prawotwórczej, a nie interpretacyjnej zob. G. Maroń, *Oryginalizm Antonina Scali jako teoria wykładni prawa*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego” 2010, nr 4, s. 41.

<sup>8</sup> Zob. *Reed v. Reed*, 404 U.S. 71 (1971); *Frontiero v. Richardson*, 411 U.S. 677 (1973), *Craig v. Boren*, 429 U.S. 190 (1976); *Mississippi University for Women v. Hogan*, 458 U.S. 718 (1982); *United States v. Virginia*, 518 U.S. 515 (1996).

Współczesnej liberalnej feministycznej teorii prawa daleko do bycia emanacją feministycznej jurysprudencji. Odejście od tego liberalizmu w feministycznym podejściu do prawa rozpoczęło się wraz z drugą falą feminizmu, a tym samym jednocześnie z ukonstytuowaniem się feministycznej jurysprudencji. Począwszy od lat 70. ubiegłego wieku, liberalny feminizm zaczął wyraźnie tracić na znaczeniu, choć niespełna dekadę wcześniej to właśnie paradygmat równości płci stanął u podstaw wydania w USA takich kluczowych regulacji normatywnych, jak *Equal Pay Act* z 1963 r. czy *Title VII Civil Rights Act* z 1964 r. zabraniających dyskryminacji ze względu na płeć w stosunkach pracy.

Niektóre reprezentantki feministycznej jurysprudencji mówią obecnie o jej liberalnym nurcie w kategoriach historycznych. Inne odmawiają mu miana teorii prawa, widząc w nim jedynie bezpośrednie zastosowanie kanonów liberalizmu do prawnego położenia kobiet (np. N. Lacey). Oceny takie są nieuprawnione. Jakkolwiek niewątpliwie szkoła ta nie zajmuje dzisiaj pierwszorzędnej pozycji w prawniczej myśli feministycznej, to jednak wciąż cieszy się poparciem umiarkowanej części feministek (np. tzw. *Ifeminism* czerpiący z libertarianizmu i reprezentowany przez W. McElroy).

Dzisiejszy feminizm liberalny dostrzega, iż XVIII-wieczne paradygmaty liberalizmu wymagają odpowiedniego zaadaptowania do nowych czasów i nowych wyzwań. Powoli odchodzi od stanowiska, że podkreślanie inności kobiet osłabia ich szanse na równy dostęp do tych samych praw, którymi cieszą się mężczyźni. Podkreśla się, że prawo musi uznać i uwzględnić realia, w których żyją kobiety, np. kobiecą funkcję rodzicielską i wychowawczą czy gorsze położenie materialne. Nie ma jednak zgody wśród liberalnych feministek w przedmiocie sposobów tej adaptacji. Niektóre z nich, widząc niewystarczalność neutralnych treściowo pod względem płci norm prawnych, zaczęły propagować akcje afirmatywne. Inne, dostrzegając nierówność kobiet w stosunkach pracy pomimo nominalnie niedyskryminacyjnych przepisów prawnych, opowiedziały się za wprowadzeniem do prawa pracy np. instytucji płatnych urlopów ciążowych czy macierzyńskich. Postulaty te zdaniem części krytyków ewidentnie kłócą się jednak z liberalnym paradygmatem równości.

Jak zauważa P. Smith, opowiedzenie się za jednakowością kobiet i mężczyzn bądź za różnicą pomiędzy nimi może wydawać się kwestią zero-jedynkową. Jeśli prawo czy sąd nie uwzględni tego, że kobiety są inne od mężczyzn, przyjmując, że są jednakowi, i odmówi obojgu urlopu macierzyńskiego, to skrzywdzi to kobiety. Jeśli uwzględni, to zostanie to poczytane za szczególne traktowanie kobiet, a tym samym utrwali stereotyp gorszej, słabszej, niesamodzielnej kobiety. Próbę interpretacyjnego wyjścia z tego błędnego koła proponuje M. Minow. Twierdzi ona, że kobieta nie jest bardziej inna od mężczyzny aniżeli mężczyzna od kobiety. Różnica jest relacyjna. Rzekomo szczególne trak-

towanie nie jest szczególne, a tylko tak jawi się w optyce norm stworzonych przez mężczyzn. Nie ma nic nadzwyczajnego w przyznaniu pracującym kobietom pewnych profitów z tytułu ciąży, tak jak nie jest szczególnym traktowanie pracownika ze złamaną nogą<sup>9</sup>. Stanowisko takie podziela J. Bear, dla której prawo powinno traktować kobiety i mężczyzn tak samo, kiedy są tacy sami, a inaczej, kiedy się różnią<sup>10</sup>. Trzeba jej zdaniem łączyć liberalne podejście reformistyczne z feminizmem różnicy.

Krytycy liberalnej wersji feminizmu twierdzą, że nie przyczyniła się ona do urzeczywistnienia sprawiedliwości, skoro nie wyeliminowano wykorzystywania kobiet ani nie zapewniono materialnej równości pomiędzy kobietami a mężczyznami. Liberalny feminizm doprowadził ich zdaniem jedynie do usunięcia najbardziej jaskrawych przypadków dyskryminacji. Prawo *prima facie* neutralne pod względem płci w praktyce albo nie jest stosowane neutralnie, albo też nie bierze pod uwagę faktu, że kobiety zajmują inną pozycję wyjściową w takich dziedzinach życia, jak rodzina i rynek pracy (kobiety są silniej związane węzłami rodzinnymi, ich udziałem jest ciąża, statystycznie zarabiają mniej od mężczyzn, zajmują niższe stanowiska<sup>11</sup>), stosunki władzy (ich udziałem nie są najważniejsze stanowiska polityczne w państwie) czy sfera seksualna (kobiety jako ofiary gwałtu, obiekt seksualnego uprzedmiotowienia w ramach prostytucji i pornografii). Taktyka liberalna zawiodła – według oponentów – także tam, gdzie różne traktowanie uzasadniano na podstawie „realnych” różnic, np. przypadki, gdy mężczyzna nie jest punktem odniesienia, jak chociażby w kontekście ciąży<sup>12</sup>.

W liberalnym feminizmie koncesja na rzecz kobiet jest uzależniona od ich asymilacji z mężczyznami. Tylko wówczas prawo będzie je na zasadzie symetrii traktować jak mężczyzn. Kult formalnej równości prowadzi zdaniem adwersarzy do dalszej prawnie legitymowanej nierówności. Inkorporacjonizm rozumiany jako dopuszczenie kobiet do męskiego świata prawa niczego nie zmienia. „W zasadzie to podejście pozostawia prawo takim, jakim było, a poszukuje najlepszego sposobu ograniczenia interesów kobiet poprzez legislatywę i judykaturę”<sup>13</sup>.

---

<sup>9</sup> P. Smith, *Four Themes in Feminist Legal Theory: Difference, Dominance, Domesticity and Denial* [w:] M. Golding, W. Edmundson (red.), *The Blackwell guide to the philosophy of law and legal theory*, Malden 2005, s. 91–92.

<sup>10</sup> J. Bear, *Our Lives Before the Law: Constructing a Feminist Jurisprudence*, Princeton 1999, s. 55.

<sup>11</sup> Por. F. Olsen, *The Family and the Market. A Study of Ideology and Legal Reform*, „Harvard Law Review” 1983, vol. 96, nr 7, s. 1497–1578; J. Williams, *Unbending Gender: Why Family & Work Conflict & What to Do About It*, New York 2001; M. Fineman, *The Autonomy Myth*, New York 2004; L. McClain, *The Place of Families: Fostering Capacity, Equality and Responsibility*, Cambridge 2006.

<sup>12</sup> Zob. *Geduldig v. Aiello*, 417 U.S. 484 (1974).

<sup>13</sup> C. Smart, *Feminism and the Power of Law*, Londyn 1989, s. 82.

Pierwotny liberalizm, dokonując podziału na sferę prywatną i publiczną, stworzył nowy model patriarchy<sup>14</sup>. Oponenti liberalnego feminizmu zarzucają, iż pozbawia on ochrony kobiety w sferze prywatnej (dom), czyniąc je bezbronnymi przed wykorzystywaniem (np. przemoc domowa, gwałt ze strony męża czy partnera, nierównomierny podział obowiązków domowych na niekorzyść kobiet). Tymczasem to, co prywatne, jest polityczne (*Personal is political*), pozycja kobiety w rodzinie przekłada się na jej pozycję w sferze publicznej.

Za grzech liberalnej feministycznej jurysprudencji poczytuje się przyjęcie przez nią męskiego standardu<sup>15</sup>. Skoro rzekomo neutralne prawo *de facto* odzwierciedla jedynie czy głównie męskie doświadczenia, to tym samym nie może ono sprzyjać kobietom. Wręcz przeciwnie, prawo współtworzy tzw. szklany sufit będący dla kobiet równie trudny do pokonania jak jawnie seksistowskie normy. Neutralność jest zatem zasłoną perspektywy silniejszych, czyli białych, heteroseksualnych, reprezentujących średnią klasę mężczyzn. Jak zauważa M. Minow, bezstronność to „przebranie przyjmowane przez stroniczość do pieczętowania uprzedzeń przed ujawnieniem”<sup>16</sup>. Równe traktowanie osób społecznie nierównych pogłębia tylko ich dyferencjację. Zasada neutralności prawa jako oręż środowisk feministycznych jest ponadto „bronią obosieczną”. Uwzględniono ją na korzyść mężczyzn, np. w sprawach opieki nad dziećmi rozwiedzionych rodziców czy alimentacji między małżonkami<sup>17</sup>.

