

## WŁADZA PRAWA

CAROL SMART

Rozdz. 1 w: *Feminizm i władza prawa*. Londyn i Nowy York: Routledge. ss 4-26.

Tekst przetłumaczony i reprodukowany za zgodą © Francis & Taylor Books UK

© polskie tłumaczenie Fundacja Imienia Tomka Byry Ekologia i Sztuka

### WSTĘP

Celem tej pracy jest zbadane, w jaki sposób prawo sprawuje władzę oraz do jakiego stopnia przeciwstawia się i odrzuca alternatywne przedstawianie rzeczywistości społecznej. Ważne jest, aby na wstępie wyjaśnić, co rozumie się przez „prawo”, bowiem posługiwanie się tym pojęciem w liczbie pojedynczej zazwyczaj sugeruje, że prawo jest zbiorem wiedzy/reguł, spójnym w intencji, teorii oraz praktyce. Ja odrzucam tę koncepcję jedności prawa, ponieważ prawo działa w odniesieniu do ścierających się ze sobą zasad i skutków sprzecznych na każdym poziomie, od wyroków sądu najwyższego do prawa administracyjnego. Mamy obecnie do czynienia, jak wskazuje Hirst (1986), z poważnym sporem o istotę prawa. Niemniej, w powszechnym ujęciu jawi się jako jednolity i pojedynczy zbiór. Dlatego też prawo wyznacza wielość zasad, form wiedzy, zdarzeń, a jednocześnie dzięki powszechnemu użyciu pojęcia „prawo” postrzega się jako jedność. Udowodnię, że jest wręcz wzmacniane przez swój „pojedynczy” obraz. Należy zauważyć, że użycie pojęcia „prawo” działa jak żądanie władzy, gdyż wyraża roszczenie do nadrzędnego, jednolitego pola wiedzy, zostawia mało miejsca dla innych konkurencyjnych dyskursów, które w porównaniu z nim nie są w stanie ukazać się w tak jednolitej postaci. Zachowam więc pojęcie „prawo”, dlatego, że ta władza definiowania (siebie i innych dyskursów) jest częścią władzy prawa, którą pragnę zbadać. Ponadto, interesuje mnie

umiejętność prawa do narzucania swojej definicji wydarzeń na życie codzienne. Zbadam, na przykład, dlaczego prawna definicja gwałtu ma pierwszeństwo nad definicjami kobiet i jak prawo, pomimo nasilających się sprzeciwów ze strony innych dyskursów, takich jak feminizm, jest w stanie zachować zdolność uzurpowania sobie prawa do definiowania prawdy o rzeczywistości.

Następnie postaram się ukazać feministyczne analizy prawa oraz ustanowić nową teoretyczną podstawę dla zmagania z dyskursem prawnym. Wydaje się obecnie, że w obliczu porażki wpływu feminizmu na prawo oraz porażki wpływu prawa na zmianę jakości życia kobiet, feministyczna „teoria prawa” jest unieruchomiona. Feministyczna nauka została uwięziona w debatach dotyczących „pożyteczności” prawa w kwestii emancypacji kobiet, względnych zalet „równości” w porównaniu z „różnicą” jako strategiami, albo stopnia, do którego prawo jest odbiciem interesów patriarchy lub po prostu mężczyzn. Są to konieczne debaty, ale ich ogromną wadą jest przyznawanie prawa właśnie tej władzy, którą prawo może wykorzystać przeciwko żądaniom kobiet. Jest to dylemat, przed którym stają wszystkie ruchy polityczne. a mianowicie: problem rzucenia wyzwania pewnej formie władzy bez akceptowania jej własnego zakresu, bowiem oznacza to przegranie bitwy zanim się ona rozpoczęła. Ujmując to najprościej, feminizm akceptując zasady prawa w celu ich zakwestionowania zawsze oddaje zbyt wiele. Dlatego też, przyjrę się pewnym sposobom unikania takiego postępowania i pokażę znaczenie jakie mają próby „de-centracji” prawa, gdziekolwiek to jest możliwe. Rozumiem przez to znaczenie myślenia o strategiach nie koncentrujących się na prawie oraz nie odwoływanie się do zasad prawa jakby było ono kluczem do rozwiązania kwestii opresji kobiet. To szukanie ratunku w prawie dotyczy nie tylko bezpośrednich propozycji politycznych, ale również kwestii wiedzy naukowej. Poddaję, na przykład, w wątpliwość dążenie do ustanowienia feministycznego prawoznawstwa i orzecznictwa, jeśli to przedsięwzięcie jedynie kwestionuje formę prawa, a pozostawia nietkniętą kwestię szczególnej roli prawa w porządkowaniu życia codziennego. Nie twierdę, że możemy po prostu znieść prawo, ale że możemy oprzeć się inwazji prawa i postępującej hegemonii porządku prawnego.

Do pewnego stopnia wymaga to przemyślenia dobrze znanych kwestii, jak i również próby myślenia w inny sposób. Dlatego też nie będę usprawiedliwiać się, że poruszam tak często

dyskutowany temat, wkraczam na tak obojętny obszar jakim jest gwałt, ale zrobię to w inny sposób niż dotychczas. Oznacza to również, że nie będę, na przykład, zgłaszać politycznych propozycji odnośnie sposobu zreformowania prawa dotyczącego gwałtu. Skoncentruję się raczej na tym, jak podtrzymać dyskurs feministyczny w obliczu ciągłego poddawania w wątpliwość jego prawomocności oraz na dekonstrukcji dyskursywnej władzy prawa. Nie chodzi wyłącznie o promowanie feministycznej polityki – zaiste jesteśmy coraz bardziej świadome jej ograniczeń. Moim celem jest raczej pokazanie, że jeśli dyskursy feministyczne mają osiągnąć silniejszą pozycję, należy uporać się z prawem na poziomie pojęciowym.

