

Grzegorz Maroń**FEMINISTYCZNA JURYSPRUDENCJA JAKO WSPÓŁCZESNA
SZKOŁA PRAWNICZA****Pojęcie feministycznej jurysprudencji**

Feministyczna jurysprudencja zwana też feministyczną teorią prawa czy feministyczną filozofią prawa to kierunek we współczesnej myśli prawniczej genezą swoją sięgający lat 60. – lub według innych – 70. ubiegłego stulecia¹. Zdefiniowanie niniejszej szkoły prawniczej nie jest zadaniem łatwym. Nie istnieje bowiem jedna w pełni spójna feministyczna teoria prawa. Poprawniejsze wydaje się mówienie w liczbie mnogiej o poszczególnych feministycznych teoriach prawa. Niemonolityczność feministycznej jurysprudencji wynika z niemonolityczności feminizmu *tout court*. Można wyróżnić tyle nurtów w feministycznej jurysprudencji, ile występuje odmian samego feminizmu. Niejednorodność tytułowej szkoły prawniczej nie jest czymś unikalnym w prawoznawstwie. Dwie najważniejsze koncepcje filozoficzno-prawne, tj. prawniczy pozytywizm i jusnaturalizm, również nie stanowią wewnętrznie w pełni spójnych kierunków. Pluralizmu feministycznych teorii prawa nie można zatem *per se* poczytywać za argument podważający doniosłość feministycznej jurysprudencji jako całości. Krytyka, także ta wewnętrzna w obrębie danego kierunku, jest warunkiem rozwoju. Celem jednak uniknięcia nieporozumień należałoby oczekiwać, iż osoba wypowia-

¹ Wszystkie trzy powyższe terminy w anglosaskiej literaturze przedmiotu uchodzą zasadniczo za synonimy i w związku z tym zamiennie będę nimi operował także w niniejszym opracowaniu w odniesieniu do feministycznego doktrynalnego podejścia do prawa. Należy mieć jednak świadomość, iż w kontynentalnej jurysprudencji, w tym w polskiej nauce prawa, określenia „teoria prawa”, „filozofia prawa” czy „jurysprudencja” są nazwami powiązanych ze sobą, ale bynajmniej nietożsamyh pojęć. Niekiedy rozróżnienia tych pojęć dokonuje się także w anglosaskiej nauce prawa, gdzie feministyczną jurysprudencję przedstawia się jako bardziej rozwiniętą i kompletną w porównaniu z feministyczną teorią prawa, chociaż wciąż w fazie *in statu nascendi*, postać feministycznego prawoznawstwa. Rozróżnienie to przyjmują np. P. Cain czy N. Lacey. Dystynkcja ta nie jest jednak na tyle wyraźna, aby mogła przyczynić się do zadowalającej terminologicznej klasyfikacji i rozgraniczenia konkurencyjnych określeń.

dająca się o tej szkole prawniczej na samym początku sprecyzuje, czy za przedmiot swojej oceny obrała konkretną feministyczną teorię prawa czy też czyni uwagi uogólniające dotyczące pewnego *clou* feministycznej jursprudencji. Delimitacja różnych pojęć odpowiadających terminowi „feministyczna jursprudencja” czy też klarowne ustalenia typologiczne są zabiegami wskazanymi nie tylko ze względu na potrzebę terminologicznej czystości, ale także ze względów praktycznych².

Przedmiotem opracowania jest anglosaska, zwłaszcza amerykańska, feministyczna jursprudencja, czyli wersja feministycznego prawoznawstwa chronologicznie pierwsza, najbardziej wpływowa w myśli prawniczej i będąca punktem odniesienia czy inspiracji dla innych denominacji feministycznej teorii prawa. Błędem byłoby jednak zawężanie feministycznej jursprudencji, a także jej genezy do kultury *common law*. Przedmiotowa szkoła filozoficznoprawna ma swoich coraz liczniejszych reprezentantów w Europie kontynentalnej. Przykładowo norweska profesor prawa, Tove Stang Dahl (1938-1993), już w 1975 r. wykladała przedmiot „prawo kobiece” na Uniwersytecie w Oslo, a trzy lata później objęła na tej uczelni Katedrę Prawa Kobiecego.

Pomijając różnice, niekiedy radykalne, pomiędzy poszczególnymi feministycznymi teoriami prawa, za ich wspólną – choć ujętą z konieczności w sposób lakoniczny – tożsamość należy uznać ocenę, krytykę i postulaty zmiany prawa oraz praktyki prawniczej czynione z perspektywy kobiet jako klasy, ich potrzeb, oczekiwań i doświadczeń³. Element „kobiecego doświadczenia” jako punktu wyjścia każdej feministycznej teorii, także teorii prawa, jest szczególnie mocno akcentowany w myśli feministycznej. Zarazem feminizm, w tym feminizm prawniczy, jako kryterium dystynkcji operuje coraz rzadziej płcią w sensie bio-

² G. Lawson, *Feminist Legal Theories*, „Harvard Journal of Law & Public Policy” 1995, vol. 18, nr 2, s. 325–330.

³ Tytułem egzemplifikacji można przytoczyć pojmowanie terminu „feministyczna jursprudencja” autorstwa kilku przedstawicielek tego kierunku. Dla Ch. Littleton feministyczna jursprudencja obejmuje wszystkie „próby wyjaśnienia, krytyki i zmiany prawa na rzecz i z perspektywy kobiet”. Jest zatem „feministyczną metodą zastosowaną do prawa”, *Feminist Jurisprudence: The Difference Method Makes*, „Stanford Law Review” 1989, vol. 41, nr 3, s. 765–766. M. Davies określa feministyczną teorię prawa jako „krytykę prawa generowaną wewnątrznie w obrębie nauki prawa przez feministycznych prawników”, *Unity and Diversity in Feminist Legal Theory*, „Philosophy Compass” 2007, nr 2/4, s. 650. K. Bartlett przez feministyczną jursprudencję rozumie „rodzinę różnych perspektyw czy ram używanych do analizowania bieżących i pożądaných relacji pomiędzy prawem a *gender*”. *Perspectives in Feminist Jurisprudence* [w:] B. Taylor (red.), *Feminist Jurisprudence, Women and the Law. Critical Essays, Research Agenda and Bibliography*, Littleton 1999, s. 3. Natomiast w *Gale Encyclopedia of American Law* odnotowano, iż „Každy z nurtów feministycznej jursprudencji ocenia i poddaje krytyce prawo, badając związek pomiędzy *gender*, seksualnością, władzą, prawami jednostki i systemem prawnym jako całością”, Farmington Hills 2011, s. 407.

logicznym (*sex*), a coraz częściej płcią społecznie i kulturowo kształtowaną (*gender*). Anatomia i fizjologia składają się tylko na część kobiecej tożsamości, determinując np. kwestie związane z rozrodczością, ale już nie całościowo ich egzystencję.

Każda bogatsza od powyższej w treść definicja naraża się na zarzut, iż nie obejmuje któregoś z nurtów feministycznej jurysprudencji lub błędnie go charakteryzuje. Przykładowo, bardzo często feministycznej filozofii prawa towarzyszy założenie, iż prawo nie jest neutralne, lecz stanowi instytucję męską (patriarchalną)⁴ współodpowiedzialną za systemową opresję i subordynację kobiet⁵. Ocena taka, niekiedy sprowadzana do paradygmatu feministycznego prawnoznawstwa, nie jest jednak w pełni adekwatna w odniesieniu do liberalnego feminizmu.

Nawet na gruncie poczynionych ustaleń pojęciowych wciąż nie trudno o klasyfikacyjne wątpliwości. W zakreślonych ramach znaczeniowych teoretycznie mieści się bowiem także aktywność przedstawicielek konserwatywnie – w sensie ideologicznym czy światopoglądowym – zorientowanej jurysprudencji reprezentującej interesy prawne kobiet, np. takich zasłużonych, a krytycznych wobec feminizmu postaci, jak Phyllis Schlafly⁶. Mając świadomość tego, iż w obrębie feminizmu współlistnieją obozy radykalnie różne, w tym również np. feminizm chrześcijański, poniższe rozważania dotyczą jednak wyłącznie feministycznego ideologicznie lewicowego *mainstreamu*.

Ogólna charakterystyka feministycznej jurysprudencji

Feministyczną jurysprudencję zalicza się do kategorii powstałych w latach 70/80. XX w. krytycznych teorii prawa, obok Szkoły Krytycznych Studiów nad Prawem (*Critical Legal Studies*), Szkoły Krytycznej Teorii Rasy (*Critical Race Theory*), Studiów Praw Lesbijek, Gejów, Biseksualistów i Transseksualistów (*LGBTs*) czy prawniczego postmodernizmu. Jednocześnie stanowi ona przykład „teorii stosowanej” (*applied theory*), gdyż jej paradygmaty wykorzystuje się nie

⁴ W ocenie P. Smith feministyczna filozofia prawa „zajmuje się analizowaniem struktur prawnych, rozpoznawaniem ich wpływu na warunki życia kobiet i dziewcząt, formułowaniem nowych struktur czy reform, które mogą poprawić genderową niesprawiedliwość, wykorzystywanie czy ograniczanie. Jest zatem krytyką prawa jako patriarchalnej instytucji”. *Feminist Philosophy of Law*, <http://plato.stanford.edu/entries/feminism-law/>; eadem, *Feminist Philosophy of Law* [w:] Ch. Gray (red.), *Philosophy of Law*, vol. 1 A-J, New York 1999, s. 449.

⁵ G. Postema, *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, t. 11, Dordrecht-New York 2011, s. 241.

⁶ Zob. S. Venker, P. Schlafly, *The flipside of feminism. What conservative women know and men can't say*, Waszyngton 2011.

tylko do krytykowania i demaskowania stronniczości prawa, ale i do reformowania jego treści i praktyki. W feministycznej jurysprudencji prawo nierozdzielnie łączy się z polityką.