Zdaniem wielu feministek neutralne nie jest tylko prawo, ale także praktyka jego stosowania. Zasada sędziowskiej niezawisłości i bezstronności kontryfaktycznie zakłada istnienie jakiejś uniwersalnej i obiektywnej perspektywy sprawy. Tymczasem niemożliwe jest rozstrzygnięcie przez sędziego sprawy na podstawie *view from nowhere*. Męski ogląd konkretnej sytuacji przedstawia się jako neutralny i powszechny. Skoro prawo jest tworzone i stosowane przez osoby mające swoją własną perspektywę, to prawo nieuchronnie odzwierciedla ją do pewnego stopnia. Zależności tej nie można całkowicie wyeliminować, ale moż-

---

<sup>14</sup> Według C. Pateman liberalizm stworzył „Społeczeństwo obywatelskie czy powszechną sferę wolności, równości, indywidualizmu, rozsądku, umowy i bezstronnego prawa – królestwo mężczyzn czy jednostek; i prywatny świat partycularności, naturalnej podległości, więzów krwi, emocji, miłości i seksualnej namiętności – świat kobiet, w którym mężczyźni również rządzą”. *The Disorder of Women*, Cambridge 1989, s. 43.

<sup>15</sup> Zob. A. Allen, *After Privacy: A Feminist Analysis of Preferential Regulation in the Liberal State*, New York 2005; M. Fineman, T. Dougherty (red.), *Feminism Confronts Homo Economicus*, Ithaca 2005.

<sup>16</sup> M. Minow, *Making All the Difference: Inclusion, Exclusion, and American Law*, Ithaca 1990, s. 376. M. Davies wskazuje, że neutralność to „jedyna pozycja kulturowo zdolna do zaprzeczenia swojej pozycyjności, to jest pozycja, która jest uprawniona wiedzieć”. *Asking the Law Question*, Sydney 1994, s. 176–177.

<sup>17</sup> Zob. *Orr v. Orr*, 440 U.S. 268 (1979).

na podejmować wysiłki, aby osiągnąć większą, choć nigdy pełną obiektywność prawa. O działania w tym kierunku tym trudniej, im ci, którzy kierują się swoją partykularną perspektywą, nie są tego nawet świadomi<sup>18</sup>.

Według adwersarzy fundamentalne założenia liberalizmu *summa summarum* stoją w opozycji do programu feminizmu. Poprawie sytuacji prawnej kobiet nie sprzyja ich zdaniem zwłaszcza indywidualistyczny model istoty ludzkiej (kobieta jako jednostka a nie reprezentantka klasy), negatywne rozumienie wolności („wolność od”), oddzielenie sfery prywatnej i publicznej oraz twierdzenie o neutralności prawa (*genderowa* bezstronność prawa).

## 2. Feminizm kulturowy

Feminizm kulturowy, zwany także feminizmem różnicy, relacyjnym czy odmiennego głosu, odrzuca zasadę równego traktowania, a przynajmniej jej absolutyzację. Liberalny dogmat formalnej równości oraz racjonalnej i autonomicznej istoty ludzkiej jest zakorzeniony w kulturowo determinowanych męskich standardach i wartościach. Błędnie przyjęło się go uważać za uniwersalny. Autonomiczna jednostka została skrojona przez liberalizm na wzór mężczyzny. Liberalizm, kreśląc wzorzec człowieka, uwypuklił jego męstwo, siłę, niezależność, a zmarginalizował takie cechy, jak miłość, empatia, cierpliwość, troskliwość, opiekuńczość, łagodna uległość. Tak rozumiany ideał człowieka naturalnie łatwiej osiągnąć mężczyznom. Kobiety są równo traktowane i uzyskują równe prawa tylko wtedy, gdy naśladują męskie wzorce zachowania, upodabniają się do nich. Postulowana przez liberalny feminizm równość szans jest pozornie osiągnięta za cenę internalizacji przez kobiety obcej im męskiej racjonalności<sup>19</sup>. W ten sposób liberalne feministki wyświadczyły ruchowi feministycznemu „nie-dźwiedzią przysługę”, swoimi postulatami utrwalając, tym razem w bardziej zawałowanej formie, męską dominację. Nieporozumieniem jest asymilowanie kobiet z patriarchalnym porządkiem prawnym. Zamiast dowodzenia, że kobiety są jak mężczyźni i spełniają męskie normy, należy w myśl feminizmu kulturowego poczynić starania, aby prawo dokonało akomodacji kobiecych cnót, a nie ich wyrugowania.

Nie wystarczy traktować kobiet jak mężczyzn, skoro one różnią się od nich. Prawo musi być responsywne wobec natury kobiety, jej statusu i możliwości. Równość jest czymś o wiele bardziej subtelnym i złożonym niż się to wydaje liberałom. Feminizm kulturowy dąży do ujawnienia tych właśnie ukrytych zało-

---

<sup>18</sup> M. Burchard, *Feminist Jurisprudence* [w:] *Internet Encyclopedia of Philosophy*, <http://www.iep.utm.edu/jurisfem/>

<sup>19</sup> M. Tebbit, *Philosophy of Law. Introduction*, Londyn 2005, s. 150.

żeń stojących u podstaw treści prawa, jego procedur i praktyki prawniczej. Prawo rzekomo neutralne pod względem płci legitymizuje bowiem różne formy dyskryminacji kobiet.

Intelektualną podstawą feministycznej jurysprudencji tego nurtu są badania amerykańskiej psycholog Carol Gilligan dotyczące moralnego rozwoju człowieka. Autorka kwestionuje uniwersalność teorii moralnego rozwoju L. Kohlberga, która jest odzwierciedleniem jedynie męskiego moralnego rozwoju. Teoria ta nie uwzględnia lub bagatelizuje moralne rozumowanie kobiety<sup>20</sup>. Zdaniem Gilligan kobietom i mężczyznom odpowiada inny typ etyki, inny „moralny głos”. Reprezentanci obu płci inaczej oceniają i rozstrzygają realne i hipotetyczne dylematy czy konflikty moralne. Etyka mężczyzn to tzw. etyka praw (etyka sprawiedliwości) oderwana od interpersonalnych relacji. Znamionuje ją proste stosowanie zhierarchizowanych generalno-abstrakcyjnych reguł. Dla kobiet właściwa jest natomiast tzw. etyka troski, której istotną cechą jest relacyjność i kontekstualność. W rozumowaniu kobiet dostrzega się holizm, wyższy stopień złożoności, ale też mniejszą konkluzywność. Kobiety częściej uwzględniają relacje zachodzące między ludźmi i towarzyszące im wartości niż są skłonne kierować się ogólnymi normami.

Różnicę pomiędzy etyką troski i sprawiedliwości oddaje tzw. dylemat Heinza. Żona tytułowego Heinza choruje na nowotwór, a lek, który może jej pomóc, jest bardzo drogi. Aptekarz żąda zapłaty pełnej ceny. Czy Heinz, chcąc ratować życie małżonki, powinien dopuścić się kradzieży medykamentu? W kontekście postawionego pytania Gilligan przedstawia rozumowanie dwójki dzieci, szóstoklasistów, Jake'a i Amy. Chłopak udziela odpowiedzi twierdzącej. Jest zdania, iż prawo żony Heinza do życia przeważa prawo aptekarza do zysku. Przyjęcie abstrakcyjnej hierarchii prawa do życia i prawa własności w połączeniu z regułami logiki wystarczyło mu do udzielenia jednoznacznej odpowiedzi. Gilligan określiła jego rozumowanie etyką praw. Dziewczynka Amy nie jest przekonana o konieczności kradzieży. Zauważa, że aresztowany Heinz nie będzie mógł pomóc małżonce. Zastanawia się nad innymi alternatywami (np. możliwość wypracowania harmonogramu zapłaty całej kwoty leku), dokonuje w ich kontekście rachunku zysków i strat w relatywizacji do specyfiki całej sprawy. Kieruje się więc wartością komunikacji i wzajemności w relacjach, czyli właśnie etyką troski. Gilligan nie hierarchizuje tych dwóch różnych typów etyki. Nie głosi, że etyka troski jest ważniejsza, ale zarazem sprzeciwia się postrzeganiu jej w kategoriach rozumowania niedojrzałego czy niewłaściwego<sup>21</sup>.

---

<sup>20</sup> Szerzej o badaniach Gilligan, zob. J. Cabaj, *Prawne aspekty feminizmu kulturowego*, „Ius Novum” 2011, nr 1, s. 164–164.

<sup>21</sup> Zob. C. Gilligan, *In a Different Voice: Psychological Theory and Women's Development*, Cambridge 1982. Pewną antecedencję stanowiska Gilligan można odnaleźć w książce Susan Gla-

Jurisprudencja feminizmu kulturowego twierdzi, iż prawo systemowo inkorporuje wyłącznie męskie podejście do etyki i sprawiedliwości. Nie jest zatem ono neutralne w stosunku do płci, lecz odzwierciedla męską moralność i męskie wyobrażenie sprawiedliwości. Abstrakcyjno-generalny charakter prawa nie chroni je przed stronniczym wykorzystywaniem w interesie mężczyzn. Feminizm różnicy postuluje włączyć kobiecy głos do prawa i praktyki prawniczej. Dzięki temu porządek prawny zostanie osadzony w realnych międzyludzkich relacjach dnia codziennego. Nie wystarczy, jak głosi liberalny feminizm, skrupulatne urzeczywistnianie formalnej zasady równości. Zarazem nie ma też potrzeby, za czym optuje feminizm radykalny, zniesienia dotychczasowego porządku prawnego.

Próbie adaptacji badań Gilligan do prawoznawstwa podjęła Robin West, artykułując tzw. tezę separacji i tezę powiązania. Teza separacji dotyczy mężczyzn. Zgodnie z nią mężczyźni znamionuje indywidualizm, dystans, separatyzm od tego, co społeczne i grupowe, myślenie w kategoriach zastanych reguł prawnych i logiki. Kobieta natomiast poprzez swoją biologię, cielesne doświadczenia (menstruacja, heteroseksualna penetracja, ciąża, karmienie piersią), ale także swoją moralność i praktykę życiową jest nierozdzielnie związana z innymi<sup>22</sup>. Ważne są dla niej relacje, więzi, pokrewieństwo, współzależność, wartości grupowe, kontekst sytuacji. Cechuje ją inklinacja do godzenia sprzecznych interesów, do zapobiegania krzywdzie bliźnich. Kieruje się miłością i współczuciem „Kobiety myślą w kategoriach potrzeb innych, a nie ich praw, ponieważ kobiety materialnie, fizycznie, psychicznie zaspokajają potrzeby innych”<sup>23</sup>. Prawo oraz prawoznawstwo zdaniem West przyjmują męską tezę o separacji, są determinowane liberalnym indywidualizmem głoszącym prymat indywidualnych praw ponad odpowiedzialność za innych, prymat jednostki ponad wspólnotę. Model prawniczej edukacji również bazuje na wpajaniu etyki praw.