## WPLYW FOUCAULT

Pojęcia takie jak prawda, władza, oraz wiedza są dla tego przedsięwzięcia kluczowe i dlatego też ważne jest powołanie się na ich źródło w pracach Foucault. (W celu pełnego wglądu w problem poruszony w tej pracy konieczne jest zapoznanie się ze szczegółowymi pracami takimi jak teksty Gordona 1980; Smart 1983, 1985; Cousins'a i Hussain'a 1984; Couzens Hoy 1986. Dlatego właśnie w kolejnych częściach pokażę jakie znaczenie mają te koncepcje dla feministycznej analizy prawa. W szczególności zmierzę się z obecną w pracach Foucault tendencją, mianowicie tym, że bardziej owocne jest analizowanie procesów władzy poza instytucjami prawa, ponieważ siła dyskursu prawnego maleje. Nie twierdzę, że poza-prawne sposoby regulacji są coraz ważniejsze, ale poruszę kwestię istotnych przeszkód, jakie władza prawna stawia feminizmowi, oraz tego, że, podczas gdy inne mechanizmy dyscypliny się rozwijają, to prawo jako takie może wykorzystać te mechanizmy w celu zwiększenia swojej władzy. Dlatego też, jestem przekonana, że skoncentrowanie się na mechanizmach dyscyplinujących (na przykład psychiatrii i psychologii) nie powinno wywoływać przekonania, że prawo jest mniej znaczącą stroną relacji władzy. Na koniec rozważę kwestię prawnych metod (tzn. procesów, za pomocą których prawo dochodzi do swojej wersji Prawdy) oraz tego, jak w tym procesie dyskwalifikowane są inne formy wiedzy, które mogą być zakorzenione w feminizmie.

## WŁADZA, PRAWDA, WIEDZA

### *Władza*

...w klasycznej teorii prawa władza traktowana jest jako prawo, które można posiadać, podobnie jak towar i które można przekazać lub sprzedać, w całości lub w części, na drodze czynności prawnej lub innej czynności ustanawiającej prawo, takiej jak cesja lub umowa. Władza jest tą konkretną władzą posiadaną przez każdą jednostkę, pozwalającą ustanowić na drodze całkowitej albo częściowej cesji władzę polityczną lub suwerenność.

(Gordon: 1980: 88)

Tak sformułowaną koncepcję władzy Foucault odrzuca. Próbuje on skonstruować nieekonomiczną analizę władzy, która lepiej odzwierciedla mechanizmy władzy w XX wieku. Pojęcie władzy jako towaru „posiadanego” przez pewnych ludzi lub grupy ludzi (zazwyczaj dzięki rozporządzaniu bogactwem albo zasobami finansowymi) jest niewystarczające do zrozumienia współczesnego społeczeństwa. Społeczeństwo, twierdzi Foucault, zostało przekształcone w ten sposób, że o ile w przeszłości istniało połączenie między władzą a uprawnieniami sądowymi, to obecnie już tak nie jest. Rozpoznawana przez Foucaulta przemiana polega na rozwoju społeczeństwa dyscyplinarnego. Rozumie on przez to rozwój nowych form wiedzy (takich jak medycyna, kryminologia, pedagogika, epidemiologia, itd.), które doprowadziły do wytworzenia „nowoczesnej *episteme*”. Te formy wiedzy tworzą nowy obszar badania i przynoszą nowe sposoby inwigilacji i kontroli populacji. Stąd przestępca nie jest już tym, kto łamie prawo i musi zostać ukarany. Jest spatologizowany, musi zostać poddany ścisłej obserwacji, a w końcu leczeniu czy normalizacji. Proces ten, szczegółowo analizowany przez Foucaulta w *Nadzorować i karać* (1993), *Narodziny kliniki* (1999), *Historia Szaleństwa* (1987), *Historia seksualności* (1995), odnosi się do wszystkich obszarów życia społecznego. Foucault ukazuje nowy sposób regulacji, mechanizmy dyscyplinowania – „ściśle powiązaną sieć

dyscyplinarnych środków przymusu, których celem jest, w rzeczywistości, zagwarantowanie przymusu” (Gordon 1980: 106).

Skoncentrowanie się przez Foucault na rozroście społeczeństwa dyscyplinarnego jest przejawem głębszego zainteresowania mechanizmami władzy, a nie „starymi” pytaniami o to, kto posiada władzę. Foucault odrzuca również tendencję obecną w tradycyjnych sformułowaniach władzy, gdzie traktuje władzę jako negatywną, represyjną i sądowniczą. Twierdzi on natomiast, że władza jest twórcza i techniczna, co oznacza, że mechanizmy władzy wytwarzają ogniska oporu i lokalne walki, co prowadzi do pojawienia się nowych form wiedzy i oporu. Tak więc, władza jest produktywna, nie tylko jako negatywna sankcja zatrzymująca lub ograniczająca opozycyjne strategie rozwoju. Jednakże, widać wyraźnie, że mimo nowych sposobów myślenia, które umożliwia foucaultowska rekonceptualizacja władzy, bardzo trudno jest porzucić dawną koncepcję władzy. Dlatego też, nie tylko w dalszym ciągu mówimy o władzy jako o towarze, ale również zachowujemy się tak, jakby nim była. Jak zauważa Taylor,

Foucault twierdzi, że o ile nie przestaliśmy mówić i myśleć w kategoriach tego modelu (tzn. władzy jako systemu rozkazów i zasad posłuszeństwa), to właściwie żyjemy w całkiem odmiennych relacjach władzy, które nie mogą zostać odpowiednio opisane za pomocą ich własnych pojęć. To, co podlega władzy nowoczesnych technologii jest czymś zupełnie innym, bowiem nie odnosi się do prawa, ale do normalizacji.

(Taylor 1986: 75)

Pojawia się pytanie, „dlaczego nadal przyglądamy się starym formom władzy, skoro nie są one odpowiednie?” Co ciekawe, Foucault nie lekceważy prawa i starych form władzy, jak sugeruje Taylor. Jednakże trudno jest wyraźnie stwierdzić, co ma on do powiedzenia w tej kwestii, skoro jak sam Foucault przyznaje, był on bardziej zainteresowany mechanizmami władzy w ich skrajnej postaci (tzn. tam, gdzie są najmniej podobne do prawa) niż w ich rdzeniu (czyli prawem jako takim i instytucjami prawa). Nie wydaje się on mówić, że prawo i stare mechanizmy władzy, nie są już ważne – chociaż zdaje się twierdzić, że takimi się staną. Dlatego

też, powinniśmy mówić o dwóch symbiotycznych mechanizmach władzy, które działają jednocześnie, przy czym stare mechanizmy zostaną ostatecznie skolonizowane przez nowe.