Dążenie do powiązania teorii z praktyką jest podstawową cechą feministycznego prawnoznawstwa, zbliżając je do amerykańskiego realizmu prawnego. Skorelowanie tych dwóch aspektów wynika z jednej strony z troski o posiadanie intelektualnego fundamentu legitymującego feministyczną jurysprudencję jako równoprawną teorię prawa, analogiczną do innych szkół filozoficznoprawnych, a z drugiej strony z pragmatycznego celu doprowadzenia do realnej poprawy sytuacji prawnej dyskryminowanych kobiet. Niekiedy, także w środowisku feministycznym, pojawiają się zarzuty o nadmierną „teoretyzację” feministycznej jurysprudencji kosztem osłabienia swej użytecznej wartości. Innym razem wysuwane są obiekcje o redukcjonizm feministycznej jurysprudencji do postulatów czysto politycznych (do bycia polityczną grupą interesu) pozbawionych oparcia w identyfikowalnej wizji ontologii, epistemologii i metodologii prawa. P. Smith optuje w związku z tym za feministyczną jurysprudencją jako „nauką powiązaną” (*connected scholarship*), czyli taką, która jest wystarczająco abstrakcyjna, aby mogła być uznawana za teorię, ale też wystarczająco powiązana z tymi faktami, które ujawniają doświadczenia kobiet, a na których teoria ta bazuje i z których wyrasta. Jurysprudencja oderwana od doświadczenia kobiet traci zdolność doprowadzenia do pozytywnej zmiany ich położenia⁷.

W feministycznej jurysprudencji deskrytywizm łączy się więc z normatywizmem⁸. Ujawnianiu tego, jak patriarchalne prawo (treść prawa, praktyka prawnicza, nauka prawa) dyskryminuje kobiety i negatywnie wpływa na ich życie, towarzyszą postulaty, jak ten stan rzeczy zmienić. Feministyczna teoria prawa nie twierdzi zatem, że jest politycznie bezstronna, dążąc do emancypacji i wyzwolenia kobiet. Neguje definiowanie prawa w kategoriach naukowego przedsięwzięcia pozbawionego moralnego i politycznego kontekstu niezależnego od społecznych realiów. Odrzuca ideę prawa jako neutralnego systemu regulacji i rozwiązywania sporów. Działalność orzecznicza nie jest dla niej procesem ustalania czy stanowienia prawdy, ale pragmatycznym rozstrzygnięciem spraw będących przedmiotem sporu, nie wolnym od typowo politycznych wyborów⁹.

W charakterystyce autorstwa N. Lacey feministyczna teoria prawa spaja twierdzenia analityczno-socjologiczne i polityczno-etyczne. Analitycznie i socjo-

⁷ P. Cain, *Feminist Legal Scholarship*, „Iowa Law Review” 1991, nr 77, s. 21; eadem, *The Future of Feminist Legal Theory*, „Wisconsin Women’s Law Journal” 1997, vol. 11, s. 367.

⁸ Dla C. Smart feministyczna jurysprudencja to „powiązanie teorii z praktyką, stworzona poprzez rozwój metodologii, która zapewnia, że wgląd teorii będzie odzwierciedlony w polityce działania, a wgląd praktyki w teorii konstrukcji”. *Feminism and the Power of Law*, Londyn 1989, s. 69.

⁹ I. Radacic, *Feminist Legal Theories*, <http://www.zenska-mreza.hr/violence.htm>

logicznie feministyczna jurisprudencja zakłada, że płeć (sex/gender) to ważna kategoria społecznej dyferencjacji wpływająca na kształt prawa jako instytucji społecznej i postać praktyki prawniczej. Na poziomie polityczno-etycznym, czyli normatywnym, feministyczne prawoznawstwo wychodzi z założenia, że postać świata, włącznie z prawem, ukształtowana w różny sposób na podstawie kryterium płci jest niesprawiedliwa. Płci towarzyszy zatem nie tylko dyferencjacja, ale jest ona także osią dominacji, opresji i dyskryminacji. Na poziomie metodologicznym natomiast feministyczna teoria prawa pozostaje w związku ze społecznym konstrukcjonizmem, czyli z ideą, że władza i znaczenie płci (*gender*) jest produktem nie natury, ale kultury. Stanowisko takie zakłada możliwość reformy stosunków damsko-męskich. Relacje płci można poddać rewizji poprzez modyfikację społecznych instytucji władzy, takich jak m.in. prawo¹⁰.

Feministyczne prawoznawstwo znamionuje interdyscyplinarne podejście do prawa. Prawo jest poddawane ocenie nie tylko z perspektywy czysto analitycznej (formalnodogmatycznej), ale także filozoficznej, historycznej, socjologicznej, politologicznej, ekonomicznej, psychologicznej czy np. literaturoznawstwa. Interdyscyplinarność sprawia, iż feministyczna jurisprudencja nie pozostaje hermetycznie zamknięta na nieprawników. Feministki z prawniczym wykształceniem, tworząc własne wizje prawa, sięgają często do dorobku myślowego feministek reprezentujących pozaprawnicze dyscypliny.

Jak zaznaczono, początki feministycznej jurisprudencji przypadają na lata 60/70. XX w. Czas ukonstituowania się nowej szkoły prawniczej nie był przypadkowy. W okresie tym zaobserwowano zwiększoną akcesję kobiet na studia prawnicze, do kadry akademickiej szkół prawniczych czy też do praktyki prawniczej¹¹. Licniejsza obecność kobiet w kręgach jurisprudencji dała możliwość naukowej artykulacji i popularyzacji feministycznej ideologii. W 1972 r. przyjęto w USA nowe przepisy, które rozszerzyły zakaz dyskryminacji ze względu na płeć na instytucje edukacyjne otrzymujące federalne fundusze. Pojawieniu się feministycznej teorii prawa sprzyjało także pozyskanie przez sam feminizm

¹⁰ N. Lacey, *Feminist Legal Theory and the Rights of Women*, <http://www.yale.edu/wff/cbg/pdf/LaceyPaperFeministLegalTheory.pdf>

¹¹ Analiza skali i przyczyn niedoreprezentowania kobiet w legislatywie, egzekutywie, judykaturze, prawniczej praktyce, jurisprudencji i na wydziałach prawa stanowi jeden z ważniejszych wątków w feministycznym prawoznawstwie. W roku akademickim 2009–2010 kobiety stanowiły 47,2% studentów prawa i 45,9% absolwentów prawa w USA. Najwięcej statystycznie kobiet uczęszczało do amerykańskich szkół prawniczych w 1993 r., tj. 50,4% ogółu studentów. W 2009 r. dziekanami szkół prawniczych były kobiety w 20,6% przypadków i 45,7% prodziekanów. W 2011 r. kobiety stanowiły 31,9% ogółu prawników. Udział kobiet w kancelariach prawniczych w 2011 r. przedstawia się następująco: associate attorney – 45,4%, partner – 19,5%. Zarobki kobiet prawników odpowiadały wówczas 86,6% wysokości zarobków mężczyzn prawników. W roku akademickim 2008–2009 w gronie profesorów prawa kobiety stanowiły 29,9%. Dane za: <http://www.catalyst.org/knowledge/women-law-us>; <http://www.aals.org/statistics/2009dlr/titles.html>

w drugiej połowie XX w. większego społecznego poparcia. Właśnie wtedy feminizm osiągał kolejny etap swojego rozwoju nazwany „drugą falą”.

Po raz pierwszy określenia „feministyczna jurysprudencja” użyto nieco później, bo w 1978 r., podczas współorganizowanej przez Ann Scales konferencji z okazji 25. rocznicy ukończenia Harvard Law School przez kobiety¹². Nie wszystkie feministki związane ze środowiskiem prawniczym postrzegały natenczas feministyczną jurysprudencję jako już istniejącą szkołę prawniczą. Niektóre z nich zwracały uwagę na przeszkody, które trzeba *ex ante* przezwyciężyć, aby feministyczne prawnawstwo mogło się dopiero ukonstytuować. Robin West uznała wówczas, iż feministyczna jurysprudencja jest pojęciową anomalią. Nie może ona powstać bez uprzedniego zniesienia patriarchy. Jest to konieczny warunek polityczny krystalizacji nowej teorii. W wyrażonej w latach 80. przez West ocenie – aktualnej dla wielu feministek do dnia dzisiejszego – istniejąca jurysprudencja pozostaje „męska”, mając za swój przedmiot powiązania pomiędzy *de facto* patriarchalnym, choć nominalnie neutralnym, prawem a istotami ludzkimi, które prawo to postrzega na wzór mężczyzn¹³.

Feministyczna teoria prawa przez okres dekady ugruntowała swoją pozycję w amerykańskiej jurysprudencji, stając się w latach 90. jej niekwestionowaną, co nie oznacza niepoddawaną krytyce, częścią składową. Problematyka feministycznej jurysprudencji jest obecnie przybliżana studentom prawa w USA w ramach osobnego przedmiotu. Współczesne wykłady z feministycznej jurysprudencji poprzedziły zainicjowane w latach 70. zajęcia nazywane początkowo *Woman and Law*, a następnie *Law and Gender*. Upowszechnianiu feministycznego prawnawstwa służy też wiele periodyków prawniczych poświęconych wyłącznie tej szkole filozoficznoprawnej.

Jakkolwiek historia feministycznej jurysprudencji obejmuje okres niespełna ostatniego półwiecza, to zainteresowanie prawem przez feminizm sięga początków samego feminizmu. Część postulatów zawartych w – opracowanej na wzór Deklaracji Niepodległości – Deklaracji Praw i Sentymentów, przyjętej podczas konwencji kobiet w Seneca Falls w 1848 r., miało charakter typowo jurydyczny. Spuścizną pierwszej fali feminizmu były liczne zmiany normatywne poprawiające sytuację prawną kobiet. Ówczesne feministki określały się mianem „obrończyń praw kobiet”, „wyzwolicielek kobiet” czy „egalitarianek”. Miały świadomość, iż równość społeczna i polityczna kobiet wobec mężczyzn wymaga także reformy prawa. Prawo już wtedy postrzegano jako narzędzie męskiej dominacji,

¹² Uczestnicy konferencji wyrazili swój sceptycyzm co do celowości powstania feministycznej jurysprudencji. A. Scales tego stanowiska nie podzieliła i w 1981 r. opublikowała artykuł *Towards a Feminist Jurisprudence*, „Indiana Law Journal” 1980–81, vol. 56, nr 3, s. 375–444.

¹³ R. West, *Jurisprudence and Gender*, „University of Chicago Law Review” 1988, vol. 55, nr 1, s. 60.

ale nie artykułowano tego w sposób obrany później przez radykalny feminizm. Postulaty i działania takich pionierek feminizmu jak Elizabeth Cady Stanton, Susan Anthony i wielu innych ostatecznie na przestrzeni kilku dziesięcioleci doprowadziły m.in. do większej samodzielności majątkowej kobiet zamężnych¹⁴ czy do przyznania kobietom praw wyborczych mocą XIX poprawki do Konstytucji USA w 1920 r.