---

spell, *A Jury of Her Peers* (1917). Fikcyjna postać Minnie Wright podejrzana o uduślenie podczas snu męża zostaje aresztowana. Do jej domu udają się szeryf i prokurator w towarzystwie swoich małżonek. Podczas gdy mężczyźni przeszukują dom i stodołę w poszukiwaniu dowodów zbrodni (sfera publiczna męska), kobiety zostają pozostawione same w kuchni (prywatna sfera kobieca). W oparciu o parę szczegółów bardzo szybko dochodzą do prawdy o morderstwie, trudnych relacjach małżeńskich i motywach zbrodni. Mężczyźni natomiast ostatecznie nie znajdują żadnego dowodu mogącego obciążyć Minnie. Ich małżonki swoje spostrzeżenia zachowują w tajemnicy. Z powodu braku dowodów ława przysięgłych uznaje Minnie za niewinną.

<sup>22</sup> R. West używa terminu „kulturowy feminizm” do tych feministek, które uważają, iż „istotna różnica między mężczyznami i kobietami jest taka, że kobiety wychowują dzieci, a mężczyźni nie”. *Jurisprudence and Gender*, „University of Chicago Law Review” 1988, vol. 55, nr 1, s. 13.

<sup>23</sup> *Ibidem*, s. 21. Według West „Kobiety są faktycznie czy potencjalnie materialnie powiązane z innym życiem ludzkim. Mężczyźni nie. Pociąga to za sobą egzystencjonalne konsekwencje. Podczas gdy może być prawdą w odniesieniu do mężczyzn, że jednostka jest «epistemologicznie i moralnie czymś ważniejszym od zbiorowości» to nie jest to prawdą w stosunku do kobiet”. *Ibidem*, s. 16.

West oraz inne reprezentantki feminizmu kulturowego, np. L. Bender, K. Kinports, C. Menkel-Meadow, wzywają, aby prawo w większym stopniu było osadzone w kobiecym doświadczeniu. Prawo, przyjmując tezę separacji, przecza te prywatne i intymne międzyosobowe relacje, które krzywdzą i ranią kobiety. Uwzględnienie głosu kobiety w sferze stosunków prawnych umożliwi rozstrzyganie spraw nie w oparciu o generalno-abstrakcyjne normy, lecz w drodze kontekstualnego, bardziej szczegółowego podejścia uwzględniającego specyfikę rozpoznawanego przypadku. Obiektywność, racjonalność i emocjonalna wstrzemięźliwość, których oczekuje się od sędziów, są nie tylko nieosiągalne, ale i do nich nie należy dążyć<sup>24</sup>. Miejsce legalizmu umożliwiającego sędziom ucieczkę od odpowiedzialności powinna zastąpić empatia sędziowskiego rozumowania. Kobiety wraz z etyką troski mogą wnieść do porządku prawnego mediację i współpracę w miejsce współzawodnictwa czy kontrydaktoryjnego modelu roli prawnika<sup>25</sup>. Inkorporacja optyki kobiet w obręb prawa i sądowych procedur może nastąpić poprzez większy udział kobiet w zawodach prawniczych i w sprawowaniu władzy politycznej.

Feminizm kulturowy postuluje, aby przepisów nie konstruować w sposób kontrydaktoryjny, ale taki, który uznaje powiązania leżące u podstaw poszczególnych praw<sup>26</sup>.

Przykładem proponowanej reformy prawa jest zastąpienie modelu racjonalnej osoby jako standardu prawnego rozumowania modelem racjonalnej kobiety w sprawach dotyczących kobiet, ewentualnie modelem osoby responsywnej na społeczne relacje, np. modelem odpowiedzialnego sąsiada. Standard racjonalnej osoby (*reasonable person*) pomimo *prima facie* neutralnego nawet w swej nazwie (niegdyś nazywanego *reasobale man*) charakteru jest wciąż skorelowany z męskimi oczekiwaniami i założeniami. Przejawów patriarchy prawa jest więcej, np. męski obraz kobiecej seksualności wykorzystywany w sprawach o zgwałcenie, czy też sam język prawny, którego poszczególne terminy i zwroty to „sztuczne gramatyczne uprzedzenia rodzące wrażenie maskulinizacji prawa”<sup>27</sup>.

Przykładem uwzględniania kobiecego głosu w praktyce prawniczej może być orzeczenie amerykańskiego Sądu Apelacyjnego dla IX okręgu, który

---

<sup>24</sup> I. Radacić, *Feminist Legal Theories*, <http://www.zenska-mreza.hr/violence.htm>

<sup>25</sup> Por. L. Henderson, *Legality and Empathy*, „Michigan Law Review” 1987, vol. 85, s. 1574–1653; C. Menkel-Meadow, *Portia in a Different Voice. Speculations on Women's Lawyering Process*, „Berkeley Women's Law Journal” 1985, nr 1, s. 39–63; M. Minow, M. L. Shanley, *Relational Rights and Responsibilities. Revisioning Family in Liberal Political Theory and Law*, „Hypatia” 1996, vol. 11, nr 1, s. 4–29.

<sup>26</sup> Zob. J. Nedelsky, *Reconceiving Rights as Relationship*, „Review of Constitutional Studies” 1993, nr 1, s. 1–23.

<sup>27</sup> M. Tebbit, *Philosophy...*, s. 149.

w sprawie o molestowanie seksualne posłużył się testem „racjonalnej kobiety”<sup>28</sup>. Mediacja propagowana przez feminizm kulturowy zyskała natomiast status podstawowej instytucji w ramach procedur sprawiedliwości naprawczej<sup>29</sup>.

Feminizm różnicy spotyka się z wielokierunkową krytyką. Podnoszony jest zarzut o niedopuszczalnej generalizacji wniosków Gilligan, tym bardziej iż badała ona głównie białe, pochodzące z średniej klasy, heteroseksualne kobiety. Zdaniem oponentów niezgodne z prawdą jest uniwersalistyczne założenie, że męskie rozumowanie jest dedukcyjne, abstrakcyjne i obiektywne, a kobiece rzekomo indukcyjne, kontekstualne i subiektywne. Przeczy temu chociażby pełnienie roli mediatora przez licznych mężczyzn w ramach rzekomo kobiecej mediacji. Założeniu temu daleko zarazem do nowatorstwa. Abstrakcyjną męską etykę sprawiedliwości i kontekstualną kobiecą etykę troski można dostrzec już u Pitagorasa. Jediną pozytywną różnicą jest to, że Gilligan nie traktuje jednej etyki jako lepszej od drugiej. Według przedstawicielek radykalnego feminizmu inny kobiecy głos to efekt subordynacji kobiet, a propagowanie tezy o nim subordynację tę utrwała, a nie znosi.

Z dezaprobatą spotkała się też koncepcja West. Zarzucono jej, podobnie jak i Gilligan, oparty na biologicznym determinizmie esencjalizm. W myśl esencjalizmu istnieje wspólna dla wszystkich kobiet natura czy jądro kobiecości, względnie pewna wspólność kobiecych doświadczeń lub inherentny dla nich sposób rozumowania. W ocenie feminizmu radykalnego stanowisko takie nie wyjaśnia, dlaczego to męskie rozumowanie stało się paradygmatem prawa, ani też nie jest ono w stanie wskazać, jak kobiecą moralność wprowadzić do porządku prawnego.

Obraz kobiety wyłaniający się z kulturowego feminizmu przypomina według krytyków stereotypowy wizerunek kobiety jako osoby naturalnie emocjonalnej, domatorki, troskliwej oraz opiekuńczej heteroseksualnej matki karmicielki. Taki portret kobiecości to lustrzane odbicie średniej klasy matron z epoki wiktoriańskiej<sup>30</sup>. Wpisuje się on w tradycyjny podział ról. Feministki czarnoskóre i lesbijki oskarżyły West o „imperializm płciowy”. Eksponowanie biologicznych różnic pomiędzy kobietami a mężczyznami utrwała i legitymizuje ich zdaniem wielowiekowe uprzedzenia wobec „słabszej płci” i może skutkować dalszą ich dyskryminacją w prawie „szlachetnie” usprawiedliwianą ich ochroną (np. wykluczenie kobiet z pewnych zawodów motywowane oceną, iż są one mniej fizycznie wytrzymałe, mniej skłonne do podejmowania ryzyka)<sup>31</sup>. Gloryfikacja

---

<sup>28</sup> *Ellison v. Brady*. 924 F.2d 872 (1991).

<sup>29</sup> Zob. G. Maroń, *Sprawiedliwość naprawcza a retrybtywizm w odpowiedzialności karnej*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Rzeszowskiego”, Prawo 10, Rzeszów 2011, s. 111–130.

<sup>30</sup> P. Smith, *Four...*, s. 92.

<sup>31</sup> Zob. *EEOC v. Sears, Roebuck & Co* 839 F.2d 302 (7th Cir. 1988).

kobiecego głosu może, wbrew zamierzeniom, posłużyć do ochrony męskiej władzy, do usprawiedliwiania nierównego traktowania. Jak zauważa C. Smart, socjobiologiczny stereotyp kobiety jako troskliwej matki spowoduje powrót kobiet na swoje miejsce wyznaczone im przez mężczyzn<sup>32</sup>.