Natomiast moim zdaniem, władza w naszych czasach sprawowana jest równocześnie przez to prawo i te technologie, oraz, że te technologie i dyskursy, którym te dyscypliny dają początek, naruszają obszar prawa sprawiając, że procedury normalizacji jeszcze silniej kolonizują procedury prawa.

(Gordon 1980: 107)

Tak więc Foucault postrzega starą władzę (a co za tym idzie, znaczenie prawa) jako tracącą na znaczeniu. Ja jestem mniej pewna, czy ma to miejsce. Można raczej wysunąć odwrotne przypuszczenie; na przykład rosnąca legalizacja codziennego życia od momentu poczęcia (czyli zwiększające się prawa płodu) do prawnej definicji śmierci (tzn. śmierci mózgu lub śmierci „ciała”). Możliwe, że w niektórych przypadkach prawo jest kolonizowane, ale w innych, jak to udowodnię poniżej, prawo zwiększa swój wpływ.

Powinniśmy więc myśleć w kategoriach dwóch równoległych mechanizmów władzy, wraz z ich własnymi dyskursami – dyskursem praw i dyskursem normalizacji. Foucault mówi nam o wiele więcej na temat tego drugiego niż tego pierwszego, który jednak nie jest, w żadnym wypadku, zbyteczny (nawet jeśli wieści się jego zniknięcie). Wywołuje to wiele kwestii. Na przykład, jakie zachodzą relacje między tymi dwoma mechanizmami w konkretnych obszarach w odróżnieniu do szerokich uogólnień? Czy możemy zobaczyć nierówny rozwój tej kolonizacji prawa? Co to znaczy dla strategii politycznej, jeśli w ogóle coś znaczy? Foucault, na przykład, sugeruje, że nie ma większego sensu wracać do prawa (dyskursów prawa), jako strategii radzenia sobie z wdzierającą się inwigilacją, ponieważ obecnie są one symbiotycznie połączone. Nie odpowiem teraz na wszystkie te pytania, ale zbadam obszar wzajemnego oddziaływania tych dwóch mechanizmów, aby ukonkretnić tę, do tej pory, abstrakcyjną dyskusję. Przedtem jednak pokrótce rozważę pojęcia prawdy i wiedzy.

### *Prawda/wiedza*

Posługując się pojęciem prawdy, Foucault nie ma na myśli „zespołu prawd, które mają zostać odkryte i zaakceptowane”. Przeciwnie, Foucault używa go w odniesieniu do „zestawu reguł umożliwiających oddzielenie prawdy i fałszu i konkretnych efektów władzy związanych z prawdą” (Gordon 1980: 132 ). Nie zajmuje się tym, co zwykle uważa się za przedmiot poszukiwań nauki, czyli odkrywaniem prawdy, ale jest zainteresowany odkrywaniem, w jaki sposób pewne dyskursy utrzymują, że głoszą prawdę i mogą w ten sposób sprawować władzę w społeczeństwie, które ceni to pojęcie prawdy. Uważa on, że pretendowanie do bycia nauką mówienia głosem naukowca, tworzenia prawdy naukowej jest w rzeczywistości sprawowaniem władzy, ponieważ roszczenie do naukowości nadaje innym formom wiedzy niższy status, niższą wartość. Te formy wiedzy, które są nazywane wiarą, doświadczeniem, biografią, i tak dalej, klasyfikowane są jako gorsze formy wiedzy. Mają one mniejszy wpływ, oraz są wykluczane. Definiować jakieś pole wiedzy jako naukę to twierdzić, że głosi ona prawdę i że można ją w korzystny sposób porównać do cząstkowych prawd i półprawd będących typowym przykładem nienaukowych dyskursów. Foucault nie porównuje roszczeń naukowców do prawdy, a więc i sprawowania władzy, do roszczeń prawników. Prawo nie pasuje do tej dyskusji o nauce, wiedzy i prawdzie, ponieważ, jak już zauważyłam wskazałam, Foucault przedstawia je w odniesieniu do reżimu władzy poprzedzającego nowoczesną episteme. Mimo to, twierdzą jednak, że istnieją bliskie podobieństwa odnośnie tego „roszczenia do prawdy” i skutków władzy, jakie to roszczenie przyznaje. Nie twierdzą, że prawo usiłuje ogłosić się nauką, ale z drugiej strony nie musi. Prawo ma swoje własne metody, swój własny poligon doświadczalny, swój własny wyspecjalizowany język i system wyników. Może być obszarem wiedzy o mniejszym statusie niż te uznawane za „prawdziwe” nauki, i niemniej nie oddziela się od innych dyskursów w taki sam sposób jak robi to nauka.

Posłużenie się przykładem może okazać się tutaj przydatne. W obszarze prawa rodzinnego dochodzi do ciągłego wkraczania tego, co stało się znane jako zasada opieki społecznej. Dlatego też, decyzje dotyczące dzieci są zazwyczaj oparte raczej na pojęciu opieki społecznej niż na bardziej tradycyjnych koncepcjach takich jak prawa. W rezultacie konieczne stało się

odróżnienie się prawa od opieki społecznej. Dyplomowani prawnicy są świadome swoich podstaw wiedzy i wyżej oceniają swoje własne umiejętności niż umiejętności laików, którzy są wewnątrz systemu prawa (np. urzędników administracyjno-sądowych i pracowników społecznych). Poniższe stwierdzenia z wywiadów przeprowadzonych wśród adwokatów w Sheffield w 1980 roku wyraźnie ukazują zakładaną przez prawo hierarchię wiedzy. (Pełne przedstawienie tych wywiadów można znaleźć w Smart 1984.)

1. Czasami chciał/a/bym, żeby [sędzia] zwrócił, po prostu, uwagę na same strony i ocenił jako prawnik poszczególne osoby, niż jak to się czasami zdarza, [zwracając uwagę [na] w mojej książce, [na] niedoświadczonych, niewyszkolonych pracowników [tj. pracowników socjalnych]

2. [Co do wpływu sprawozdań na temat opieki społecznej] uważam, że bardzo dużo zależy od sędziego Sądu Okręgowego. Uważam, że sądy pokoju są bardziej pod ich wpływem. Sadzę, że sędziowie przywykli do podejmowania decyzji w *oparciu o dowody* i co myślą o stronach, które przed nimi stają, natomiast sędziowie pokoju są z reguły mniej pewni siebie.