Przedmiotem zainteresowania feministycznej jurysprudencji jest tematyka większości gałęzi prawa, zwłaszcza zaś zagadnienia prawa rodzinnego (np. instytucja podziału majątku między rozwiedzionymi małżonkami i opieki nad wspólnymi małoletnimi dziećmi, małżeństwa osób tej samej płci, status prawny transseksualistów, macierzyństwo zastępcze), prawa karnego (np. przestępstwo zgwałcenia, pornografia, prostytucja, przemoc domowa), prawa pracy (np. zasada równości w stosunkach pracy, molestowanie seksualne w miejscu pracy), prawa konstytucyjnego (np. prawo do aborcji, dostęp do edukacji), prawa administracyjnego (np. prawo imigracyjne), prawa umów i deliktów. Analiza poszczególnych instytucji prawnych ma ujawnić wpływ prawa i jego praktyki na życie kobiet, sposób, w jaki prawo odzwierciedla i kształtuje tożsamość płci.

Przedstawicielki feministycznej jurysprudencji odrzucają zarzut, iż ich celem jest feminizacja prawa i porządku prawnego, zastąpienia jednej „dyktatury” (patriarchalności, maskulinizacji prawa) inną, opozycyjną, faworyzującą kobiety. P. Cain przekonuje, iż feministyczna teoria prawa nie dąży do wywyższenia głosu kobiecego w prawie ponad ten męski, lecz zmierza do zniesienia hierarchii płci w prawie jako takiej. W ocenie autorki zadaniem feministycznej jurysprudencji jest maksymalizacja równego szacunku dla wszystkich ludzi, zapewnienie tego, aby „pozostające w milczeniu punkty widzenia otrzymały równy głos” na gruncie prawa¹⁵.

W kontekście marginalizacji kobiet przez prawo D. Rhode ujawnia kontrfaktyczność męskich ocen w tym przedmiocie, mówiąc o tzw. „problemie braku problemu”. Wyróżnia cztery kategorie zaprzeczeń co do kobiecej opresji w porządku prawnym. Po pierwsze, realne i poważne przypadki łamania praw kobiet przedstawia się jako problemy błahе albo rzadkie. Po drugie, argumentuje się, że powszechność skarg ze strony kobiet nie idzie w parze z wagą doznawanych przez nie krzywd ani z zasadnością tych skarg w myśl stereotypu, że kobiety

¹⁴ Poszczególne stany, począwszy od stanu Mississipi w 1839 r., przyjęły akty prawne (*Married Women's Property Acts*), mocą których zamężne kobiety nie traciły prawa własności majątku (ruchomości jak i nieruchomości) wnoszonego do małżeństwa, zachowywały posiadanie rzeczy, których były właścicielkami, uzyskały prawo rozporządzania własnym zarobkiem czy odziedziczonym spadkiem, zawierania umów dotyczących swojej własności.

¹⁵ P. Cain, *Feminist Legal...*, s. 21. Podobnie P. Smith, *Feminist Jurisprudence* [w:] D. Patterson (red.), *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, Chichester – Malden 2010, s. 296.

przesadzają. Po trzecie, niejednokrotnie imputuje się, że to nie mężczyźni są odpowiedzialni za krzywdę kobiety, ale sama pozorna ofiara („prowokowała”, „prosiła się o to”, „zasługiwała na to”, „podobalo się to jej”). Po czwarte, prawo rzekomo nie jest już w stanie w większym stopniu chronić kobiety, stąd postulaty kolejnych jego reform traktuje się jako bezcelowe¹⁶.

Feministyczna teoria prawa krytykuje nie tylko treść, ale również metodologię i epistemologię właściwą dla klasycznej jurysprudencji. Uznaje je za „męskie”, odzwierciedlające skrzywiony patriarchalny obraz społecznej rzeczywistości. W ich miejsce proponuje zastosowanie na gruncie prawa kilku alternatywnych feministycznych metod badawczych, czyli metod odwołujących się do kobiecego doświadczenia. K. Bartlett wyróżnia trzy powiązane ze sobą czy wręcz nachodzące na siebie metody feministyczne: podniesienie kwestii kobiecej czy zadanie kobiecego pytania (*woman question*), feministyczne praktyczne rozumowanie oraz podnoszenie świadomości¹⁷.

Zadanie „kobiecego pytania” ujawnia, jakie implikacje w odniesieniu do kobiet rodzą normy prawne i praktyka prawnicza postrzegane *prima facie* jako neutralne i obiektywne. Metoda ta pozwala ukazać prawnie determinowane formy kobiecej subordynacji. Feministyczne praktyczne rozumowanie podważa legitymację norm prawnych, którym przypisuje się cechę bezstronnego reprezentowania wspólnoty, gdy tymczasem wyrażają one interesy mężczyzn, np. prawne regulacje gwałtu czy przemocy domowej. Podnoszenie świadomości to z kolei proces polegający na dzieleniu się przez kobiety swoimi doświadczeniami, oddającymi ich wspólną opresję. W ten sposób poprzez osobiste narracje rodzi się indukcyjnie nowe krytyczne rozumienie, co znaczy być kobietą¹⁸. „Kobiety dokonują uchwycenia zbiorowej rzeczywistości kobiecych warunków w perspektywie tego doświadczenia i z zewnątrz niego”¹⁹.

Kobiece opowieści czy historie pełnią podwójną rolę. Po pierwsze uświadamiają kobiecie doświadczającej opresji, że problem nie dotyczy tylko jej. Pozwala to im solidaryzować się ze sobą. Po drugie jest to praktyczne narzędzie procesowe wykorzystywane na sali sądowej w walce o jednostkową sprawiedliwość i o zmianę prawa²⁰. J. Bear trafnie zauważa jednak, że feministyczne meto-

¹⁶ 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. 95–96.

¹⁷ Zob. K. Bartlett, *Feminist Legal Methods*, „Harvard Law Review” 1990, vol. 103, nr 4, s. 829–888.

¹⁸ P. Cain, *Feminist Jurisprudence. Grounding The Theories*, „Berkeley Women’s Law Journal” 1988–1990, nr 4, s. 192; eadem, *Feminist Legal...*, s. 24–25.

¹⁹ C. MacKinnon, *Toward a Feminist Theory of the State*, Cambridge 1989, s. 121.

²⁰ A. Bartow, *Bloggish Overview of Feminist Legal Theory*, <http://www.feministlawprofessors.com/2006/11/bloggish-overview-of-feminist-legal-theory/>.

dy lepiej prezentują się w teorii niż praktyce, kiedy trzeba je zastosować do konkretnej sprawy²¹.

Feministyczna jureksprudencja od początku swojego istnienia usytuowała się w opozycji do „konwencjonalnej”, „klasycznej” męskiej liberalnej jureksprudencji dominującej w zachodniej kulturze prawnej. Krytyką, internalnie zróżnicowaną, objęła zarówno prawniczy pozytywizm, jak i jusnaturalizm. Do grona swoich adwersarzy feministki zaliczyły niemal cały ówczesny prawniczy akademicki establishment na czele z H. Hartem, R. Dworkiem, J. Razem, J. Rawlsem. Feministyczne obiekcje skierowano w stronę niemal wszystkich kanonów zastanej tradycji prawniczej. Feministyczna teoria prawa, podobnie jak wcześniej marksizm i CLS, nie zgadza się z tym, iż prawo jest obiektywne i neutralne. Ponad wiek temu Anatole France ironicznie głosił, iż „Prawo w swej majestatycznej równości zabrania zarówno bogatym, jak i biednym spać pod mostami, żebrać na ulicy i kraść chleb”²². Za kontrfaktyczną feministyczna jureksprudencja uznaje tezę właściwą dla prawniczego pozytywizmu, w szczególności Kelsenowskiego normatywizmu, w myśl której prawo to byt autonomiczny, oddzielony od etyki, religii, gospodarki, stosunków społecznych czy polityki. Dla feministycznej jureksprudencji prawo odzwierciedla, powiela, tworzy i wzmacnia relacje władzy determinowane przez płeć. Zwłaszcza nurt postmodernistyczny w feministycznym prawoznawstwie dekonstruuje roszczenia prawa do głoszenia prawdy, do bycia neutralnym i obiektywnym. Dla wielu feministek prawo reprezentuje męski punkt widzenia. Feministyczna teoria prawa odrzuca formalistyczną wizję prawa jako spójnego systemu racjonalnych norm prawnych interpretowanych i stosowanych przez bezstronnych sędziów (np. koncepcja *law as integrity* Ronalda Dworkina i jego wzorzec idealnego sędziego Herkulesa²³). Antyformalizm i antytekstualizm zbliża feministyczną jureksprudencję do współczesnego Nowego Empiryzmu Prawnego²⁴.

Feministyczna teoria prawa rezygnuje z równości formalnej na rzecz równości materialnej z zastrzeżeniem odmienności w przypadku liberalnego feminizmu. Tym samym sprzeciwia się budowaniu porządku prawnego na paradygmacie sprawiedliwości proceduralnej. Zarzuca tradycyjnemu prawoznawstwu zawężenie roli prawa do zachowywania *status quo*, co skutkuje petryfikacją seksistowskiego rozumienia prawa i jego seksistowskiej praktyki²⁵. Definiowanie

²¹ 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. 443.

²² A. France, *Le Lys Rouge*, Paryż 1894, s. 117.

²³ Zob. G. Maroń, *Dworkinowska wizja zasad prawa*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Rzeszowskiego. Prawo 6”, 2008, s. 103–123.

²⁴ Zob. G. Maroń, *Nowy Empiryzm Prawny jako możliwe źródło inspiracji dla Stowarzyszenia Badań nad Źródłami i Funkcjami Prawa*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2013, nr 1, s. 72–91.

²⁵ „Przepisy prawne zezwalają i czasami upoważniają do terroryzowania kobiecego ciała. Dzieje się to poprzez zbiór przepisów, które niewłaściwie chronią kobiety przed fizycznym wyko-

prawa, zwłaszcza *common law*, jako systemu zapewniającego stabilność i bezpieczeństwo, a *contrario* czyni z niego byt nieprzystający do potrzeby zmiany, zwłaszcza systemowej zmiany społecznej. Tymczasem prawo musi być zdolne do akomodacji społecznych przemian i kulturowej różnorodności. Feministyczna jurisprudencja nie uznaje zarazem omnipotencji prawa. Prawo jest „jednym z”, a nie „jedynym” narzędziem kształtowania i zmiany stosunków społecznych. W ocenie stopnia centralności prawa w walce o feministyczne cele zaznacza się głęboka różnica pomiędzy reprezentantkami kierunku²⁶.