Feminizm kulturowy skrytykowały też liberalne feministki. Ich zdaniem badania empiryczne nie wskazują na większe różnice w zakresie rozumowania sędziów kobiet i sędziów mężczyzn. Jak stwierdza sędzia Sądu Najwyższego R. Bader-Ginsburg: „W swojej pracy prawnika, nauczyciela akademickiego prawa, a obecnie sędziego nie zauważyłam żadnego wyraźnego męskiego czy kobiecego sposobu myślenia czy stylu pisarskiego. Zgodzę się z sędzią Sądu Najwyższego stanu Minnesota, Jeanne Coyne, która zapytana o to, czy kobiety sędziowie rozstrzygają sprawy inaczej, dlatego że są kobietami, powiedziała: «Mądry stary mężczyzna i mądra stara kobieta dochodzą do tego samego rozstrzygnięcia»»<sup>33</sup>. Reprezentantki feminizmu kulturowego, odpowiadając na tę uwagę, przekonują, że to męski system prawniczej edukacji i męski porządek prawny tłumią kobiecą skłonność do artykulacji swojego głosu.

Krytycy feminizmu kulturowego nie podzielają też optymizmu, iż sam wzrost liczby kobiet w zawodach prawniczych wprowadzi do prawa nową jakość. Za równie prawdopodobne przyjmują, że to raczej instytucje prawne zmienią uczestniczącą w ich pracach kobietę niż same ulegną zmianie. W najlepszym razie demaskulinizacja prawa będzie przebiegać stopniowo i powoli. Sceptyczna co do możliwości włączenia etyki troski do prawa jest A. Scales. Prawo jej zdaniem to monolit oparty na koncepcji abstrakcyjnych uprawnień, któremu obcy jest pluralizm punktów widzenia. Wyklucza ono wartość troski. Inkorporacjonizm jest zatem sztuczny, stanowi „pocałunek Judasza”<sup>34</sup>.

### 3. Feminizm radykalny

Niekiedy feminizm radykalny bywa obok kulturowego zaliczany do feminizmu różnicy. Oba nurty eksponują bowiem wagę różnic pomiędzy płciami (*gender*), ale gdzie indziej widzą źródło tej różnicy – feminizm kulturowy w biologii czy psychologii, a radykalny w społecznej i instytucjonalnej władzy. Kobiety są postrzegane w kategorii klasy, a nie jako jednostki. Oba typy feminizmu łączą zatem krytyka liberalnej wersji feminizmu, ale dzieli odmiennosc postulowa-

---

<sup>32</sup> C. Smart, *Feminism...*, s. 75.

<sup>33</sup> Cyt. za: J. McCorkel, F. Schmitt, V. Hans, *Gender, Law, and Justice* [w:] J. Sanders, V. Hamilton (red.), *Handbook of Justice Research in Law*, New York 2001, s. 311.

<sup>34</sup> A. Scales, *The Emergence of Feminist Jurisprudence, An Essay*, „Yale Law Journal” 1986, vol. 95, nr 7, s. 1384.

nych środków walki z dyskryminacją. Dla feminizmu radykalnego różnice między mężczyznami i kobietami wyeksponowane przez feminizm kulturowy są przedstawiane często tak, jakby rzekomo męska charakterystyka była lepsza od cech rzekomo kobiecych. Natura kobieca została zaprogramowana przez mężczyzn. „Kobiety cenią troskę, ponieważ mężczyźni wartościują nas według troski, którą ich otaczamy. Kobiety myślą w kategoriach relacji, ponieważ nasze istnienie jest definiowane w relacji do nich”<sup>35</sup>.

Natura czyni kobiety i mężczyzn różnymi, ale to nie ona, lecz struktury społeczne i prawne są odpowiedzialne za dyskryminację kobiet. Mężczyźni jako klasa zdominowali kobiety, tworząc nierówność płci. „Człowieczeństwo jest męskie, a męczyzna definiuje kobietę nie jako samą z siebie, ale w odniesieniu do niego; ona nie jest traktowana za autonomiczną istotę”<sup>36</sup>. Opresja kobiet ma charakter instytucjonalny i systemowy, nie stanowi rezultatu irracjonalnego dyskryminacyjnego traktowania jednych jednostek przez drugie. Opresja ta przybiera postać patriarchy, gdzie termin ten wyraża „systematyczną subordynację kobiet wobec mężczyzn, a doświadczenie to jest udziałem wszystkich kobiet”<sup>37</sup>. Państwo i prawo to instytucje patriarchalne, w których odzwierciedlenie i umocowanie znajduje męska opresyjna władza. „Męska dominacja jest prawdopodobnie najbardziej rozpowszechnionym i trwałym systemem władzy w historii [...] metafizycznie blisko mu do perfekcji. Jego (mężczyzny) punkt widzenia jest standardem braku punktu widzenia, jego partykularność znaczeniem powszechności”<sup>38</sup>.

Jeżeli paradygmatem męskości jest władza, a kobiecości podporządkowanie się tej władzy, to nie sposób w związku z tym w prawie, w jego liberalnej tradycji, upatrywać narzędzia eliminowania nierówności. Nie jest to według feminizmu radykalnego możliwe, skoro język, logika i struktura prawa zostały stworzone przez mężczyzn i pozostają w służbie męskich wartości. Podporządkowanie się męskim standardom racjonalności, przyjęcie męskich reguł gry doprowadziło do opresji kobiet, tym razem opresji „pod przebraniem” neutralności. Liberalny feminizm pod pozorem równości przyznaje kobietom jedynie „nagrodę pocieszenia”. Pojęcia bezstronności i obiektywności to standardy dominującej grupy ukrywające męską stronniczość. Nie wystarczy sama reforma prawa, aby zakończyć męskie rządy nad kobietami. Walka z męską dominacją wymaga

<sup>35</sup> C. MacKinnon, *Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law*, Cambridge 1987, s. 39.

<sup>36</sup> S. de Beauvoir, *The Second Sex*, cyt. za: <http://www.marxists.org/reference/subject/ethics/de-beauvoir/2nd-sex/introduction.htm>

<sup>37</sup> P. Smith, *Feminist Jurisprudence*, [w:] D. Patterson (red.), *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, Chichester–Malden 2010, s. 294.

<sup>38</sup> C. MacKinnon, *Toward a Feminist Theory of the State*, Cambridge 1989, s. 116–117. Zob. też jej autorstwa *Are Women Human? And Other International Dialogues* (Cambridge 2006) oraz *Women's Lives, Men's Laws* (Cambridge 2007).

zmian politycznych, które przyznają kobietom jednakową władzę we wszystkich aspektach życia społecznego.

W ocenie czołowej reprezentantki kierunku, Catharine MacKinnon, *gender* nie jest kwestią jednakowości czy różnicy, ale kwestią dominacji i subordynacji, czyli kwestią władzy. Jak przekonuje, „Według standardu identyczności, kobiety są mierzone według naszej zgodności z mężczyzną, nasza równość sądzona poprzez naszą bliskość z jego miarą. Według standardu różnicy, jesteśmy mierzone według braku naszej zgodności z nim, nasza kobiecość sądzona naszym odstępstwem od jego miary. Neutralność płci jest zatem zwyczajnie męskim standardem, a reguła specjalnej ochrony jest zwyczajnie kobiecym standardem, ale nie daj się zwieść: męskość jest punktem odniesienia dla obojga. Pomyśl o tym na wzór modeli anatomicznych na wydziałach lekarskich. Ciało mężczyzny jest ciałem człowieka, wszystkie te rzeczy, które posiadają kobiety są nauczane w ramach ginekologii i położnictwa. Jest to sytuacja, gdzie większe jest mniejszym. Podchodzenie do dyskryminacji płci w ten sposób jakby kwestie płci były sprawą różnicy, a równości sprawą jednakowości, dostarcza dwa sposoby, w jakie prawo sprowadza kobiety do męskiego standardu i nazywa to równością płci”<sup>39</sup>.

Dla MacKinnon różnica to „aksamitna rękawica na żelaznej pięści dominacji. Problemem nie jest to, że różnice są bezwartościowe, problemem jest to, że są one definiowane poprzez władzę”<sup>40</sup>. Społeczna struktura zależy od dostępu do władzy. Różnica pomiędzy kobietami i mężczyznami polega na tym, że „mężczyźni posiadają władzę a kobiety nie”<sup>41</sup>. Wyraźne tu podobieństwo do założeń marksizmu. Podczas jednak, gdy marksizm oparł się na stosunkach klasowych, radykalny feminizm koncentruje się na stosunkach *gender*. „Seksualność jest dla feminizmu tym, czym praca dla marksizmu: to co jest czymś najbardziej własnym, jest zarazem tym, co się najbardziej odbiera”<sup>42</sup>.

Feministki radykalne sprowadzają płęć do hierarchii w zakresie władzy, gdzie „męski” to termin uprzywilejowany, a „żeński” wyrażający opresję. Hierarchię tę powieliła i wzmacnia się przy pomocy instytucji, które jako normę przyjmują męskie standardy i wartości. Kobieta to ofiara męskiego ujarznienia. Głównym wspólnym doświadczeniem kobiet pozostaje doświadczenie bycia przedmiotem przeznaczonym do konsumpcji przez mężczyzn, np. w ramach pornografii, gwałtu, molestowania seksualnego, prostytucji, seksistowskiej reklamy czy seksistowskiego filmu lub serialu. Subordynacja kobiet to dla feminizmu radykalnego rezultat nie tylko stosowanej wobec nich fizycznej przemocy. Mężczyźni podporządkowują je sobie także poprzez kontrolę takich społecznych instytucji, jak państwo i prawo.

---

<sup>39</sup> *Eadem, Feminism...*, s. 34.

<sup>40</sup> *Eadem, Toward...*, s. 219.

<sup>41</sup> *Eadem, Feminism...*, s. 51.

<sup>42</sup> *Eadem, Toward...*, s. 3.