3. [Ogólnie w odniesieniu do sędziów pokoju]

.....trzeba być ekspertem, żeby trafnie przewidzieć, w którą stronę [sędziowie pokoju] zrobią zwrot... oni i tak są dość nieprzewidywalni, i podejmują decyzję, które, jak się wydaje, nie opierają się na niczym *normalnym*.

Tak więc prawo stawia się ponad innymi formami wiedzy takimi jak psychologia, socjologia, czy zdrowy rozsądek. Twierdzi, że dysponuje metodami ustalania prawdy o zdarzeniach. Głównym narzędziem tych roszczeń jest metoda prawna nauczana na wydziałach prawa, której zamierzam się bliżej przyjrzeć. „Powszechniejszą „wersją tych roszczeń stanowi jednak proces karny uważany, poprzez kontrydiktoryjny system, jako pewna baza do orzekania o winie lub



niewinności. Sędziowie i ława przysięgłych mogą skorygować decyzje prawa; to, że pewni sędziowie sądów najwyższych mogą uchylić pewne decyzje jedynie potwierdza, że system *ostatecznie podejmuje właściwą decyzję*.

Roszczenia prawa do prawdy nie są wyraźnie widoczne w praktyce, ale raczej w ideale prawa. W tym sensie nie ma znaczenia, że zawodowcy mogą nie spełnić oczekiwań tego ideału. Analogicznie do nauki akademickiej, roszczenia do naukowości jest roszczeniem do władzy, nie ma znaczenia, że eksperymenty nie potwierdzają założeń a medycyna nie może znaleźć remedium na wszystkie choroby. Chodzi o to, że nadajemy tak wysoki status pracy naukowej, że jej prawda przeważa nad innymi prawdami, co więcej odmawia innym możliwości. Nie przyznajemy takiego statusu prawu, chociaż działamy tak, jakby system prawny był dysponariuszem prawdy (tzn. właściwych decyzji), i z pewnością dajemy nadajemy większe znaczenie sędziowskiemu orzeczeniu winy niż deklaracjom niewinności oskarżonego. Co więcej, niektórzy twierdzą, że „prawem jest to, co sędzia uznaje za prawo”. Sędzia uznawany jest za człowieka mądrego, o dużej wiedzy, a nie za zwykłego technika uprawiającego swoje rzemiosło.

Jeśli zgodzimy się, że prawo, tak jak nauka, zgłasza roszczenia do prawdy i jest to ściśle związane z korzystaniem z władzy, zobaczymy, że prawo sprawuje władzę nie tylko przez swoje materialne skutki, ale również przez to, że dyskwalifikuje inne formy wiedzy i inne doświadczenia. Władza nie mająca charakteru prawnego jest zatem podejrzana i/lub drugorzędna. Codzienne doświadczenia, w punktu widzenia ich znaczenia dla jednostek, mają małe znaczenie. Zanim staną się one kwestiami „prawnymi” i będą mogły zostać rozpatrzone przez system prawny, muszą zostać przedstawione w innej formie (Cain 1979). Aby system działał sprawnie, niezależnie czy jest on karny czy cywilny, najlepiej jest, jeśli wszystkie strony są prawnie reprezentowane i mówią jak najmniej (tzn. są nieme). Dla prawnika problemem jest to, że strona w procesie może podnieść kwestię nie związaną, z punktu widzenia prawa, ze sprawą, albo mimowolnie może powiedzieć coś, co ma nieznaną dla niego/niej znaczenie prawne. Proces prawny przekłada zatem codzienne doświadczenie na znaczenia prawne, wyklucza wiele kwestii, które mogłyby być istotne dla stron, oraz opiera swoje wnioski na

spisanej lub okrojonej relacji. Oczywiście, strony nie zawsze są uciszane, ale mam nadzieję pokazać, że sposób w jaki pozwala się im mówić, i jak ich doświadczenia są przekształcane tak, aby mogły być przetrawione i przetworzone przez prawo, jest demonstracją władzy prawa do wykluczenia alternatywnych opisów rzeczywistości.

Prawo stawia się poza porządkiem społecznym, jak gdyby przez zastosowanie rygoru i metod prawa, stawało się czymś niezależnym, co z kolei może świadczyć o świecie, od którego jest oderwane. Rozważmy poniższy cytat z Lorda Denninga, napisany, gdy sprawował funkcję *Master of Rolls* (tzn. głowy/Przewodniczącego Sądu Apelacyjnego i Zwierzchnika Archiwum Sądowego).

Poprzez szereg ustaw, począwszy od 1870 roku, wszystkie przeszkody prawne żon w kwestii własności zostały usunięte. Zameężna kobieta ma obecnie prawo do własności osobistej i zarobków, tak samo jak jej mąż ma prawo do swoich. Jej kapitał i udziały pozostają jej własnością. Podobnie jak jej prezenty ślubne; jak również jej zarobki. Może ona w pełni dysponować wszystkimi dobrami tak samo jak każdy mężczyzna... Nie jest już zależna od swojego męża. Ma prawo wychodzić do pracy oraz pracować na własne utrzymanie i korzysta z niego. Jej równouprawnienie jest całkowite.