Feministyczna jurisprudencja krytyce poddaje niemal wszystkie elementy struktury prawa i porządku prawnego, także te o wydawałoby się jedynie symbolicznym znaczeniu. Jednym z takich elementów są język prawny oraz prawniczy. Według feministycznej teorii prawa języki te odzwierciedlają i utrwalają patriarchalny *status quo* dyskryminujący kobiety, a jednocześnie dyskryminację tę maskują. W obszarach, gdzie prawo spotyka się z moralnością, religią i zwyczajem, treść norm oraz ich uzasadnienie są artykułowane z użyciem emocjonalnego, pełnego niejasności słownictwa („świętość życia”, „uświęcone więzi małżeństwa”, „świętość macierzyństwa”, „czystość dziewictwa”, „cześć/honor rodziny”). Język będący symptomem myślenia o zwyczajach czy tradycji traktowanych za fundamentalne dla danego modelu życia niejednokrotnie utrudnia reformy prawne. Sposób nazywania czegoś wpływa na sposób jego postrzegania. Feministyczna teoria prawa z dezaprobatą odnosi się do sytuacji, gdy postulaty normatywnych zmian np. w przedmiocie małżeństwa określa się jako „atakowanie rodziny”, „destrukcję rodziny”, „podważanie moralnej tkanki wspólnoty”, „niszczenie naszego modelu życia”. Z kolei legislacyjne wysiłki mające ostatecznie potwierdzić definicję małżeństwa jako związku kobiety i mężczyzny tytułuje się mianem „Ustawy w obronie małżeństwa”, pozamałżeński sex oralny czy analny nazywa się „ohydny przestępstwem przeciwko naturze”,

rzystaniem, a przez to zachęcają kobiety do poszukiwania schronienia przed niebezpieczeństwem. [...] Przepisy prawne zezwalają i czasami upoważniają do materializacji kobiecego ciała. Dzieje się to poprzez przepisy nagradzające kobiety za niezwykle podjęcie obowiązków po porodzie i te, które karzą postępowanie, takie jak aktywność seksualna czy praca zawodowa, które kłócą się z macierzyństwem. [...] Przepisy prawne zezwalają i czasami upoważniają do seksualizacji kobiecego ciała. Dzieje się to poprzez przepisy kryminalizujące pojedyncze zachowania seksualne, jak przepisy przeciwko komercyjnemu seksowi (prostyucja), homoseksualnym praktykom, a także przez przepisy legitymujące i wspierające instytucje typu pornografia, przemysł reklamy i rozrywki, które poddają kobiece ciało erotyzacji. Seksualizacja następuje paradoksalnie również poprzez stosowanie przepisów dotyczących gwałtu czy molestowania seksualnego, które są zaprojektowane do chronienia kobiet przed powiązaną z seksem niesprawiedliwością. Reguły te przyznają albo odmawiają kobietom ochrony, badając ich rozwiązłość seksualną”. M. Frug, *Postmodern Legal Feminism*, New York 1992, s. 129–130.

²⁶ P. Smith, *Feminist Jurisprudence...*, s. 296; N. Lacey, *Feminism and Conventional Legal Theory*, <http://www.humboldt-forum-recht.de/druckansicht/druckansicht.php?artikelid=88>

a ograniczanie aborcji obwołuje się „ochroną potencjalnego życia”, „ochroną nienarodzonego dziecka”²⁷. Należy jednak podkreślić, iż język feministycznej jurysprudencji również nie jest neutralny, „bezemocjonalny”. Przejawem przeciw pewnego światopoglądu, a nie tylko zastosowaniem fachowego języka medycyny, jest określanie *nasciturusa* „zapłodnionym jajczkiem” czy „embryonem”, a nie człowiekiem. Nawet o pozorach „neutralności lingwistycznej” nie można z kolei mówić w odniesieniu do feminizmu radykalnego, niewolnego od wulgaryzmów.

Pluralizm feministycznej jurysprudencji

Cechą charakterystyczną feministycznej jurysprudencji jest jej niejednorodność. Termin „feministyczna teoria prawa” stanowi wspólną nazwę dla kilku determinowanych założeniami feminizmu nurtów w myśli prawniczej. Nurty te pozostają w stosunku do siebie w wyraźnej opozycji. Często najbardziej radykalnymi krytykami paradygmatów konkretnej feministycznej teorii prawa są reprezentantki konkurencyjnej feministycznej teorii. Paradoksalnie łatwiej wskazać liczne różnice między tymi teoriami niż to, co je łączy. Poszczególne feministyczne teorie prawa są nadbudową partykularnych typów feminizmu. Najpopularniejsze nurty feministycznej jurysprudencji wyrosły z adaptacji na gruncie prawoznawstwa założeń feminizmu liberalnego, radykalnego, kulturowego i postmodernistycznego. Nie jest to jedyna typologia feministycznej jurysprudencji. Oprócz czterech wskazanych kategorii wyróżnić można np. feminizm marksistowski oraz socjalistyczny (A. Jaggar), postkolonialny czy krajów Trzeciego Świata (H. Mirza)²⁸.

Ramy objętościowe opracowania nie pozwalają na szczegółowe omówienie typologii feministycznej teorii prawa²⁹. Poniżej dokonano *par excellence* skrótowej, poniekąd hasłowej, aproksymacji paradygmatów czterech głównych nurtów feministycznej jurysprudencji.

Liberalna feministyczna jurysprudencja, chronologicznie pierwsza, opiera się na założeniu o potrzebie równości kobiet i mężczyzn wobec prawa. Skoro kobiety są równe mężczyznom, a nie względem nich gorsze, to różnicowanie ich sytuacji prawnej stanowi irracjonalną dyskryminację. Prawo ma odnosić się do reprezentantów obu płci na zasadzie ścisłej symetrii, bez faworyzowania

²⁷ P. Smith, *Feminist Philosophy...*

²⁸ Zob. S. Woan, *White Sexual Imperialism. A Theory Of Asian Feminist Jurisprudence*, „Washington and Lee Journal of Civil Rights and Social Justice” 2008, vol. 14, nr 2, s. 275–301.

²⁹ Zob. G. Maroń, *Nurty feministycznej jurysprudencji*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Rzeszowskiego. Prawo 12”, Rzeszów 2013, s. 71–96.

czy dyskryminowania przedstawicieli którejkolwiek z płci. Ten typ feministycznej teorii prawa kładzie nacisk na sprawiedliwość formalną, czyli na równość szans.

Powstały w latach 70. ubiegłego stulecia feminizm kulturowy (relacyjny, odmiennego głosu, różnicy) artykułuje potrzebę reponsywności prawa na kobiecą tożsamość. Prawo ukształtowane według kanonów liberalizmu tylko z pozoru jest neutralne. *De facto* pozostaje ono wciąż „męskie”. Emancypacja kobiet polega na spełnieniu przez kobiety męskich standardów. Dla feminizmu kulturowego feminizm liberalny jedynie kamufluje fakt, iż równouprawnienie kobiet dokonuje się za cenę dostosowania się przez nie do tego, co mężczyźni ogłosili sprawiedliwym, racjonalnym czy użytecznym. Tymczasem prawo, tak jak i praktyka prawnicza, chcąc zapewnić równość – równość rzeczywistą, materialną a nie proceduralną – muszą uwzględnić tzw. kobiecy głos, czyli kobiecą inność. Konieczna jest, jak wskazuje psycholog (psycholożka) C. Gilligan czy prawniczka R. West, otwartość porządku prawnego na znamionującą kobiety „etykę troski” i składające się na nią takie wartości, jak: miłość, cierpliwość, troskliwość, empatia. Rozumowania prawnicze na poziomie stanowienia, a tym bardziej stosowania prawa powinny być oparte na relacyjności i kontekstualności.

Jurisprudencja skorelowana z feminizmem radykalnym postrzega prawo jako jedno z narzędzi męskiego zniewolenia kobiet. Do osiągnięcia równouprawnienia płci nie wystarczy reforma samego patriarchalnego prawa, jego „lifting”. Prawna emancypacja kobiet wymaga radykalnej, niemal rewolucyjnej, całościowej zmiany stosunków politycznych i społeczno-ekonomicznych. Różnice w dostępie do władzy pomiędzy kobietami a mężczyznami, jak głosi C. MacKinnon, przekładają się na gorszy status społeczny kobiet i ich prawne „uprzedmiotowienie”, czego rzekomym dowodem ma być prawna regulacja np. prostytucji, pornografii, przestępstw seksualnych czy przemocy domowej.

Postmodernistyczna feministyczna jurisprudencja optuje natomiast za tym, aby porządek prawny uwzględniał różnorodność doświadczeń kobiety. Krytykuje esencjalistyczne założenie, jakoby istniała jakaś jedna uniwersalna kobieca tożsamość. Przyjęcie takiego założenia grozi patrzeniem na potrzeby i oczekiwania wszystkich kobiet oczyma białych, heteroseksualnych, dobrze sytuowanych kobiet. Zarazem feminizm postmodernistyczny wskazuje, iż kryterium płci (czy biologicznej – *sex*, czy kulturowej – *gender*) jest tylko jedną z kilku, a nie jedyną osią społeczną, w tym prawnej, dyskryminacji kobiet, obok np. kryterium rasy, orientacji seksualnej, pochodzenia etnicznego. Wykorzystując narzędzie dekonstrukcji, niniejszy typ feministycznej jurisprudencji dąży do obalenia mitu prawa jako spójnego, logicznego, usystematyzowanego zbioru obiektywnie racjonalnych norm wyrastających z niezmiennych prawd o nas samych i otaczającej nas rzeczywistości.

W obrębie feministycznej jurysprudencji nie ma zatem zgody w przedmiocie tego, jak osiągnąć równouprawnienie kobiet. Rozbieżność postulatów jest następstwem odmiennej oceny różnic zachodzących pomiędzy przedstawicielami obu płci. Ch. Littleton wymienia cztery sposoby prawnej emancypacji kobiet: model praw specjalnych, model akomodacji, model akceptacji i model uprawomocnienia. Model praw specjalnych głosi, że równości nie można postrzegać jako jednakowości, gdyż kobiety i mężczyźni nie są tacy sami. Przepisy prawne powinny być oparte na ludzkich potrzebach. Żywienie przez kobietę potrzeb, które nie są udziałem mężczyzn, nie powinno ograniczać jej praw. Dla modelu akomodacji różnice, które nie są podstawowe bądź biologicznie determinowane, należy traktować według reguły symetryczności czy asymilacji. Natomiast różnice podstawowe, biologiczne takie jak ciąża muszą być uznane przez prawo i w nim uwzględnione. Littleton osobiście opowiada się za modelem akceptacji, w myśl którego różnica płci wymaga zaakceptowania, a prawo powinno koncentrować się na skutkach takich różnic, a nie nich samych. Zasada równości musi zatem uwzględniać realne różnice, ale w sposób najmniej „kosztowny” dla każdego. W myśl równości należy chronić kobiety przed dyskryminacją ze względu na ich odmienności, stąd np. prawo powinno zapewniać kobietom płatne urlopy związane z ich ciążą i porodem. Model uprawomocnienia (*empowerment*) uznaje z kolei różnice same w sobie za nieistotne i koncentruje się na poziomach uprawomocnienia. Równość to zatem zbalansowanie władzy pomiędzy grupy oraz jednostki i pozbawienie jednych możliwości zdominowania innych. Model ten, reprezentowany np. przez C. MacKinnon koncentruje się na dominacji i sposobach, w jaki dystrybuowana jest władza³⁰.