*Genderowy* charakter ma również prawo, pozostając w ścisłym związku ze społeczną dystrybucją władzy. „Abstrakcyjne prawa autoryzują męskie doświadczenie świata”<sup>43</sup>. Celem radykalnego feminizmu jest obalić kobiece podporządkowanie. Do tego nie wystarczy samo rozpoznanie przejawów nierówności i dyskryminacji w prawie. Konieczne jest zrozumienie, a następnie poddanie krytyce podstawowych struktur i mechanizmów wykluczenia, które stoją u podstaw kobiecej subordynacji. „Prawo nie jest neutralne [...] prawo jest męskie. Prawo nie tylko odzwierciedla, ale również wzmacnia męską perspektywę jako legitymowaną, jako prawo”<sup>44</sup>. Radykalny feminizm wzywa więc nie do reformy, ale do zniesienia liberalnego modelu państwa i prawa. Dopóki mężczyźni kontrolują najważniejsze społeczne instytucje, usprawiedliwiając to naturalnymi różnicami pomiędzy płciami, dopóty będzie trwała maskulinizacja prawa. Patriarchalnego charakteru prawa nie można zmienić, jedynie przepuszczając kobiety przez jego drzwi ani włączając kobiecych wartości do jego procedur i norm. Reforma prawa czyniona poprzez schematy, których to prawo samo dostarcza, prowadzi do tonizacji męskiej dominacji. Zmiany prawa nie można skutecznie dokonać jego własnymi narzędziami<sup>45</sup>. Należy zerwać z liberalną iluzją neutralności prawa, zdjąć maskę, za którą kryje się system patriarchalny, w którym „jego stopa jest na jej gardle”<sup>46</sup>. Prawo wymaga w zasadzie całościowej zmiany poprzez zastąpienie jego dotychczasowych pojęć, instytucji, procedur, struktur czy jego języka nowymi, wolnymi od seksistowskich uprzedzeń.

Bagatelizując różnice *gender*, prawo utrwała patriarchalną władzę. Stan rzeczy, w którym mężczyźni dysponują władzą polityczną, ekonomiczną i społeczną, sprzyja temu, aby wykorzystywać prawo do subordynacji kobiet zarówno w publicznej sferze polityki i gospodarki, jak i prywatnej sferze rodziny i relacji intymnych. Język, logika i struktura prawa są produktem mężczyzn i odzwierciedlają męskie wartości. Zarazem mężczyźni potrafili zakamuflować ów patriarchalny model prawa, tak iż prawo i chronione nim wartości są postrzegane jako neutralne i obiektywne. Obiektem krytyki jest też niefeministyczna jurysprudence. Zdominowane przez mężczyzn prawoznawstwo chroni ich interesy.

---

<sup>43</sup> *Ibidem*, s. 248.

<sup>44</sup> D. Cornell, *Beyond Accommodation: Ethical Feminism, Deconstruction, and the Law*, Lanham 1999, s. 121.

<sup>45</sup> R. Wacks, *Philosophy of Law. A Very Short Introduction*, Oxford 2006, s. 102–103.

<sup>46</sup> E. Dubois, M. Dunlap, C. Gilligan, C. MacKinnon, C. Menkel-Meadow, *Feminist Discourse. Moral Values and the Law. A Conversation*, „Buffalo Law Review” 1985, vol. 34, s. 74–75. Por. słowa XIX-wiecznej feministki Sarah Grimke: „Nie proszę o żadne przywileje dla mojej płci. Nie rezygnuję z naszego roszczenia do równości. Wszystko o co proszę naszych braci to o zdjęcie ich stóp z naszych karków i o pozwolenie nam do stanięcia wyprostowanym na ziemi, którą Bóg wyznaczył nam do zajęcia”. E. Frost-Knappman, K. Cullen-DuPont, *Women's Suffrage in America*, New York 2009, s. 23.

Nie tylko jednak prawo i państwo są postrzegane i definiowane oczyma mężczyzn. Wpływy patriarchy są szersze. Męska perspektywa wycisnęła swoje piętno na rozumieniu tego, czym jest wiedza, prawda, normalność. Ukształtowała normy społeczne i estetyczne, np. standardy piękna, stylu, manier, kurtuazji, atrakcyjności, odpowiedniości zachowania. Zdefiniowała męskość i kobiecość oraz przypisywane im role zawodowe i w rodzinie. Dlatego też należy odkryć, wzmocnić i upowszechnić odmienną kobiecą świadomość. Interwencja polityczna ma sens tylko wówczas, gdy będzie czyniona w optyce kobiecej tożsamości, kobiecego punktu widzenia. Nie istnieje bowiem neutralny, obiektywny punkt widzenia. Męskość nie może nim być. Osiągnięcie równości płci wymaga uczynienia kobiecej różnicy wobec mężczyzn podstawą działań, a nie tylko akomodacji tej różnicy w ramach męskiego standardu. Należy odrzucić arystotelesowską formułę „Traktuj podobnych podobnie, a różnych różnie”.

Radykalny feminizm ujawnia i bada, w jaki sposób partykularne pozornie neutralne instytucje prawne prowadzą do opresyjnych dla kobiet rozstrzygnięć, cementując stan nierówności i dominacji. Męska dominacja przejawia się m.in. w prawnym uregulowaniu pornografii, przestępstwa zgwałcenia, molestowania seksualnego, domowej przemocy<sup>47</sup>. To właśnie te zagadnienia są przedmiotem szczególnego zainteresowania niniejszej odmiany feminizmu i w tych obszarach feminizm radykalny odniósł pewne sukcesy.

Przykładowo za sprawą MacKinnon molestowanie seksualne stało się prawną kategorią. W licznych orzeczeniach amerykańskie sądy zakwalifikowały molestowanie seksualne w miejscu pracy za naruszenie *Title VII Civil Rights Act* z 1964 r., czyli za dyskryminację ze względu na płeć. W ocenie sądów molestowanie ma miejsce nie tylko w modelu *quid pro quo* („coś za coś”)<sup>48</sup>, ale także poprzez tworzenie „wrogiego środowiska pracy”. Za drugą z tych sytuacji uznano np. formułowanie niewybrednych czy wulgarnych żartów, aluzji, gestów w stosunku do kobiet, a nawet niechcianych komplementów związanych z kobiecą aparycją czy seksualnością<sup>49</sup>.

Z kolei koncepcja „syndromu bitej (maltretowanej) kobiety”, rozwinięta przez L. Walker, doprowadziła do pewnych modyfikacji w instytucji obrony koniecznej. Według autorki „Maltretowana kobieta to kobieta, która jest wielokrotnie poddawana przymusowemu zachowaniu fizycznemu czy psychicznemu przez mężczyznę w celu zmuszenia jej do czegoś, czego ona nie chce, bez posza-

---

<sup>47</sup> Zob. E. Schneider, *Battered Woman & Feminist Lawmaking*, New Haven 2000; S. Estrich, *Sex and Power*, New York 2001; L. Anderson, *Violence Against Women in Asian Societies*, New York 2003; R. Hussein, *Murder in the Name of Honor*, Oxford 2007.

<sup>48</sup> Np. w przypadku propozycji pracodawcy lub przełożonego „Prześpij się ze mną albo Cię zwolnię” / „Prześpij się ze mną, a awansujesz”.

<sup>49</sup> Por. E. Volokh, *What Speech Does "Hostile Work Environment" Harassment Law Restrict?*, „Georgetown Law Journal” 1997, vol. 85.

nowania jej praw [...] Do bycia uznaną za maltretowaną kobietę para musi przejść przez ten cykl co najmniej dwukrotnie<sup>50</sup>.

W sprawach o zabójstwo do zaistnienia obrony koniecznej dotychczas było wymagane, aby osoba zabita stanowiła dla zabijającego bezpośrednie zagrożenie życia lub zdrowia, a przekonanie o takim zagrożeniu było racjonalne na gruncie okoliczności sprawy, stąd np. obrona konieczna, gdy maltretowana żona zabiła męża podczas kolejnej scysji. Feministyczna jurisprudencja kwestionuje element bezpośredniego niebezpieczeństwa w strukturze obrony koniecznej jako przesłanki odpowiadającej męskiemu, a nie kobiecemu doświadczeniu. Wykazanie, że sprawczyni zabójstwa męża (partnera) – np. podczas snu ofiary – była dotknięta *battered woman syndrome*, ma skutkować usprawiedliwieniem jej czynu, a tym samym jej uniewinnieniem lub istotnie łagodniejszym ukaraniem. W ocenie Walker „Zachowanie maltretowanych kobiet, które zabijają swoich oprawców, należy postrzegać jako normalne a nie nienormalne”. Autorka zdaje się twierdzić, iż o syndromie decyduje samo subiektywne przeświadczenie kobiety. „Uznaję, że kobiecą opowieść należy przyjąć, jeśli odczuwała, że jest psychicznie i/lub fizycznie maltretowana przez swojego mężczyznę”. Sporo wątpliwości wzbudza także przyjęcie bardzo szerokich ram samego znęcania się. Za przykład maltretowania Walker podaje nawet sytuację, gdy mąż ignoruje żonę, jej potrzeby i oczekiwania, zostając długo w pracy, aby wspinać się po szczeblach kariery zawodowej<sup>51</sup>.

Reprezentantki feministycznej jurisprudencji związani z obozem radykalnego feminizmu podejmują starania o redefinicję przestępstwa zgwałcenia. W klasycznej definicji gwałtu wymagane są przymus (przemoc) ze strony sprawcy i brak zgody po stronie ofiary. Część feministek postuluje, aby ciężar dowodu istnienia zgody na stosunek seksualny przenieść na oskarżonego<sup>52</sup>. Według MacKinnon zgoda pokrzywdzonej w sprawach o gwałt powinna być drugorzędna. Jej zdaniem kobiety są tak zniewolone, że nawet jeśli okaże się, iż ofiara wyraziła zgodę na stosunek, to nie powinno być to wystarczające do uniewinnienia oskarżonego. Przymus, rozumiany szeroko nie tylko w sensie siły fizycznej, ale także presji psychicznej, unieważnia zgodę, a tym samym wystarcza do uznania, że doszło do zgwałcenia kobiety. Stanowisko takie znalazło odzwierciedlenie w niektórych sprawach sądowych w USA<sup>53</sup>.