(Denning 1980:200)

W tym stwierdzeniu, to prawo dało kobietom niezależność (uznając chwilowo ich formalne równouprawnienie). W ten sposób prawo jest traktowane jakby było poza społeczeństwem, jakby wykraczało poza i oddziaływało na nie. Istotnie, im bardziej wydaje się ono być jednolitą dyscypliną, która podlega tylko swojej wewnętrznej, spójnej logice, tym silniejsze się staje. Nie chodzi tylko o to, że w tym fragmencie Denning pomija to, ile kobiet przykuło się do krat, demonstrowało i lobbowało w parlamencie, aby zmienić prawo, ani również o to, że nie bierze pod uwagę dramatycznych zmian pozycji ekonomicznej kobiet, które pojawiły się niezależnie od prawa, ale o to, że przedstawia prawo jako rodzaj suwerena, który może dać albo odebrać prawa. (Wracamy tutaj do foucaultowskiego pojęcia „starej” władzy prawa.) W ten sposób prawo jest

konstruowane jako siła linearnego postępu, światełko w tunelu, które ma nas wyprowadzić z ciemności. Nie dlatego jest to istotne, że jeden sędzia (bez znaczenia jak bardzo wybitny), stwierdza to, ale dlatego, że takie podejście stało się zdroworozsądkowe. Wszechobecny jest pogląd, że prawo może naprawiać krzywdy. Tak jak medycyna jest raczej postrzegana jako lecznicza niż związana z komplikacjami (jatrogena), tak prawo jest raczej postrzegane jako służące dobru niż wyrządzające krzywdę. Przydatne może być ukucie pojęcia „jurydogenny” w celu spojrzenia na prawo jako na sposób konceptualizacji krzywdy, którą prawo może wytworzyć jako konsekwencję swoich działań. Związane są z tym dwie kwestie. Pierwsza dotyczy pojęcia prawa jako siły dobra (albo zła), druga dotyczy pojęcia prawa nie będącego żadną siłą. Obie należy dokładnie zbadać. Jeśli poprzestaniemy na stwierdzeniu, że prawo jest siłą dobra albo zła przyznamy, że prawo jest siłą – w istocie zakłada to, że po prostu chcemy zmienić jego cel. Jeśli pójdziemy o krok dalej możemy zacząć problematyzować, kwestionować, czy nawet redefiniować rzekomo prawowite miejsce prawa w porządku rzeczy. Ostatecznie jest to najbardziej potrzebny projekt.

Na koniec, w tym fragmencie dotyczącym prawdy i wiedzy, zamierzam rozważyć sposób, w jaki prawo rozszerza swoje roszczenia, poza wypowiedaniem prawdy o prawie, na inne obszary życia społecznego. Istotne w tej tendencji jest to, że ramy takich wypowiedzi pozostają prawne i dlatego też zachowują władzę prawną. Ujmując to przenieś, sędzia nie zdejmuje peruki, kiedy wygłasza uwagę, na przykład, na temat seksualnej moralności w procesach dotyczących gwałtu. Zachowuje on autorytet wynikający z wiedzy prawnej i „prawdy” prawa, ale stosuje go do nieprawnych kwestii. Jest to forma imperializmu prawa, gdzie legalność roszczeń prawa rozciąga się na każdą kwestię życia społecznego.

Dlatego też Lord Denning stwierdza, że

Nieważne jak będzie się kwestionować i argumentować, nie można zmienić tego, że kobiety całkowicie różnią się od mężczyzn. Głównym zadaniem w życiu kobiety jest rodzić i wychowywać dzieci: ... On jest tym fizycznie silniejszym, a ona jest tą słabszą. On jest z natury bardziej agresywny, a ona bardziej uległa. To on wykazuje inicjatywę, a ona reaguje. To

zróżnicowanie roli i usposobienia prowadzi do różnic w poglądach, których nie można ignorować. Ale żadna z nich nie jest powodem do podporządkowywania kobiet mężczyznom.

(Denning 1980: 194)

Denning wyraża tutaj pewną Prawdę o naturalnych różnicach między kobietami i mężczyznami. Łączy on Prawdę wyrażaną przez socjobiologię (czyli prawdę „naukową”) z Prawdą wyrażaną przez prawo. Jasno stwierdza, że spór o to nie ma sensu; ktokolwiek się z tym nie zgadza jest, z definicji, głupcem. W ten sposób stanowisko feministyczne jest konstruowane jako forma „zdyskwalifikowanej wiedzy”, podczas gdy stanowisko przyrodnicze, o wrodzonych różnicach między płciami, otrzymuje status legalnej Prawdy. Zarówno prawo, jak i determinizm biologiczny są tutaj afirmowane, prawo zaś potwierdza się przez czynienie dobra.

Warto w tym miejscu podsumować główne punkty mojej dotychczasowej argumentacji. Wskazałam, że foucaultowska analiza władzy umiejscawia prawo jako część *ancien regime*'u oraz, że prawny dyskurs praw jest wciąż istotnym narzędziem władzy, ale jest on kolonizowany przez dyskurs dyscyplinarny. Stwierdziłam, że skoro takie sformułowanie jest przekonujące, musimy dalej przyglądać się specyficznym przypadkom konfliktu pomiędzy starymi i nowymi mechanizmami władzy. Zaczęłam również rozważać sposoby, za pomocą których prawo sprawuje władzę w formie podobnej do rozwoju władzy kojarzonej z wiedzą naukową. Pomimo, że prawo nie jest „nauką”, jest w stanie doskonale wysuwać te same roszczenia do prawdy, co nauki i w ten sposób sprawować władzę, która nie jest niczym zagrożona. Co więcej, można twierdzić, że prawo rozszerza swoją dominację dzięki temu, że społeczeństwa zachodnie coraz chętniej rozwiązują problemy na drodze sądowej i coraz więcej kwestii dotyczących polityki społecznej czy ekonomicznej rozwiązują przez mechanizmy posiadające status prawny. Zanim powrócę do analizowania kwestii metod prawnych i wykluczenia feminizmu jako „dyskwalifikowanej wiedzy”, sięgnę po dwa konkurujące przykłady konfliktu między starymi i nowymi mechanizmami władzy.

NOWE I STARE MECHANIZMY WŁADZY

Jak to powyżej omówiłam, Foucaulta wielokrotnie odnosi się do prawa, albo chociaż do postaci władzy sądowniczej, ale nie kieruje swojego genealogicznego spojrzenia na prawo w taki sposób jak na medycynę i nauki społeczne. Nie wyjaśnia, jednak „kwestii prawa, którego podwaliny zostały położone przed XVII i XVIII wiekiem i które powołało inne formy władzy niż niedawno powstałe dyskursy takie jakie nauka medycyna (przeciwstawiona sztukom uzdrawiania). Prawo poprzedza również rozwój nauk społecznych i tego, co Foucaulta nazywa „nowoczesną *episteme*”, gdzie człowiek staje się przedmiotem wiedzy i naukowych zabiegów. Wiele foucaultowskich genealogii właściwie decentruje prawo jako główny historyczny podmiot albo sposób kontroli. Foucaulta raczej koncentruje się na nowopowstałych formach regulacji i nadzoru, i stwarza dla nas wizję społeczeństwa dyscyplinarnego, gdzie władza prawa zmniejsza wraz z rozwojem bardziej zróżnicowanych form dyscypliny. Wydaje się, że rozwój nowych form władzy jest „przeciwko” prawu. Jak powyżej stwierdziłam, Foucault opisuje walkę między „nowymi” i „starymi” sposobami urządzania władzy.