Operacjonalizacja postulatów feministycznej jurysprudencji

Wyznacznikiem znaczenia czy doniosłości każdej szkoły prawniczej jest nie tylko erudycja jej założeń teoretycznych, ale także zdolność do zmieniania rzeczywistości prawnej. Biorąc pod uwagę nie tyle hipotetyczny potencjał feministycznej jurysprudencji do reformy porządku prawnego, co konkretne przykłady takiej właśnie reformy prawa w duchu feministycznym w państwach anglosaskich, pozostaje skonstatować, iż niniejsza szkoła prawnicza wywarła większy wpływ na procesy tworzenia i stosowania prawa niż inne bardziej znane teorie prawa³¹. Prze-

³⁰ M. Burchard, *Feminist Jurisprudence* [w:] *Internet Encyclopedia of Philosophy*, <http://www.iep.utm.edu/jurisfem/>

³¹ Zob. G. Maroń, *Wpływ feministycznej jurysprudencji na proces tworzenia i stosowania prawa – perspektywa anglosaska* (referat wygłoszony podczas Zjazdu Młodych Teoretyków i Filozofów Prawa, Warszawa 12–14 września 2013 r., w druku).

łożenie na działania legislacyjne i praktykę orzeczniczą znalazły przy tym postulaty różnych nurtów feministycznej jurysprudenencji.

Hasła feminizmu liberalnego wpłynęły na przyjęcie w państwach anglosaskich szeregu przepisów zakazujących dyskryminacji ze względu na płeć czy ciążę w sferze stosunków pracy i w dziedzinie edukacji³². W drodze precedensowych orzeczeń uznano za niekonstytucyjne liczne przepisy, które, opierając się na seksistowskich stereotypach, utrudniały kobietom wykonywanie poszczególnych zawodów, kształcenie się w poszczególnych typach szkół czy nabywanie praw do świadczeń emerytalnych lub socjalnych³³.

Założenia feminizmu radykalnego odcisnęły piętno na kilku instytucjach prawnych w USA i Kanadzie. C. MacKinnon przypisuje się nadanie prawnej doniosłości koncepcji molestowania seksualnego. Amerykańskie sądy, sięgając do jej prac, przyjęły, iż molestowanie może polegać na tworzeniu „wrogiego środowiska pracy” poprzez nie tylko wulgarne aluzje, gesty, propozycje seksualne kierowane do pracownicy, ale także kulturalne w formie komplementy dotyczące kobiecej aparycji czy żarty o podtekście seksualnym. Propozycje prawnej reglamentacji pornografii autorstwa C. MacKinnon i A. Dworkin niezrealizowane w USA³⁴, znalazły uznanie w orzecznictwie Sądu Najwyższego Kanady³⁵.

Sukcesem feminizmu radykalnego jest też reforma prawa odnośnie do przestępstw seksualnych w krajach anglosaskich. Tradycyjnie do zaistnienia gwałtu wymagano elementu przemocy względnie groźby przemocy ze strony sprawcy oraz braku zgody po stronie pokrzywdzonej. Zamierzeniem feminizmu radykalnego jest wyeliminowanie czynnika przemocy ze znamion zgwałcenia i zredefi-

³² W USA przyjęto np. *The Equal Pay Act* z 1963 r., *Title VII Civil Rights Act* z 1964 r., *Title IX Education Amendments* z 1972 r., *Pregnancy Discrimination Act* z 1978 r., *Civil Rights Act* z 1991 r., *Family and Medical Leave Act* z 1993 r., *The Lilly Ledbetter Fair Pay Act* z 2009 r. W Wielkiej Brytanii w 2010 r. uchwalono *Equality Act* kodyfikujący kilka wcześniejszych ustaw, w tym *Equal Pay Act* z 1970 r. i *Sex Discrimination Act* z 1975 r.

³³ Przykładem jednego z pierwszych orzeczeń Sądu Najwyższego USA responsywnego wobec feministycznych oczekiwań było rozstrzygnięcie z 1971 r. w sprawie *Reed v. Reed* (404 U.S. 71, (1971)), w którym zakwestionowano przepisy stanu Idaho, w myśl których, jeśli dwoje krewnych było jednakowo uprawnionych do zarządzania nieruchomością po spadkodawcy, to pieczę nad nieruchomością należało przyznać mężczyźnie, jako mającemu statystycznie większe doświadczenie w sprawach biznesowych.

³⁴ Antypornograficzne przepisy opracowane przez MacKinnon i Dworkin dla Minneapolis zostały zawetowane przez burmistrza miasta. Natomiast przepisy dla Indianapolis uznał w 1985 r. za niekonstytucyjne Sąd Apelacyjny dla 7 Okręgu. *American Booksellers v. Hudnut*, 771 F.2d 323 (7th Cir. 1985).

³⁵ *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452. Sąd przyjął, że treści obsceniczne mogą sprzyjać poniżającemu wizerunkowi kobiet i mogą promować przemoc. W ocenie sądu reglamentacja rozpowszechniania treści pornograficznych służy nie tyle ochronie moralności, co jest środkiem w zapobieganiu krzywdy i zapewnianiu równości płci. Zob. też *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)* [2000] 2 S.C.R. 1120, 2000 SCC 69.

niowanie kryterium zgody. W myśl koncepcji tzw. zgody afirmatywnej zarzut gwałtu obala dopiero wykazanie, iż rzekoma ofiara w sposób eksplikatywny swoimi słowami lub gestami zakomunikowała mężczyźnie chęć nawiązania relacji intymnej. Milczenie kobiety, pasywność w jej postawie, wszelka dwuznaczność przemawia na niekorzyść oskarżonego³⁶. Nałożenie na oskarżonego ciężaru dowodu, iż pokrzywdzona godziła się na kontakt seksualny, oznacza zakwestionowanie zasady *presumptio innocentiae*. Feministyczne rozumienie przestępstwa zgwałcenia wpłynęło w większym lub mniejszym stopniu na działania legislacyjnej i sądów niektórych amerykańskich stanów czy też na prawodawstwo brytyjskie (np. *Sexual Offences Act* z 2003 r.).

Przykładowo, Sąd Najwyższy Stanu Maryland w 1981 r. utrzymał w mocy skazujący wyrok sądu pierwszej instancji za gwałt drugiego stopnia, pomimo braku sprzeciwu ofiary na odbycie stosunku oraz braku elementu przemocy czy choćby groźby zastosowania przemocy ze strony sprawcy. Czynnikiem konstytutywnym dla bytu przestępstwa okazała się w tym przypadku „racjonalna obawa” ofiary, że sprawca może zastosować przemoc. Fakt, że ofiara nie krzyczała, wzywając pomocy, ani nie próbowała uciekać, należy według sądu tłumaczyć strachem przed przemocą. Sąd zauważył ponadto, iż „Kobiety nie seksualizują sytuacji tak szybko jak mężczyźni”³⁷. Podobnie Sąd Najwyższy Stanu New Jersey przyjął w 1992 r., iż do zaistnienia seksualnej napaści (*sexual assault*) nie jest wymagana przemoc. Do wydania wyroku skazującego wystarczy, że oskarżyciel udowodni pond racjonalną wątpliwość, że do seksualnej penetracji doszło „bez afirmatywnej i swobodnie wyrażonej zgody przez rzekomą ofiarę”. Jak argumentuje sąd: „Kodeks Karny New Jersey nie odnosi się do przemocy w sensie przełamania woli ofiary czy fizycznego obezwdnienia ofiary lub jej poddania się. Nie wymaga zmanifestowania przez ofiarę braku zgody. Według nowego prawa od ofiary nie wymaga się już oporu, a tym samym nie musi ona nic powiedzieć czy uczynić po to, aby seksualną penetrację uznać za bezprawną [...]. Kwestia reakcji czy obrony rzekomej

³⁶ Według C. MacKinnon zgoda pokrzywdzonej w sprawach o gwałt powinna być drugorzędna. Jej zdaniem kobiety są tak zniewolone, że nawet, jeśli okaże się, że 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 czy ekonomicznej, unieważnia zgodę, a tym samym wystarcza do uznania, że doszło do zgwałcenia kobiety. MacKinnon proponuje przez przemoc rozumieć także „nierówność władzy”. Nierówności społeczno-ekonomiczne są dla niej źródłem przymusu, a pieniądze „formą przemocy w seksie”. Mężczyzna uniknąłby odpowiedzialności tylko wówczas, gdyby udowodnił, iż „sex był chciany – afirmatywnie i dobrowolnie chciany – pomimo nierówności i nie był wymuszony społecznie zakorzenionymi formami władzy, która różnicuje strony”. Test zgody MacKinnon zastępuje standardem „serdecznego zaproszenia” (*welcomeness standard*), który zakłada kluczowość „wyboru, wzajemności i chęci” w miejsce sprowadzania kobiety do roli oferenta męskiej inicjatywy kontaktu seksualnego. C. MacKinnon, *Women's Lives, Men's Laws*, Cambridge 2005, s. 240–247.

³⁷ *State v. Rusk*, 289 Md. 230 (1981).

ofiary jest bezprzedmiotowa. [...] Powtarzając, prawo nie nakłada na rzekomą ofiarę ciężaru dowodu na okoliczność, że nie przejawiała zgody czy jej odmówiła, jak i nie prowadzi się dochodzenia w przedmiocie tego, co ona pomyślała czy życzyła sobie, albo dlaczego ona nie stawiała oporu czy nie protestowała³⁸. Z kolei Sąd Najwyższy Stanu Waszyngton w 1989 r. stwierdził: „Uważamy, że usunięcie z ustawy regulującej przestępstwo zgwałcenia języka odnoszącego się bezpośrednio do zgody dowodzi zamiaru ustawodawcy przeniesienia ciężaru dowodu w tej materii na obronę”³⁹.