Radykalnemu feminizmowi zarzuca się argumentacyjną tautologię. Prawo uchodzi za narzędzie męskiej władzy, gdyż mężczyźni kontrolują prawo i insty-

---

<sup>50</sup> M. Weiss, C. Young, *Feminist Jurisprudence: Equal Rights or Neo-Paternalism?*, <http://www.cato.org/pubs/pas/pa-256.html>

<sup>51</sup> L. Walker, *The Battered Woman*, New York 1979, s. XIV i 98.

<sup>52</sup> Zob. Wyrok Sądu Najwyższego Stanu Waszyngton, *State v. Camera*, 113 Wash 2d. 631, 638–640, 781.

<sup>53</sup> Por. Wyrok Sądu Najwyższego Stanu Maryland, *State v. Rusk*, 289 Md. 230 (1981) oraz wyrok Sądu Najwyższego Stanu New Jersey, *State In Interest Of M.T.S.* 129 N.J. 422 (1992).

tucje prawne. Innymi słowy, prawo jest męskie, bo mężczyźni są u władzy, a mężczyźni są u władzy z powodu maskulinizacji prawa. Czyli męska władza implikuje męski głos, a męski głos implikuje władzę mężczyzn<sup>54</sup>. Feminizm radykalny, krytykując feminizm kulturowy za jego esencjalizm, sam zarazem esencjalizmu nie unika. Dla MacKinnon i jej kontynatorek uniwersalną istotą kobiecości jest doświadczanie męskiej opresji, subordynacji, uprzedmiotowienia, wykluczenia. Prowadzi to do wiktymizacji kobiet o pewnym stopniu stereotypowości. Jak zauważa C. Dalton, oba nurty feminizmu przyjmują symplistyczny i esencjalistyczny obraz kobiety, tj. „kobietę matkę” lub „kobietę jako seksualną podwładną”<sup>55</sup>.

Kontrowersyjne i nieskuteczne okazały się podjęte przez MacKinnon i A. Dworkin próby zmiany prawa w zakresie pornografii. Przepisy zredagowane przez nie dla Minneapolis i Indianapolis przewidywały m.in. możliwość dochodzenia przez kobiety na drodze powództwa cywilnego odszkodowania od producentów materiałów pornograficznych. Zdaniem obu feministek na prawo dotyczące pornografii należy patrzeć nie w kategoriach relacji seksualnych praktyk i moralności, ale w kategoriach kobiecej subordynacji. Kryterium kobiecej krzywdy, a nie obsceniczności przekazu powinno być decydujące w prawnej ocenie pornograficznych materiałów. Wspomniane regulacje ostatecznie uznano za niekonstytucyjne, gdyż naruszające I poprawkę do konstytucji (wolność słowa)<sup>56</sup>. Spora część środowiska feministycznego oskarżyła obie autorki o skłonności cenzorskie.

Radykalny feminizm, zwłaszcza w wersji MacKinnon, sytuuje kobiety i mężczyzn na pozycji wrogów. Poniękał redukuje wzajemne interakcje między nimi do przemocy i kopulacji. Arbitralne jest stwierdzenie MacKinnon, iż prawo zostało tak zaprojektowane, aby ułatwiać mężczyznom dostęp seksualny do kobiet. W kategoriach ideologicznego fundamentalizmu, a nie wiarygodnej teorii naukowej należy widzieć z jednej strony demonizację ogółu mężczyzn jako gwałcicieli lub potencjalnych gwałcicieli<sup>57</sup>, a z drugiej strony degradację kobiet jako klasy do roli ofiar o wątpliwej podmiotowości i autonomii. Kontro-

<sup>54</sup> J. McCorkel, F. Schmitt, V. Hans, *Gender...*, s. 309.

<sup>55</sup> C. Dalton, *Were We Stand? Observations on the Situation of Feminist Legal Thought*, „Berkeley Women’s Law Journal” 1988, vol. 3.

<sup>56</sup> *American Booksellers v. Hudnut*, 771 F.2d 323 (7th Cir. 1985). C. MacKinnon uważa I poprawkę do Konstytucji USA za abstrakcyjne prawo, które „czyni władcym męskie doświadczenie świata”, a przez to daje konsumentom i producentom pornografii upoważnienie do brutalizacji i degradacji kobiet. *Toward...*, s. 242.

<sup>57</sup> Według C. MacKinnon „Prawo regulujące gwałty chroni gwałcicieli i jest pisane z ich punktu widzenia, tak aby zapewnić bezkarność za większość gwałtów [...] Nie wszyscy ludzie, którzy tworzyli prawo byli gwałcicielami, ale są oni członkiem grupy, która to czyni”. Cyt. za: J. Bear, *Feminist Theory and the Law*, [w:] G. Caldeira, D. Kelemen, K. Whittington (red.), *The Oxford Handbook of Law and Politics*, Oxford 2008, s. 445.

wersyjnym miernikiem jakości prawa i praktyki prawniczej jest liczba sądowych skazań za gwałty czy prokuratorskich aktów oskarżenia w tego typu sprawach<sup>58</sup>.

Wyłącznie w kategoriach subiektywnych odczuć autorki należy oceniać jej twierdzenie, że kobiety są definiowane w prawie i w społeczeństwie poprzez wyłączenie ich seksualności, ich uprzedmiotowienie<sup>59</sup>. Imputowanie, iż kobieca seksualność sprowadza się do męskiej fantazji, rodzi wrażenie pewnej fobii przed seksualnością jako taką. Egzageracją jest obwiniać prawo o wszystkie krzywdy doświadczane przez kobiety. Rację ma C. Smart, iż prawo, jakkolwiek doniosłe w sferze stosunków społecznych, nie jest „barometrem społecznego świata”<sup>60</sup>. Radykalny feminizm nie obejmuje całości doświadczenia kobiety, ograniczając sferę swojego zainteresowania do spraw seksu, seksualności i reprodukcji. Zbyt mały nacisk kładzie na nierówności polityczne i gospodarcze. Merytorycznej dyskusji nad sformułowanymi przez radykalne feministki argumentami nie sprzyja ostry, konfrontacyjny język, którym się posługują<sup>61</sup>. Waga podejmowanego tematu i troska o wyrazistość przekazu nie usprawiedliwiają wulgaryzacji dyskursu<sup>62</sup>. W najlepszym razie zamiast takich terminów jak „dyskryminacja” w artykulacji swojego credo sięga się do powtarzanych niczym mantra ocennych sformułowań typu: „patriarchat”, „męska dominacja”, „poddawanie kobiet opresji”, „zniewolenie kobiet”, „kobieca subordynacja”. Separacjonistyczne w treści i w formie stanowisko ogranicza z kolei zdolność do tworzenia politycznych sojuszy, a w konsekwencji do urzeczywistnienia swoich postulatów<sup>63</sup>.

#### 4. Feminizm postmodernistyczny

Feminizm postmodernistyczny rozwinął się w latach 90. XX w. i bywa łączony z trzecią falą feminizmu. Podobnie do pozostałych feministycznych nur-

---

<sup>58</sup> P. Smith, *Four...*, s. 94. Autorka za S. Schulhofer (*Unwanted Sex. The Culture of Intimidation and the Failure of Law*, Cambridge 1998) uważa, że prawo zawodzi, skoro nie zwiększyła się w USA liczba wyroków skazujących w sprawie o zgwałcenie.

<sup>59</sup> W ocenie C. MacKinnon „Kobieca seksualność jest kreślona w warunkach męskiej supremacji, kobiety są społecznie definiowane jako kobiety w relacji do mężczyzn; definicja kobiet jako podwładnych mężczyzn jest seksualna”. *Toward...*, s. 142.

<sup>60</sup> C. Smart, *Feminism...*, s. 81. Autorka opowiada się za decentralizacją prawa poprzez sięganie do alternatywnych nieprawniczych form rozwiązywania sporów.

<sup>61</sup> Por. słowa A. Dworkin skierowane do bitych przez mężczyzn kobiet: „Zamknijcie ich w więzieniu lub zabijcie”. A. Dworkin, *Life and Death*, New York 1987, s. 125.

<sup>62</sup> Por. stwierdzenie C. MacKinnon *man fucks woman, subject verb object*. *Toward...*, s. 124. W pewien sposób prowakacyjnie feminizm radykalny charakteryzuje też R. West, uznając, iż dla tego typu feminizmu istotną różnicą między mężczyzną a kobietą jest to, że *women get fucked and men fuck*, *Jurisprudence...*, s. 13.

<sup>63</sup> O krytyce radykalnego feminizmu zob. N. Boyd, *Big Sister: How Extreme Feminism Has Betrayed the Fight for Sexual Equality*, Vancouver–Berkeley 2004.

tów także i ten intelektualnie czerpie z pierwotnej wobec niego koncepcji filozoficznej, tj. postmodernizmu. Dzieli z nim antyuniwersalizm, antydogmatowość, krytykę metanarracji i tzw. wielkich teorii, negację fundacjonalizmu epistemologicznego, odrzucenie takich pojęć, jak absolutna prawda, neutralność, obiektywność, racjonalność. Głosi, iż abstrakcyjne i kategoryczne w swych tezach teorie wywodzone z rozumu i założeń odnośnie do ludzkiej natury nie mogą służyć jako podstawa wiedzy. Żadne roszczenia do prawdy czy znaczenia nie są pewne czy pierwotnie istniejące, lecz konstruowane przez język i działanie. Podobnie jednostkowa podmiotowość, w tym podmiotowość kobiety oraz mężczyzny, to produkt kultury, ideologii, historii, języka, ram organizacyjnych, procesu uspołecznienia *and last but not least* prawa. Kanonami postmodernizmu są nieodokreśloność pojęć oraz wielość tożsamości<sup>64</sup>.