Status prawa w nowoczesnych społeczeństwach jest w opisie Foucaulta czymś niepewnym. Możemy pomyśleć, że skoro zaczynają dominować inne sposoby sprawowania władzy (np. przez normalizację), traci ono na znaczeniu. Mam jednak dużo wątpliwości co do tego, że prawo jest po prostu wypierane, ale nie możemy stwierdzić, że prawo pozostaje niezmienione – jest reliktem czasów przednowoczesnych. Przyjrzę się tej kwestii w odniesieniu do prawa regulującego prywatne sfery rodziny i reprodukcji.

Te właśnie obszary prawa pokrywają się z tymi częściami społeczeństwa, które mają kluczowe znaczenie dla rozwoju społeczeństwa dyscyplinarnego (Foucault 1979b; Donzelot 1980). Donzelot analizował wzrost związków między rodziną, medycyną i „psy” dyscyplinami (takimi jak psychiatria, psychologia, psychoanaliza) w tworzeniu gospodarstwa domowego jako intymnego miejsca dyscyplinowania. Foucault omawiał seksualność dużo szczegółowiej niż reprodukcję, ale przyznawał również, że to tam zbiegają się seksualność, medycyna i dyscyplinowanie populacji. Ponieważ rodzina może być postrzegana jako przedmiot rozmaitych

modalności władzy to prawdopodobnie na tym obszarze prawo staje się mniej „prawo-podobne”, albo, innymi słowy, to prawdopodobnie tam prawo „gubi” sprzeczność między mechanizmami dyscyplinowania i zasadami prawa.

Jest to oczywiście uproszczenie i mało prawdopodobne jest, że prawo porzuci ten obszar pracy prawnej na rzecz pracowników socjalnych i lekarzy. Jednak można zbadać konflikt i postawić pytania czy kwestie rodzinne przemieszczają się poza obszar prawa, czy prawo zachowuje swoją suwerenność, albo czy prawo zmienia sposób sprawowania władzy na tym polu stając się pod względem stosowanych technologii bardziej podobne do nauk społecznych.

Chciałabym się przyjrzeć dwóm ostatnim przypadkom, które zilustrują wspomniane kwestie. Pierwszy dotyczy sprawy o adopcję w odniesieniu do ustaleń o macierzyństwie zastępczym w Wielkiej Brytanii. Drugi, również w Wielkiej Brytanii, sprawy aborcji i sporu między ciężarną matką i domniemanym ojcem o to, czy ciąża powinna zostać przerwana. Aby zilustrować moją tezę konieczne jest dostarczenie szczegółowych opisów obydwu tych spraw.

#### Przykład 1: Rozszerzanie władzy prawa za pomocą „psy” dyscyplin

W pierwszym przypadku (dotyczącym adopcji poprzez macierzyństwo zastępcze (AA212/86H/C)) para (Pan i Pani A) dokonała osobistych ustaleń z ciężarną kobietą (Pani B), że zostanie ona zapłodniona nasieniem Pana A, donosi poczęte w ten sposób dziecko, a następnie przekaze je parze zleceniodawców. Zapłacono matce zastępczej £5,000 w celu pokrycia utraty jej zarobków oraz innych wydatków. Ustalenia przebiegały zgodnie z planem, i mniej więcej dwa lata później Pan i Pani A złożyli wniosek o legalną adopcję za zgodą Pani B. W Wielkiej Brytanii handlowe umowy o macierzyństwo zastępcze są nielegalne (Ustawa o Macierzyństwie Zastępczym 1985), a Ustawa o Adopcji z 1958 zabrania adopcji w przypadkach, gdy miała miejsce wypłata pieniężna. W takich przypadkach, to, czy tego typu kontrakt powinien być wiążący, nie jest przedmiotem zainteresowania angielskiego prawa. To oficjalne prawne podejście nigdy nie było stosowane, aby wzmocnić umowy, które można zdefiniować jako z sprzeczne z polityką społeczną. Tak więc kwestie prawne dotyczyły tego, czy była to umowa

handlowa oraz czy wypłata pieniężna uniemożliwi legalną adopcję dziecka. Pierwszą sprawę komplikowało to, że Pani B napisała książkę o doświadczeniu bycia matką zastępczą i otrzymała wynagrodzenie z tego tytułu. Jednak, w tym przypadku, umowa nie mogła zostać uznana za handlową, ponieważ nie była w nią zaangażowana trzecia strona, ani żaden pośrednik, zaś wypłacone pieniądze zostały uznane za raczej „wydatki”, a nie wynagrodzenie.

Druga kwestia jest bardziej skomplikowana. Najwyraźniej sąd nie wydał wcześniejszego upoważnienia do wypłaty dla Pani B, co zgodnie z /w świetle Ustawy o Adopcji, byłoby jedynym sposobem, w jaki tego typu wymiana pieniężna mogła zostać zatwierdzona. Tak, więc sędzia twierdził, że sądy mają prawo wydać to potwierdzenie wstecz. Było to jednak możliwe jedynie przez sformułowanie tego argumentu w odniesieniu do kryterium zewnętrznego wobec ścisłych zasad prawa, jakim jest „dobro dziecka”.

To kryterium jest używane w Wielkiej Brytanii od XIX wieku w przypadkach dotyczących dzieci, zwłaszcza w przypadkach rozwodów, gdzie rozważa się kwestię opieki nad dzieckiem. Jak zauważa Thery (1986) sądowe użycie tego kryterium było krytykowane na podstawie tego, że jest to puste pojęcie, że jedynie ukrywa poparcie dla systemu patriarchalnego, oraz że jest nieistotne, ponieważ sądy tylko zatwierdzają bez zastanowienia porozumienie zawarte między rodzicami. Ja jednak jestem mniej przekonana do tej kwestii niż tej dotyczącej uciekania się do niezaprzeczalnie pozaprawnych kryteriów w wydawaniu wyroków sądowych.