Egzemplifikacją włączenia „kobiecego głosu” w sferę stosunków prawnych jest stosowanie przez amerykańskie sądy w sprawach o molestowanie seksualne standardu „racjonalnej kobiety” w miejsce standardu „racjonalnej osoby”⁴⁰. Kolejną egzemplifikacją operacjonalizacyjności założeń jurysprudencji feminizmu kulturowego jest uwzględnienie w sprawach karnych na korzyść oskarżonej syndromu bitej kobiety (*battered woman syndrome*) będącego następstwem kolejnych cykli przemocy wobec niej ze strony późniejszej ofiary⁴¹. Udowodnienie tego syndromu skutkuje tym, iż doświadczająca znęcania kobieta, która zabija krzywdzącego ją męża czy partnera, np. podczas jego snu, ponosi łagodniejszą odpowiedzialność, a niekiedy nawet sądy uznają ją za niewinną zabójstwa⁴².

Postulaty feminizmu kulturowego doprowadziły też do istotnej modyfikacji instytucji obrony koniecznej. Przykładowo, w kontekście przemocy domowej

³⁸ *State in Interest of M.T.S.* 129 N.J. 422 (1992).

³⁹ *State v. Camera*, 113 Wash 2d. 631, 781 P.2d 483 (1989).

⁴⁰ *Ellison v. Brady*, 924 F.2d 872 (9th Cir. 1991). Zob. E. Shoenfelt, A. Maue, J. Nelson, *Reasonable person versus reasonable woman, Does it matter?*, „Journal of Gender, Social Policy & The Law” 2002, vol. 10, nr 2, s. 633–670; E. Perry, C. Kulik, A. Bourhis, *The Reasonable Woman Standard. Effects on Sexual Harassment Court Decisions*, „Law and Human Behavior” 2004, vol. 28, nr 1, s. 9–26.

⁴¹ L. Walker wyróżnia trzy etapy cyklu przemocy. Pierwszy to tzw. budowanie napięcia, czyli seria drobnych aktów agresji. Druga faza to gwałtowny akt przemocy. Trzeci etap obejmuje skrucę mężczyzny, wyznaczenie przez niego miłości wobec ofiary i zapewnień o zmianie swojego względem niej zachowania.

⁴² Zob. przykładowe orzeczenia sądów amerykańskich [*Johnson v. State*, 469 SE 2d 152 – Ga: Supreme Court 1996; *State v. Kelly*, 478 A. 2d 364 – NJ: Supreme Court 1984; *People v. Wilson*. 194 Mich.App. 599, 487 N.W.2d 822], brytyjskich [*R v Thornton (No 2)* (1996) 2 AER 1023; *R v Ahluwalia* (1992) 4 AER 889], kanadyjskich [*R. v. Lavallee*, (1990) 1 S.C.R. 852; *R. v. Malott* (1998) 1 S.C.R. 123] zapadłe w sprawach zabójstwa męża przez żonę, w których sądy uwzględniły na korzyść oskarżonej syndrom bitej kobiety. W ocenie L. Walker: „Zachowanie maltretowanych kobiet, które zabijają swoich oprawców, należy postrzegać jako normalne, a nie nienormalne”. L. Walker, *Terrifying love: why battered women kill and how society responds*, New York 1989, s. 169. Autorka utrzymuje, że o wystąpieniu syndromu przesądza subiektywne przeświadczenie kobiety. „Uznałam, że kobiecą opowieść należy przyjąć, jeśli odczuwała, że jest psychicznie i/ lub fizycznie maltretowana przez swojego mężczyznę”. L. Walker, *The Battered Woman*, New York 1979, s. XIV.

ustawodawstwo australijskiego stanu Victoria zniósło wymóg, aby osoba działająca w ramach obrony koniecznej odpięrała bezpośredni zamach oraz reagowała środkami proporcjonalnymi do zagrożenia. Art. 9AH *Crimes Homicide Act* z 2005 r. stanowi, iż w kontekście przemocy rodzinnej⁴³ osoba może uważać i mieć racjonalne podstawy do przekonania, że jego/jej postępowanie jest konieczne:

- a) do obrony siebie lub innej osoby albo
- b) zapobieżenia lub zniesienia stanu bezprawnego pozbawienia go/jej wolności lub wolności innej osoby, nawet gdy:
- c) reaguje na krzywdę, która nie jest bezpośrednia, lub
- d) jego/jej reakcja obejmuje użycie większej siły aniżeli ta obecna w krzywdzie czy groźbie krzywdy.

Tak rozumiane „racjonalne podstawy oceny okoliczności” istotnie rozszerzają zastosowanie instytucji obrony koniecznej (*self-defence*, art. 9AC) wobec osób, głównie kobiet, które, doświadczając przemocy domowej, reagują zabiciem krzywdzącego ich członka rodziny. W przypadku gdy osoba nie miała racjonalnych podstaw do potraktowania swojego zachowania za konieczne do obrony siebie lub innej osoby przed śmiercią lub poważnym uszczerbkiem na zdrowiu, ale w takim mylnym przekonaniu działała, to nie odpowie za morderstwo, lecz „zabójstwo w obronie” (*defensive homicide*, art. 9 AD). Przywołana ustawa rozumie przemoc szeroko, nie tylko jako wykorzystanie fizyczne, seksualne, ale także i psychologiczne (zastraszanie, molestowanie, niszczenie mienia, groźby wykorzystania fizycznego, seksualnego lub psychologicznego). Przemoc według ustawy może sprowadzać się do pojedynczego aktu. Przemocą na gruncie aktu są także te czyny, które wzięte dopiero łącznie pod uwagę spełniają wymogi definicyjne, nawet gdyby postrzegane pojedynczo przedstawiały się jako nieistotne czy błahе (art. 9AH (4)).

Kodeks karny australijskiego stanu Queensland (art. 304 B *Criminal Code*) przewiduje natomiast uprzywilejowaną formę zabójstwa (*manslaughter*) w stosunku do sprawcy zabijającego osobę, ze strony której doświadczal przemocy domowej (*killing for preservation in an abusive domestic relationship*)⁴⁴.

Według ustawodawstwa brytyjskiego (art. 54-55 *Coroners and Justice Act* z 2009 r.) osoba, która dopuściła się zabójstwa w sytuacji utraty samokontroli (*loss of control*), odpowiada za *manslaughter*, a nie *murder*. Warunkiem łagodniejszej odpowiedzialności jest to, aby utrata samokontroli była następstwem

⁴³ Według ustawy członkiem rodziny jest mąż danej osoby, osoba, która pozostaje lub pozostawała w relacji intymnej z daną osobą, ojciec (ojczym) i matka (macocha) danej osoby, dziecko zamieszkujące z daną osobą, kurator danej osoby, osoba, która jest lub była członkiem domostwa danej osoby.

⁴⁴ Przemoc domową reguluje w Queensland osobny akt (section 8 *Domestic and Family Violence Protection Act* z 2012 r.).

kwalifikowanej okoliczności (*qualifying trigger*)⁴⁵ oraz aby osoba tej samej płci i w tym samym co sprawca wieku o normalnym stopniu tolerancji i opanowania zachowała się w tych samych co sprawca okolicznościach tak samo lub podobnie. Ustawa wyraźnie wskazuje, iż utrata kontroli nad sobą nie musi być nagłą. Prawodawca wprowadza domniemanie spełnienia przesłanek niniejszej częściowej obrony przed zarzutem morderstwa. Ulega ono dopiero obaleniu, gdy prokurator wykaże ponad racjonalną wątpliwość, iż przesłanek nie spełniono.

Responsywnością porządku prawnego na kobiecą naturę jest również traktowanie syndromu napięcia przedmiesiączkowego jako okoliczności wyłączającej winę oskarżonej, względnie przemawiającej za łagodniejszym dla niej wymiarem kary⁴⁶.

Sukcesem środowiska feministycznej jurysprudencji jest też inkorporowanie do aktów normatywnych oraz praktyki prawniczej pojęcia *gender* jako niesynonimicznego wobec płci biologicznej (*sex*). Termin „gender” zyskał akceptację także u konserwatywnych przedstawicieli amerykańskiego wymiaru sprawiedliwości. W zdaniu odrębnym do jednego z orzeczeń Sądu Najwyższego sędzia A. Scalia napisał: „wyraz *gender* uzyskał nowe i użyteczne znaczenie kulturowych czy dotyczących postaw cech (jako opozycyjnych wobec cech fizycznych) różnicujących płcie. To znaczy, *gender* jest tym dla płci, czym żeński dla kobiet, a męski dla mężczyzn”⁴⁷.

Podsumowanie

Wewnętrzna niemonolityczność feministycznej szkoły prawa utrudnia jej jednoznaczną ocenę. Biorąc pod uwagę feministyczną jurysprudencję *tout court* i abstrahując od specyfiki jej partykularnych nurtów, można sformułować kilka wniosków ogólnej natury.

Feministyczna szkoła prawa nie jest przykładem „intelektualnie wyrafinowanej” szkoły prawniczej w sensie wewnętrznej spójności, uporządkowania, klarowności i oryginalności swoich założeń. Nie może się równać stopniem kon-

⁴⁵ Ustawodawca do okoliczności tych zalicza: obawę sprawcy przed poważną przemocą ze strony ofiary w stosunku do niej samej lub innej konkretnej osoby; rzecz lub rzeczy powiedziane lub uczynione, które składają się na okoliczności szczególnie poważnego charakteru i które wywołały u sprawcy uzasadnione poczucie poważnego skrzywdzenia (z okoliczności tych wyłączono niewierność seksualną).

⁴⁶ Zob. L. Solomon, *Premenstrual Syndrome: the Debate Surrounding Criminal Defense*, „Maryland Law Review” 1995, vol. 54, nr 2, s. 571–600; P. Easta, *Premenstrual Syndrome (PMS) in the Courtroom*, http://www.aic.gov.au/media_library/publications/proceedings/16/easteal2.pdf

⁴⁷ *J. E. B. v. Alabama ex rel. T. B.*, 511 U.S. 127 (1994).

ceptualnego puryzmu np. z normatywizmem Hansa Kelsena⁴⁸. Feministyczna teoria prawa nie stworzyła całościowej czy domykającej się, w rozumieniu pewnej systemowości, wizji prawa, jego ontologii, epistemologii, aksjologii czy metodologii. Termin „teoria” jest zatem w nazwie tej szkoły poniekąd na wyrost. Przykładowo nie sposób wyróżnić typowo feministycznego zapatrywania na kwestie walidacyjne w odniesieniu do prawa. Przywołane feministyczne metody badania prawa są z kolei na tyle ogólne, iż nie łatwo przeformułować je w mającą bardziej instruktażową postać technikę badawczą. Na poziomie operacjonalizacji prawa metody te posiadają ograniczoną wartość utylitarną. Bardziej adekwatne, choć też nie w pełni zadowalające, byłoby określenie tytułowej szkoły mianem feministycznej filozofii prawa.