Reprezentantki tej odmiany feminizmu (np. D. Cornell, F. Olsen, M. Frug) często wychodzą w swych koncepcjach od klasyków postmodernizmu w osobach J. Derridy, M. Foucault, H. Cixous, L. Irigaray, J. Kristevej czy S. de Beauvoir. Adaptują, a niejednokrotnie twórczo reinterpretują myśl postmodernistyczną na potrzeby celów feminizmu<sup>65</sup>. Przykładowo tezy Foucault o władzy wykorzystano do eksponowania sposobów utrwalania męskiej dominacji<sup>66</sup>. Derridowska dekonstrukcja bazująca na dychotomicznym wyróżnieniu przeciwieństw i uprzywilejowaniu jednego pojęcia wobec drugiego znalazła zastosowanie do krytyki typowej dla feminizmu kulturowego dystynkcji na: racjonalny – irracjonalna, czynny – bierna, obiektywny – subiektywna, myśl – uczucie, rozum – emocja, kultura – natura, władza – wrażliwość, abstrakcja – kontekstualność<sup>67</sup>.

Feministki postrzegają powyższe dychotomie jako zhierarchizowane i zseksualizowane, tzn. pierwsza z cech stoi wyżej w hierarchii i znamionuje mężczyzn. Kulturowe feministki aprobują seksualizację podziału, ale dążą do zmiany jego wartościowania, czyli opowiadają się za przyznaniem większej doniosłości w społecznej praktyce, w tym w prawie, temu co kobiece. Liberalne feministki zdają się natomiast akceptować porządek hierarchiczny, ale negują jego seksualizację, twierdząc, że kobiety tak jak mężczyźni są racjonalne, aktywne czy obiektywne<sup>68</sup>. Postmodernistyczne feministki powyższą binarną kategoryzację w całości odrzucają.

---

<sup>64</sup> C. Albertyn, *Feminism and Law* [w:] C. Roederer, D. Moellendorf, *Jurisprudence*, Lansdowne 2004, s. 313–315.

<sup>65</sup> Zob. J. Cabaj, *Wpływ postmodernizmu na feministyczną teorię prawa*, „Ius Novum” 2011, nr 2, s. 122–138.

<sup>66</sup> C. Smart nie podziela stanowiska Foucault wiążącego prawo z tzw. władzą dyscyplinarną. W jej ocenie udziałem prawa jest zarówno władza dyscyplinarna, jak i tzw. władza suwerenna. *Feminism...*, s. 4–25.

<sup>67</sup> F. Olsen, *Feminism and Critical Legal Theory. An American Perspective*, „International Journal of the Sociology of Law” 1990, vol. 18, s. 200–201.

<sup>68</sup> N. Lacey, *Feminist Legal Theory and the Rights of Women*, <http://www.yale.edu/wff/cbg/pdf/LaceyPaperFeministLegalTheory.pdf>

Poddają one krytyce traktowanie *gender* jako podstawowej, czy wręcz jedynej formy opresji i społecznego wykluczenia. Wskazują na rasę, pochodzenie etniczne, orientację seksualną, niepełnosprawność jako równie podstawowe źródła społecznej dyskryminacji i przemocy wobec kobiet. Czynniki te często są niedostrzegane w feministycznej narracji albo marginalizuje się ich doniosłość. Feminizm powinien uwzględniać doświadczenia wszystkich kobiet, a nie tylko „feministycznych elit”, czyli białych heteroseksualnych przynależących do średniej klasy społecznej kobiet, poniekąd „uprzywilejowanych”. Obranie tylko ich optyki w myśl fałszywego uniwersalizmu to heteroseksizm czy imperializm płci. Feminizm musi uchwycić różnorodność doświadczeń jednostkowej realnej kobiety w realnych sytuacjach.

Feministyczny postmodernizm poddaje krytyce esencjalizm, czyli założenie, iż rzecz posiada właściwości (istotę, esencję), które muszą jej przysługiwać, ilekroć ma uchościć za ten właśnie partykularny obiekt. Feministyczny esencjalizm zakłada istnienie wspólnego, uniwersalnego jądra kobiecego doświadczenia transcendentnego wobec różnicy rasy, pochodzenia etnicznego, klasy społecznej, orientacji seksualnej czy dostępu do władzy. W ujęciu tym źródłem kobiecej opresji jest wyłącznie albo głównie *gender*. Postmodernizm głosi natomiast, iż przyczyny społecznego wykluczenia kobiet mogą być różne, tak iż nie sposób ich abstrakcyjnie hierarchizować według siły negatywnego wpływu na życie kobiet (matrix dominacji w terminologii P. Collins). Należy uznać doniosłość różnych perspektyw i być otwartym na ich wielość. Żadna pojedyncza teoria nie może objąć i wyjaśnić wszystkich form opresji i doświadczeń kobiet. Stąd postulaty w feministycznej jurysprudencji przyjęcia jako metod badawczych „wielowarstwowych opowiadań i mediacji” (P. Williams) czy „wielelementowej świadomości” (M. Matsuda)<sup>69</sup>.

Feminizm postmodernistyczny nie proponuje jednego rozwiązania kwestii opresji kobiet, gdyż odrzuca istnienie takiego uniwersalnego rozwiązania. Nie jest ono możliwe, skoro doświadczenia wszystkich kobiet nie są analogiczne, a ich opresja ma wiele postaci i wiele przyczyn. Poprawie położenia kobiet służy podejście kontekstualne, które uznaje i adaptuje partykularność kobiecego doświadczenia. Pluralizm tych doświadczeń wraz z ich etiologią wymaga inkorporowania w obręb prawa. Niesatysfakcjonujący dla postmodernistycznego feminizmu jest oparty o ludzką cielesność binarny i schematyczny podział podmiotów prawa na mężczyzn i kobiety. Będąca pod wpływem postmodernizmu feministyczna jurysprudencja postuluje większą fleksyjność pojęcia podmiotu prawa, tak aby mogło ono objąć wielość doświadczeń, nie tylko tych determinowanych płcią. Prawo musi w ramach swoich procedur przejawiać wrażliwość na kon-

---

<sup>69</sup> C. Albertyn, *Feminism...*, s. 315.

tekst i uwzględnić w nich wykluczone głosy. Inkluzywny model prawa jest przy tym rozwiązaniem bardziej realnym niż dążenie do modelu prawnego uniwersalizmu neutralizującego różnice płci i definiującego podmiot prawny jako istotę autonomiczną, racjonalną, oddzieloną od społecznych struktur i językowych konwencji<sup>70</sup>.

Feministyczna jurisprudencja nie jest w pozycji ekstermalnej wobec tego, co krytykuje. Łącząc *gender* z nierównością i dominacją reprezentantki feministycznej teorii prawa paradoksalnie przyczyniają się do istnienia takiego modelu relacji między mężczyznami i kobietami, który same negują. Postmodernizm odrzuca tezę centralności człowieka jako podmiotu oraz tezę, że to prawo i państwo są głównymi nośnikami władzy. Źródeł władzy doszukuje się w większym stopniu w wiedzy i nauce niż w państwie. Feministyczna jurisprudencja, widząc umocowanie męskiej władzy głównie w prawie, tym samym pomija inne, złożone, do pewnego stopnia twórcze źródła nierówności płci.

Kobieta i mężczyzna to nie naturalne kategorie, naznaczone płcią ciała. Ciało nie dysponuje materialnością czy bytowością wcześniejszą wobec kultury. Płeć jest społecznie konstruowana i determinowana, stanowi produkt różnorodnych relacji władzy. Oparta na biologii kategoryzacja przesłania procesy i motywy, poprzez które nauka, religia, polityka i inne wpływowe źródła władzy rodzą płeć jako kategorię, która różnicuje osoby jedną od drugiej. Terminy „kobieta” i „mężczyzna” nie mają jednego znaczenia, a tylko to, które nada im wspólnota językowa, epistemiczna władza wspólnoty czy „władczy wiedzący”<sup>71</sup>.

M. J. Frug nie zgadza się jednak z Foucault w zakresie umniejszonej roli prawa. Prawo swoją siłą dyskursywną konstruuje bowiem podstawowe prawdy o kobietach jako kategorii marginalizowanej i poddawanej opresji, prawdy o kobiecym ciele, tożsamości płciowej, seksualności. Przy pomocy prawa dokonuje się proces swoistego terroryzowania, seksualizacji i uprzedmiotowienia kobiecego ciała<sup>72</sup>. W przepisach poszczególnych gałęzi prawa zakodowano obraz kobiety jako ofiary, matki czy obiektu seksualnego. Prawna regulacja takich instytucji, jak np. zgwałcenie, prostytutka, pornografia, przemoc domowa, molestowanie seksualne, stalking, mobbing, urlop macierzyński jest nie tylko refleksem, ale i źródłem negatywnego wizerunku kobiety. Prawo konstruuje także obraz mężczyzny. Nie jest zatem tylko narzędziem odzwierciedlania niezależnych od niego różnic pomiędzy mężczyznami i kobietami, lecz z jego udziałem różnice te są współkształtowane i władczo racjonalizowane. Mówiąc ogólniej, prawo siłą swego rozszczenia do prawdy, władczo konstruuje znaczenia społecznej rzeczywistości.

---

<sup>70</sup> M. Davies, *Unity and Diversity in Feminist Legal Theory*, „Philosophy Compass” 2007, nr 2/4, s. 657–658.

<sup>71</sup> S. Ratnapala, *Jurisprudence...*, s. 238.

<sup>72</sup> M. Frug, *Postmodern Legal Feminism*, New York 1992, s. 129–130.

Prawnej emancypacji kobiet w związku z tym nie można osiągnąć, jedynie krytykując męską dominację z pozycji różnicy *gender*. Potrzebne jest zanegowanie pojęcia *gender* w jego dotychczasowym rozumieniu. Należy odrzucić *gender* w zakresie, w jakim płeć konstruuje kobiety i mężczyzn jako odmienne i integralne istoty. Eliminując esencjalistyczne kategorie kobiety i mężczyzny, eliminujemy męską dominację i kobiece podporządkowanie umocowane w tych kategoriach.