Historia traktowania dzieci jako specyficznej kategorii osób posiadających szczególne potrzeby została opisana (Aries 1979) i z pewnością należy do rozwoju nauk o człowieku—zwłaszcza biologii, medycyny, oraz „psy” dyscyplin. Jako że prawo pisane rozciągnęło się coraz bardziej, na sprawy rodzinne i dzieci (np. ustawodawstwo obejmujące pracę dzieci, rozwód, przemoc domową, wiek małżeństwa oraz pełnoletności), więc w rezultacie wkroczyło na obszary szczególnego zainteresowania pojawiających się „psy” dyscyplin. Opisywanie tego rozwoju historycznego w kategoriach prawa „kwestionowanego” przez inne dyskursy jest niewłaściwe; raczej prawo usiłuje rozciągać swoją suwerenność na obszary tworzone przez dyskursy nauk o człowieku jako istotne dla dyscyplinowania społeczeństwa. Ale prawo

rozszerzyło swoją legalność poprzez objęcie przedmiotów tego dyskursu. Na przykład, gdy medycyna skonstruowała homoseksualność jako zboczenie wymagające leczenia, prawo rozszerzyło swoją władzę na aktywność homoseksualną. Gdy dzieci zostały przedstawione jako specjalna kategoria, niezwykle ważna dla regulacji populacji (poprzez „właściwą” socjalizację, edukację, kwestie zdrowia, itd.) prawo objęło dzieci swoją „ochroną” przez ustanowienie wieku pełnoletniości, stręczycielstwa, kazirodztwa i tak dalej. Tak, więc widzimy raczej formy współdziałania niż konflikt i proces, w którym prawo rozszerza swój wpływ na coraz to bardziej „prywatne” i „osobiste” sfery życia. Pod tym względem prawo najsilniej korzysta z formy dyscyplinującej regulacji. W każdym z tych ruchów prawo włączyło pojęcia z dyskursów nauk społecznych oraz, jak twierdzą, rozszerzyło sprawowanie władzy, aby włączyć nowe technologie rozpoznane przez Foucaulta. Dlatego też prawo zachowuje „starą” władzę, mianowicie zdolność rozszerzania praw, korzystając z nowych mechanizmów władzy z postaci nadzoru i form dyscypliny.

*Przykład 2: Władza prawa przyćmiona przez dyskurs medyczny*

Drugą sprawą jest C contra S (*The Times' Law Report*, 25 lutego 1987). Pokazuje ona w innym świetle związek między prawem i medycyną, ale jest również istotna ze względu na to, że orzeczenie koncentrowało raczej się na kwestiach „medycznych” niż na kwestii konkurencyjnych praw.

Sprawa dotyczyła dwojga studentów, którzy mieli krótkotrwały związek zakończony sporną ciążą. W momencie, gdy sprawa trafiła do sądu młoda kobieta była między 18 i 21 miesiącem ciąży. Ale ponieważ zastosowała „antykoncepcję po” i nie przypuszczając, że jest w ciąży, poddawała się badaniu promieniami Rentgena. Brała również środki antydepresyjne. Jej poprzedni kochanek był członkiem grupy na rzecz kampanii antyaborcyjnej i dowiedziawszy się, że planuje ona przerwać ciążę postanowił odwołać się prawa, żeby temu zapobiec.

W Wielkiej Brytanii aborcja jest możliwa zgodnie z Ustawą o Aborcji z 1967, która zezwala na dokonanie aborcji, jeżeli dwóch lekarzy zaświadczyło, że utrzymanie ciąży może



spowodować większe ryzyko dla życia kobiety, jej zdrowia fizycznego lub psychicznego, niż w przypadku, gdyby ciąża została usunięta. Jednakże, ta ustawa jest sprzeczna z wcześniejszymi ustawami, których Parlament nie unieważnił. Zwłaszcza z ustawą o przestępstwach przeciwko osobie (*Offences Against the Person Act 1861*) (część 58) uznającej wywołanie poronienia za przestępstwo, oraz z ustawą o ochronie życia dzieci (*Infant Life Preservation Act 1929*) (część 1), która gwarantuje, że „każda osoba, która usiłuje przyczynić się do zagrożenia życia dziecka, które może się urodzić żywe, i świadomym czynem powoduje jego śmierć, zanim zacznie samodzielne życie poza łonem matki, będzie oskarżona o popełnienie ciężkiego przestępstwa.” (patrz Kingdom 1985a, 1985b).

Oskarżenie wniesiono w świetle ustawy z 1929 roku, twierdząc, że biorąc pod uwagę postęp medycyny, 18-20 tygodniowy płód mógł się urodzić żywy. Tak, więc, sprawa nie dotyczyła, w kwestii prawnej, tego, czy domniemany ojciec miał *prawo* weta albo *prawo* do ojcostwa, ale medycznej kwestii przeżywalności 18-20 tygodniowego płodu. Strategia ta była częściowo oparta na sprawie, w której mąż usiłował powstrzymać swoją żonę w świetle jego *prawa* do bycia konsultowanym odnośnie zabiegów medycznych swojej żony. Przegrał on sprawę, zaś sprawa C contra S nie mogłaby się toczyć długo tym samym torem, ponieważ domniemany ojciec nie był mężem ciężarnej kobiety, więc był ogólnie pozbawiony zwyczajowego prawa przysługującego żonatym mężczyznom. Ciekawą różnicą między tymi sprawami jest to, że pierwsza była oparta na kwestii praw, podczas gdy druga na naukowym statusie wiedzy medycznej. Tak więc, w drugim przypadku, domniemany ojciec nie odwoływał się do tradycyjnego ustawodawstwa prawnego w kwestii jego władzy przyznawania praw, ale do prawa w cieniu zmieniającej i coraz bardziej wpływowej wiedzy medycznej.