Feministyczną szkołę prawa znamionuje powiązanie twierdzeń empirycznych z normatywnymi. Od realizmu prawnego odróżnia ją to, iż nie poprzestaje na ustaleniu, jak prawo funkcjonuje, ale kładzie wyraźny nacisk na wyartykułowanie pożądanego kształtu prawa. Silny aspekt deontyczny, uwypuklenie postulatów *de lege ferenda*, wyróżnia feministyczną jurysprudencję od przedwojennego realizmu. Zdiagnozowanie jakim prawo jest, stanowi punkt wyjścia do nakreślenia jego optymalnej „prokobiecej” postaci. Szkoła ta ma postać wybitnie reformatorską. Zwykle ocena obowiązującego prawa wypada negatywnie – w sensie konstatacji, iż prawo to krzywdzi kobiety – stąd ciągłe wysiłki, aby je zmienić, ulepszać, zaadaptować do feministycznych haseł.

Uwagi krytyczne wywołują zarówno twierdzenia empiryczne feministycznej szkoły prawa, jak i ich nadbudowa w postaci twierdzeń normatywnych. Feministyczny ogląd rzeczywistości społecznej i prawnej pod kątem poszanowania interesów kobiet i ich emancypacji niejednokrotnie wydaje się być kontryfakcyjny. Tezy, w szczególności feminizmu radykalnego o patriarchalności całego porządku prawnego i jego następstwach w postaci prawnej legitymacji mężczyzn do zniewolenia czy zwłaszcza seksualnego uprzedmiotowienia kobiet, mają bardziej charakter aprioryczny niż aposterioryczny. Tezy te może prawidłowo oddają status kobiet w państwach średniowiecznej Europy, ale nie we współczesnych państwach Zachodu, których porządki prawne, jakkolwiek nieidealne, nie są generalnie źródłem krzywd i niesprawiedliwości realnie doświadczanych przez poszczególne kobiety. Uproszczony sposób postrzegania kobiet jako klasy ofiar i mężczyzn jako klasy oprawców jest artefakcyjnym kreowaniem pozorów nieuniknionej wojny płci. Tego typu etykietowanie czy stygmatyzowanie kobiet i mężczyzn nadaje dyskursowi prawnemu postać konfrontacjonizmu, gdzie oś

⁴⁸ „Intelektualne wyrafinowanie” normatywizmu nie oznacza, iż jest on teorią wolną od mankamentów. Ewidentną słabością normatywizmu jest chociażby konstrukcja jedynie „pomyślanej” czy „sfińgowanej” – w terminologii samego Kelsena – normy podstawowej (*Grundnorm*) spajającej cały system prawny.

podziału wyznacza płeć, a nie ponadgenderowa krzywdą jednych osób i wina oraz potrzeba odpowiedzialności drugich.

Oczywiście feministyczna szkoła prawa wykorzystuje też bardziej skonkretyzowane twierdzenia empiryczne oparte na danych liczbowych. Ustalenia kwantytatywne pozwalają wówczas uniknąć wrażenia ideologicznej stronniczości rzekomo tylko deskryptywnych twierdzeń, a takie skojarzenia towarzyszą ogólnym konstatacjom typu: „prawo jest patriarchalne”, „prawo jest męskim narzędziem wykorzystywania kobiet”. Problem leży jednak w tym, iż dane statystyczne nie są *per se* obiektywne, a ich miarodajność zależy m.in. od fachowości warsztatu badawczego osób gromadzących i przetwarzających pozyskane dane. Nie zawsze łatwo jest badaczowi wyzwolić się od ideologii, struktur i klas społecznych czy życiowych doświadczeń, które go ukształtowały. Pod ich wpływem formułuje pytania, odnotowuje odpowiedzi i interpretuje fakty. „To kim jest, przekłada się na to, o co pyta i co widzi”⁴⁹.

Przedmiotem doktrynalnego sporu jest np. kwestia skali przestępstw seksualnych, przemocy domowej czy molestowania seksualnego w miejscu pracy z udziałem kobiet jako ofiar. Często podawane przez środowiska feministyczne rozmiary powyższych patologii są istotnie większe od szacunków innych źródeł. Rozbieżności biorą się m.in. z przyjęcia u podstaw badań statystycznych takich, a nie innych ustaleń pojęciowych, nie zawsze później ujawnionych, a niekiedy wręcz skrywanych. Jeśli, mierząc skalę przestępstwa zgwałcenia kobiet, przyjmujemy feministyczne rozumienie gwałtu jako każdego aktu seksualnego pozbawionego afirmatywnej zgody kobiety, choćby bez użycia czy groźby użycia przemocy, to naturalnie, iż uzyskamy wynik świadczący o tym, że problem gwałtu dotyka znacznie więcej, nawet kilkakrotnie więcej kobiet, niż wskazywałyby konkurencyjne dane. Podobnie jeśli przez molestowanie seksualne będziemy rozumieli nawet niechciany przez kobietę komplement dotyczący jej sylwetki lub urody (np. „Masz ładną figurę”) czy też opowiedzenie w jej obecności niewulgarnego żartu o podtekście seksualnym, to wówczas okaże się, iż molestowania seksualnego doświadczyła niemal każda kobieta.

Szerokie ramy pojęciowe przemocy domowej określanej za pomocą terminów nieostrych i ocennych również będą skutkować wnioskiem, że ten typ

⁴⁹ S. Macaulay, *Versus The Old Legal Realism: “Things Ain’t What They Used To Be”*, „Wisconsin Law Review” 2005, s. 395. Dobrze by było, gdyby wyrażone w formie oznajmującej poniższe stwierdzenie J. Richardsona i R. Sandlanda stanowiło wierną charakterystykę feministycznej jureksprudenji: „Feministyczna teoria prawa jest dzisiaj wyrafinowana, pluralistyczna, bardziej ostra i ostrożna w swych argumentach, bardziej świadoma swoich własnych ograniczeń i braków, mniej dogmatyczna i bardziej dostrojona do niebezpieczeństw dogmatyzmu, bardziej świadoma również zagrożeń „teorii” oraz zamieszania mogącego wyniknąć z pomylenia „teorii” z prawdą”. J. Richardson, R. Sandland (red.), *Feminist Perspectives on Law & Theory*, Londyn 2000, s. 21.

przemocy jest udziałem większości czy wręcz wszystkich kobiet. Czymś ze wszech miar godnym pochwały jest związek dwojga małżonków, którzy przez lata swego pożycia nie pokłócili się, ale małżeństwa takie prawdopodobnie są wyjątkiem. Problematyczne jest zaklasyfikowanie do kategorii ofiary przemocy domowej kobiety tylko dlatego, że w kwestionariuszu ankiety odpowiedziała, iż zdarzało się jej uczestniczyć w kłótniach czy sprzeczkach z mężem, jej zdaniem przez niego sprowokowanych. Konceptualna „kauczukowość” przemocy domowej przy ideologicznie niewolnej tendencji interpretacyjnej sprawi, iż za ofiarę przemocy domowej będzie można uznać kobietę, która doświadczyła dyskomfortu psychicznego w związku z tym, że jej mąż zabrał pilot od telewizora, chcąc oglądać mecz, a nie telenowelę. Ten poniekąd groteskowy, przejaskrawiony i być może stereotypowy kazus nie służy bynajmniej bagatelizacji takich poważnych i *par excellence* traumatycznych przeżyć, jak gwałt (także małżeński), przemoc domowa czy molestowanie seksualne w miejscu pracy, ale obrazuje ograniczoną konkluzywność kwantytatywnego badania prawa i prawnie doniosłych zachowań.

Problem obiektywizmu badań empirycznych nie dotyczy tylko feministycznej jurysprudenckiej. Jest on typowy dla całego empirycznie zorientowanego prawnoznawstwa. Dywergencje w empirycznej ocenie poszczególnych zjawisk są do pewnego stopnia nieuchronne. Zagrożeniem dla wiarygodności każdej intelektualnej szkoły jest dopiero świadome manipulowanie danymi statystycznymi dla potrzeb pseudoracjonalizacji *ex ante* sformułowanych twierdzeń normatywnych. Świadomość tego niebezpieczeństwa powinna być udziałem zarówno przedstawicieli feministycznej jurysprudenckiej, jak i reprezentantów krytycznych wobec niej szkół prawniczych, korzystających w swej naukowej refleksji z podbudowy empirycznej.

Twierdzenia empiryczne, na których opiera się feministyczna teoria prawa, znamionuje różny stopień wiarygodności. Obok twierdzeń relatywnie niewątpliwych i udokumentowanych, następnie spornych i w końcu kontrfaktycznych występują także takie – najczęściej rangi metatwierdzeń, jak wspomniana teza o patriarchalności prawa czy teza o prawie jako instrumencie seksualnego uprzedmiotowienia kobiet – które zasadniczo nie poddają się kryteriom obiektywnej weryfikacji. Te ostatnie twierdzenia przyjmują postać dogmatów akceptowanych mocą wiary, zbliżając feministyczną jurysprudencką w tej części, w jakiej do tych twierdzeń sięga, do religii, a nie nauki.

Na poziomie normatywnym obiektywnie wobec feministycznej szkoły prawa są innej natury. Tezy normatywne można oceniać w myśl nonkognitywizmu nie przez pryzmat ich prawdziwości czy kontrfaktyczności, lecz w świetle konsekwencji ich materializacji dla systemu i porządku prawnego. Przyjęcie szeregu feministycznych postulatów w przedmiocie reformy prawa skutkowałoby potrzebą rewizji paradygmatów, na których opiera się zachodnia kultura prawna, tak prawa stano-

wionego, jak i *common law*. Jakkolwiek reprezentanci feministycznej juryspruden-
dencji do takiej zmiany świadomie dążą, to zarazem można odnieść wrażenie, iż
nie do końca antycypują praktyczne konsekwencje postulowanej reformy, a przy-
najmniej „skutków ubocznych” obok tych zakładanych i pożądanых.