W miejsce kategoryzacji feministyczny postmodernizm postuluje praktykę dekonstrukcji, czyli ujawniania i demonstrowania, jak pewne utrwalone społeczne czy językowe prawdy przyjmowane za oczywiste nie są same z siebie znamionami społecznej rzeczywistości, ale przykładami zdolności jednej społecznej grupy do narzucenia swojego społecznego postrzegania rzeczywistości na innych i zdolności do wyniesienia tego postrzegania do poziomu prawdy, nauki czy prawa<sup>73</sup>. Dekonstrukcja pomaga wykazać wewnętrzne sprzeczności rzekomo spójnego systemu myśli, w tym patriarchalnego prawa pozostającego w afiliacji z prawniczym pozytywizmem. Każda perspektywa, także ta uchodząca za obiektywną jest społecznym produktem. Nie istnieje identyfikowalna jedność prawa. Ono zawsze jest częściowe i ograniczane społecznym polem, tak jak prawnicze rozumowanie jest zawsze kontyngentne. Prawo to zbiór norm i symboli odtwarzanych przez ludzi w swoim życiu<sup>74</sup>. Dekonstrukcja ułatwia rozpoznać nie tylko te jednostkowe doświadczenia opresji kobiet, pominięte w konwencjonalnej jurysprudencji, ale także te nieeskonponowane w innych feministycznych teoriach prawa.

Postmodernistyczny antyesencjalizm każe postrzegać jednostkę jako „rozczłonkowaną, nieesencjalną całość umiejscowioną w strukturach dyskursu”. Tożsamość znamionowana fluktuacją nie posiada swego jądra wyznaczającego jej istotę. Kształtuje się ona w złożonym językowo, kulturowo i politycznie środowisku. Władza to z kolei postać siły krążącej po różnych sieciach dyskursu, nie jest ona towarem, który jedni mają, a inni nie<sup>75</sup>. K. Bartlett mówi, że jed-

---

<sup>73</sup> J. McCorkel, F. Schmitt, V. Hans, *Gender...*, s. 314–316. C. Smart, sięgając do teorii władzy i wiedzy Foucault i przenosząc je na pole prawa, rozważa, jak prawo urzeczywistnia władzę roszcząc dla siebie prawdę: „Prawo sytuuje się ponad wiedzę, taką jak psychologia, socjologia czy zdrowy rozsądek. Twierdzi, że dysponuje metodą ustanawiania prawdy wydarzeń. Podstawowym narzędziem dla tego twierdzenia jest metoda prawnicza [...] Jeśli zgodzimy się z tym, że prawo tak jak nauka posiada roszczenie do prawdy i że jest to nierozdzielne od sprawowania władzy, to zobaczymy, że prawo sprawuje władzę nie tylko w sensie materialnych rezultatów (orzeczenia), ale również w swej zdolności do dyskwalifikowania innej wiedzy i doświadczeń [...] Prawo umiejscawia się poza społecznym porządkiem, poprzez zastosowanie prawniczej metody i rygoru, rzeczą oddzielną od świata, z którego jest odkryta”. *Feminism...*, s. 10–11.

<sup>74</sup> J. Scouler, *Feminist Jurisprudence* [w:] S. Jackson, J. Jones (red.), *Contemporary Feminist Theories*, Edinburgh 1998, s. 67–70.

<sup>75</sup> M. Davies, *Unity...*, s. 657–658.

nostka jest na różne sposoby kształtowana wielością instytucjonalnych i ideologicznych sił, które nachodzą na siebie, krzyżują się, przeczą sobie<sup>76</sup>. Takie ujęcie człowieka i władzy kłóci się z wieloma założeniami i celami feminizmu.

Sceptycyzm wobec kategorii *gender* czy „kobieta” i preferowanie tego, co indywidualne, wyjątkowe i nieokreślone, stawia pytanie o zdolność postmodernistycznego feminizmu zapewnienia lepszej ochrony zbiorowych interesów kobiet. Ewentualne korzyści z tytułu dekonstrukcji męskiego patriarchalnego prawa są znoszone dekonstrukcją prawa w ogóle, patriarchy, płci, równości czy w końcu dekonstrukcją samego pojęcia kobieta. Dekonstrukcja jako narzędzie ujawnienia obecnych w prawie założeń i norm, które rzekomo stoją u podstaw męskiej władzy, konsekwentnie, a nie tylko pragmatycznie stosowana w dalszej perspektywie stanowi zarazem zagrożenie dla fundamentu feministycznej jurysprudencki. Dogmat antydogmatowości rozumiany jako brak szacunku wobec wszelkich zastanych, jak i nowych prawd dysponuje siłą derogacyjną, ale jednocześnie pozbawia postmodernizm, a co najmniej istotnie ogranicza jego potencjał do zainicjowania pozytywnych zmian w prawie. Sprowadzanie każdego twierdzenia (każdej prawdy) do postaci subiektywnego ideologicznego konstruktu czy doświadczenia podważa pozycję feminizmu tak samo skutecznie, jak dominujące męskie doktryny<sup>77</sup>.

### Wnioski końcowe

Radykalność różnic pomiędzy poszczególnymi nurtami feministycznej jurysprudencki utrudnia wymienienie powszechnie uznawanych w środowisku feministycznym kanonów feministycznego prawoznawstwa. Z konieczności pozostaje ogólnie uznać, że na tożsamość feministycznej filozofii prawa składa się ocena, krytyka i postulaty zmiany prawa oraz praktyki prawniczej czynione z perspektywy kobiet jako klasy, ich potrzeb, oczekiwań i doświadczeń. Niejednolitość tej szkoły prawniczej nie jest czymś wyjątkowym w nauce prawa, niemniej jednak dywergencje zachodzące w obrębie innych kierunków filozoficzno-prawnych wydają się mniejsze aniżeli te odnoszące się do paradygmatów feministycznej jurysprudencki. Tłumaczy to, dlaczego często najbardziej radykalnymi krytykami partykularnej feministycznej teorii prawa są reprezentantki konkurencyjnego nurtu feministycznego prawoznawstwa.

Wielość i konkurencyjność głosów w obrębie feministycznej jurysprudencki nie dezawuuje jej jako całości. Jak przekonuje bowiem P. Smith, „Nie potrzebujemy ostatecznej wizji społeczeństwa i płci, aby sprzeciwić się opresji, gorsze-

<sup>76</sup> I. Radacić, *Feminist...*, <http://www.zenska-mreza.hr/violence.htm>

<sup>77</sup> M. Tebbit, *Philosophy...*, s. 152.

mu położeniu, dominacji i dyskryminacji. Nie potrzebujemy uprzednio znać natury dobrego społeczeństwa czy ideału osoby tak długo, jak wiemy co powstrzymuje społeczeństwo przed byciem minimalnie dobrym albo powstrzymuje jednostkę przed realizacją podstawowego potencjału osobowości. Nie potrzebujemy ostatecznej wizji, kiedy jeszcze nie osiągnęliśmy progu warunków minimalnie sprawiedliwego społeczeństwa. Zaangażowanie się w rozwój otwartego dialogu, który umożliwia ekspresję różnych poglądów i daje szczególną uwagę ujawnianiu poglądów zwykle niesłyszanych jest jednoczącym wątkiem pośród feministek, który stara się i reprezentuje wspólność podstawowych wartości bez niedoszacowania wielości doświadczenia”<sup>78</sup>.

Niniejszy artykuł obrazuje wielość postulowanych sposobów ochrony interesów kobiet w sferze stosunków prawnych, mnogość interpretacji ich aktualnej pozycji w porządku prawnym oraz pluralizm wyjaśnień przyczyn takiego a nie innego historycznego czy aktualnego stanu stosunków społecznych. Jednym z celów przedmiotowego opracowania było unaocznić różnorodność feministycznej optyki patrzenia na prawa kobiet, a przez to osłabić społeczne przeświadczenie, wedle którego kontrowersyjne tezy feminizmu radykalnego czy postmodernistycznego są emanacją całej dzisiejszej feministycznej juryspruden-  
cji. Niepodzielanie merytorycznie wątpliwych, a niejednokrotnie błędnych, jawnie kontrfaktycznych i *par excellence* zideologizowanych konkretnych założeń poszczególnych nurtów feminizmu nie musi suponować sceptycyzmu wobec feministycznej juryspruden-  
cji *tout court*. Za wskazane należy uznać powrót feminizmu do swoich liberalnych źródeł, choć prognoza akurat takiego kierunku ewolucji feministycznej filozofii prawa wydaje się mało prawdopodobna. Dy-  
stans dzielący obecny *mainstream* feministycznej juryspruden-  
cji od jej antecessor-  
dencji opartej na założeniach liberalizmu (pierwszej fali feminizmu) niestety się konsekwentnie powiększa.

## STRANDS OF FEMINIST JURISPRUDENCE

### Summary

The paper presents one of the contemporary school of legal thought, that is feminist jurisprudence (feminist legal philosophy or feminist legal theory). The beginning of the given theory of law dates back to the 60-70's of the last century. The title school of law was born in the USA. Feminist jurisprudence is not a monolithic set of thoughts, so there is more appropriate to speak of particular trends of it. The aim of this article is to approximate and critically evaluate main tenets of four the most influent strands of feminist philosophy of law, which are associate with four primary types of feminism itself, namely: liberal feminism, cultural or relational feminism, radical

---

<sup>78</sup> P. Smith (red.), *Feminist Jurisprudence*, New York 1993, s. 8.

feminism and postmodernist feminism. Relevant divergencies among these trends of feminist law school make it difficult to provide universally accepted definition of feminist jurisprudence. Feminist jurisprudence identity can be generally characterized as “assessment, criticism, demands changes in law and legal practice done from the perspective of women as a class, their needs, expectations and experiences”. The author of this article suggests the need of feminist jurisprudence return to its liberal roots, but he is pessimistic about the likelihood of such a course of evolution.