Na czym bowiem miałyby polegać np. stosowanie się kobiety sędzi do hasel
feminizmu kulturowego? Kierowanie się przez nią w ramach działalności jurys-
dykcyjnej takimi „kobiecyymi” wartościami, jak empatia w miejsce litery prawa
niosłoby z sobą zagrożenie dla wartości pewności i bezpieczeństwa prawnego.
Być może *in concreto* doprowadziłyby to do bardziej słusznego rozstrzygnięcia
jednostkowych spraw, ale za cenę rezygnacji z przewidywalności prawa na rzecz
sędziowskiej dyskrecjonalności. Obieranie przez organ stosujący prawo optyki
kobiety w sprawach, w których jest pokrzywdzoną, za przykład czego może
służyć standard „racjonalnej kobiety” w sprawach o molestowanie seksualne,
pogwałca z kolei zasadę sędziowskiej bezstronności, czyniąc nieaktualnym sym-
boliczny wizerunek Temidy jako osoby z opaską na oczach. Bezstronność jako
rzekomo „męski” standard rozumowania służy prawdzie, a nie ją zniekształca.
Nie warto odchodzić od przesłania łacińskiej starożytnej maksymy: *Iustitia non
novit patrem nec matrem, solam veritatem spectat*.

Operacjonalizacja postulatów feminizmu radykalnego częstokroć skutkuje
reglamentacją wolności człowieka niż jej lepszą protekcją. W kontekście prakty-
ki amerykańskich sądów w sprawach o molestowanie seksualne podnosi się za-
rzut tłumienia wolności słowa. Koncepcja afirmatywnej zgody w odniesieniu do
przestępstwa zgwałcenia wymusza natomiast osadzanie interpersonalnych relacji
intymnych w odgórnie narzucone schematy i konwencje. Nakładanie na oskar-
żonego o gwałt ciężaru dowodu swej niewinności oznacza prawną afirmację
propagowanych przez niektóre przedstawicielki feministycznej juryspruden-
cji stereotypów czy konfabulacji, iż każdy mężczyzna to synonim gwałciciela
względnie potencjalnego gwałciciela. Takie same stereotypy – tym razem
krzywdzące kobiety – stały niegdyś u podstaw licznych orzeczeń amerykańskich
sądów⁵⁰. Wątpliwym sukcesem środowiska feministycznego byłoby zastąpienie
jednych uprzedzeń nowymi wyrastającymi ze swoistej *quasi*-androfobii.

Równie problematyczna jest implementacja hasel postmodernistycznego
nurtu feministycznej juryspruden-
cji. Konstruktywna reforma prawa wymaga
czegoś więcej aniżeli relatywistycznego dogmatu antydogmatowości. Porządek
prawny każdego państwa ma umocowanie w takim czy innym oglądzie rzeczy-
wistości fizycznej, społecznej i łączonej z wartościami sfery duchowej. Równno-

⁵⁰ Por. fragment uzasadnienia orzeczenia Sądu Najwyższego USA w sprawie *Bradwell v. Sta-
te of Illinois* [83 U.S. 130, (1873)]: „Najważniejszym przeznaczeniem i misją kobiety jest wypeł-
niać szlachetne i dobroczynne funkcje żony i matki. To jest prawo Stwórcy”. Argumentacja ta
stanęła u podstaw odmówienia kobiecie prawa do wykonywania zawodu prawnika.

uprawnienie absolutnie każdego punktu widzenia grozi anarchią. Pożądana re-sponsywność prawa na aksjologiczny pluralizm panujący we współczesnych społeczeństwach, ich różnorodność np. rasową, etniczną, światopoglądową nie daje jednak legitymacji do dekonstrukcji wszystkich kanonów konstytuujących tożsamość danej kultury i danego porządku prawnego. Intelktualną „manipulacją” jest podważanie obiektywnej prawdy, w myśl której „Męskość» i «kobiecość» odróżniają między sobą dwie jednostki o jednakowej godności, nie wyrażają one jednak równości statycznej, gdyż cechy właściwe kobiecości różnią się od cech męskich, a ta różnorodność w równości jest ubogacająca i nieodzowna dla harmonijnego ludzkiego współistnienia”⁵¹.

Niepokojące w feministycznej jurysprudencji jest lobowanie za inkorporowaniem do prawa równości rezultatu (równość materialna) w miejsce równości szans (równość formalna) kobiet i mężczyzn. Przykładem egalitarystycznie rozumianej sprawiedliwości jest instytucja parytetów płci na listach wyborczych w wyborach do parlamentu czy na stanowiska w organach władzy publicznej i spółkach skarbu państwa. Błędne jest założenie, że wszelka faktyczna asymetria stanowi oznakę dyskryminacji. Nie sposób mówić o dyskryminowaniu kobiet w polityce tylko dlatego, iż obsadzają one np. 20 czy 30 procent miejsc w parlamencie przy jednakowych z mężczyznami czynnym i biernym prawie wyborczym. Wymuszanie równości płci jako ścisłej identyczności pozycji faktycznej kobiet i mężczyzn przeczy jednostkowej wolności oraz autonomii i ujawnia brak szacunku dla świadomych jednostkowych wyborów. Praktyka taka jest paternalizmem (autor niniejszego opracowania nie zna genderowo neutralnego synonimu tego terminu) w czystej postaci. Propagowanie autorytatywnych – bo wymuszonych prawem – akcji afirmatywnych pozostaje niekoherentne z duchem demokratycznego liberalizmu. Zgodne z liberalizmem jest natomiast podejmowanie różnych akcji i inicjatyw społecznych ukierunkowanych na wzbudzenie u kobiet inklinacji do silniejszego angażowania się w polityce i biznesie.

Feministyczna szkoła prawa skutecznie inspiruje legislatywę i judykaturę różnych państw. Bezsprzecznym jej sukcesem jest zdolność determinowania reformy poszczególnych instytucji prawnych. Niektóre starsze od niej szkoły prawnicze i posiadające o wiele bardziej ugruntowaną w prawoznawstwie pozycję nie odcisnęły tak wyraźnego jak ona piętna na praktyce prawniczej, owym przysłowiowym *law in action*. Mając choćby tylko na uwadze fakt, iż wiele aktów tworzenia i stosowania prawa zostało podjętych w państwach anglosaskich pod wpływem założeń feministycznej jurysprudencji, nie sposób tej szkoły prawniczej ignorować, marginalizować czy krzywdząco postrzegać w kategoriach doktrynalnej egzotyki. Krytyczna ocena niektórych jej założeń czy postula-

⁵¹ *Kompendium Nauki Społecznej Kościoła*, za: http://www.vatican.va/roman_curia/pontifical_councils/justpeace/documents/rc_pc_justpeace_doc_20060526_compendio-dott-soc_pl.html

tów nie powinna przesłaniać ich pragmatycznej siły sprawczej w porządku prawnym.

Postulaty feminizmu, z czasem artykułowane przez feministyczną jurysprudencję, odegrały niewątpliwą rolę w emancypacji kobiet w porządku prawnym. Praktyka jurydyzacji haseł feminizmu liberalnego dowodzi, iż równouprawnienie kobiet nie musi odbywać się czyimkolwiek kosztem. Niestopniowalna i nie-naruszalna godność osoby ludzkiej wymaga równego szacunku dla praw każdego człowieka niezależnie od jego płci. Każda teoria prawa odchodząca od tego paradygmatu w imię preferencji dla optyki tej czy drugiej płci oddala się od nauki i zbliża do genderowego korporacjonizmu, w którym łatwo pomylić realne krzywdy i niesprawiedliwości z tymi wyimaginowanymi, a wymagające zwalczania zachowania patologiczne indywidualnych osób arbitralnie obwołać konsekwencją rzekomej systemowej maskulinizacji prawa. Należy życzyć sobie, aby feministyczna jurysprudencja na wzór jej antecedenji w postaci ruchu sufrażystek pozostawała w służbie autentycznych praw i potrzeb kobiet, a nie pozorne dobro kobiety stało się instrumentem w służbie ideologii. Skorzysta na tym feministyczna jurysprudencja, cała nauka prawa, a przede wszystkim kobiety.

FEMINIST JURISPRUDENCE AS A CONTEMPORARY SCHOOL OF LEGAL THOUGHT

Słowa kluczowe: feministyczna jurysprudencja, gender, emancypacja kobiet

Key words: feminist jurisprudence, gender, emancipation of women

Streszczenie

Feministyczna jurysprudencja zrodziła się na przełomie lat 60. i 70. ubiegłego stulecia w amerykańskim prawniczym środowisku akademickim. Artykuł przedstawia i poddaje krytycznej ocenie genezę i podstawowe założenia przedmiotowej teorii prawa. Feministyczna jurysprudencja stanowi połączenie twierdzeń normatywnych i empirycznych. Na poziomie deskryptywnym opisuje, czym jest prawo, jak funkcjonuje oraz w jaki sposób krzywdzi, marginalizuje i poniża kobiety jako klasę. Na poziomie normatywnym feministyczna jurysprudencja wzywa natomiast do odpowiedniej reformy prawa w zgodzie z interesami kobiet.

Opracowanie ujawnia błędy feministycznej teorii prawa na obu wskazanych poziomach. Niektóre tezy opisowe opierają się na empirycznie fałszywych, wątpliwych albo nieweryfikowalnych danych, np. „Prawo jest patriarchalną instytucją”, „Prawo jest narzędziem seksualnego uprzedmiotowienia kobiet” czy „Wszyscy mężczyźni są potencjalnymi gwałcicielami”. Prawna operacjonalizacja różnych feministycznych postulatów poddaje z kolei w wątpliwość paradygmaty konstytuujące zachodnie porządki prawne, np. koncepcja afirmatywnej zgody – znajdująca zastosowanie w sprawach przestępstw seksualnych – skutkuje przesunięciem ciężaru dowodu, a w konsekwencji zanegowaniem domniemania niewinności oskarżonego.

Autor kończy rozważania artykulacją życzenia, aby feministyczna jurysprudencja pozostała w służbie autentycznych praw i potrzeb kobiet, tak jak było to udziałem jej antecedenji, tj. ruchu sufrażystek, ponad wiek temu.

Summary

Feminist jurisprudence was born in the 60–70's of the last century in American legal academic circles. The paper presents and critically assesses the genesis and basic tenets of the given theory of law. Feminist jurisprudence is a combination of descriptive and normative statements. On descriptive level feminist legal theory demonstrates what the law is, how it works and the ways in which it hurts, marginalizes, demeans women as a class. On the normative level feminist jurisprudence calls for the appropriate reform of the law in accordance with the interests of women. The article reveals feminist legal theory's faults on both levels. Some descriptive claims are based on empirically false, dubious, disputed, stigmatizing or unverifiable data, eg. „Law is patriarchal institution”, „The law is a tool of sexual objectification of women” or „All men are potential rapists”. Legal operationalisation of various feminist demands in turn challenges the paradigms that constitute the identity of Western legal orders, eg. the conception of affirmative consent in sexual offences cases results in shifting the burden of proof and consequently infringement of the presumption of innocence. In conclusion the author wishes the feminist jurisprudence remained in the service of genuine rights and needs of women, like its antecedence, namely suffragette movement, over a century ago.