Używam wyrażenia „w cieniu”, ponieważ w tym przypadku prawo ma inny związek z medycyną niż w przypadku przywoływanej uprzednio adopcji. W tej sprawie opinia medyczna uzgodniła, że nawet jeśli płód wykazywał prawdziwe ślady życia nie był w stanie oddychać niezależnie, ani za pomocą respiratora. Tak więc, Sąd Apelacyjny rozsądził, że płód nie mógł się urodzić żywy, w świetle ustawy. Jednak Sąd poszedł dalej i zacytował słowa Przewodniczącego Wydziału Rodzinnego w poprzedniej sprawie, z których wynika, że

Sędzia, który by ingerował w decyzję lekarzy, działających zgodnie z Aktem Aborcyjnym z 1967 r., byłby nie tylko dzielny i śmiały, ale uważam, że byłby przede wszystkim naprawdę głupi.

(Paton przeciwko Brytyjskim Powiernikom ds. Poradnictwa dla Kobiet w ciąży (1979))

W tym przypadku widzimy jak prawo ustępuje medycznej wiedzy/władzy. W kategoriach Foucaulta, widzimy jak „zasada prawa” ustępuje „mechanizmom dyscyplinującym”. W przeciwieństwie do przypadków adopcji, kwestia przeżywalności płodu została pozostawiona na obszarze medycznym, jako przedmiot kryteriów naukowych, podczas gdy interesy dziecka są historycznie formułowane w dużo szerszym odniesieniu. Jeśli domniemany ojciec sformułowałby w tym przypadku swoją argumentację w odniesieniu do dobra dziecka, albo prawa ojca do decydowania o przyszłości swojego biologicznego potomka, sprawa mogłaby się zakończyć inaczej.

Nie zamierzam tutaj snuć domysłów na temat tej kwestii, ale pragnę pokazać, że w indywidualnych przypadków nie możemy łatwo odczytać spór między prawem i medycyną, ponieważ odpowiednia władza tych dyskursów się zmienia. W niektórych przypadkach widzimy współdziałanie, w innych konflikt, więc nie możemy wyprowadzić wzoru ani dać wskazówek, które pokażą nam, co nieuchronnie zdarzy się w przyszłości. Nasze rozpoznanie tych kwestii zapewne stanie się jasne retrospektywnie, albo po wielu szczegółowych analizach podobnych przypadków. Jednakże, niesłuszne byłoby założenie, że prawo i tradycyjna „zasada prawa” przestaje znajdować się centrum zainteresowania. Wydawać by się mogło, że dyskurs prawa nadal ma polityczne oparcie oraz, że istnieje rosnąca tendencja do uciekania się do prawa po środki zaradcze sformułowane w kategoriach prawa. Zanim stwierdzimy, że wszystkie takie apelacje są bezowocne, należy pamiętać, że bardzo istotne jest *kto* apeluje do „zasady prawy”. Tradycyjny sposób działania władzy szybko odpowiada na apelacje mężczyzn, którzy usiłują przywrócić patriarchalną władzę w rodzinie (patrz również Smart 1989). Powinniśmy również mieć na uwadze sposób, w jaki prawo przekształca apelacje formułowane w dyskursie opieki

społecznej w kwestie prawa – ponownie zaznaczając tradycyjną dominację prawa w tej kwestii. Przykładem na to jest sprawa dostępu ojców po rozwodzie do dzieci. W tym przypadku pojęcie praw rodzicielskich straciło na znaczeniu jako istotny sposób odwoływania się do prawa, ale żądanie dostępu zostało zastąpione przez „psy” dyskursy utrzymujące, że w interesie dziecka jest widywanie jego/jej ojca. Sądy zaakceptowały to stwierdzenie, ale przekształciły je w jedno z praw. Tak, więc prawo głosi, że dostęp ojca do dziecka jest niezbywalnym *prawem* dziecka. Raz zdefiniowane jako prawo, pozwala władzy sądowniczej wykorzystywać swoje tradycyjne metody do bronięcia tego prawa (nawet do tego stopnia, że zmusza się dziecko do korzystania ze swoich praw wbrew jego (lub jej) woli). *Takie przekształcenie konfliktów władzy w język praw umożliwia prawu sprawowanie władzy zamiast zrzekania się kontroli na rzecz „psy” dyscyplin i mechanizmów dyscyplinujących.*

To, że prawo może zawieść w dostarczeniu środków zaradczych (z wyjątkiem tych o ograniczonym znaczeniu) jest nieistotne. Prawo jest obecnie akceptowanym mechanizmem rozwiązywania społecznych oraz indywidualnych problemów i konfliktów od kradzieży butelki mleka po konflikt przemysłowy czy inżynierię genetyczną.<sup>1</sup> W tym kontekście kolonizacja prawa przez mechanizmy dyscypliny powinna być postrzegania w nowym świetle, a nie w kategoriach form władzy, która ulega osłabieniu. W rzeczywistości mamy do czynienia z walką, ale jednocześnie prawo poszerza swój zasięg w każdym kierunku. Co więcej, podczas gdy obserwujemy rozwój symbiotycznej relacji między prawem i „psy” dyscyplinami, prawo jest rzadko kwestionowane przez inne dyskursy, na przykład przez feminizm. Jak stwierdziłam powyżej, tam gdzie feminizm wpływał na prawo robił za pomocą istniejących mechanizmów, na przykład przez dyskurs praw czy pomocy społecznej. Kiedy feminizm próbuje stworzyć swoje własne zasady prawo okazuje się być bardziej odporne. A teraz omówię pokrótce metody prawa, aby zbadać jak w jaki sposób/ ta forma „roszczenia do prawdy” dyskwalifikuje dyskurs feministyczny.

---

<sup>1</sup> Warto dodać że także aktywność gospodarcza ludzi i firm jest regulowane przez prawo. Również tzw deregulacja odbywa się przez tworzenie i wdrażanie nowych praw.(przyp. tłum)

PROBLEM METOD PRAWNYCH

Sięgając do innych dyscyplin pytamy, czy nie tylko praktyka prawna ucisza aspiracje i potrzeby kobiet, a w zamian uprzywilejowuje aspiracje i potrzeby mężczyzn, ale i sama konstrukcja, nie tylko dyskursu prawnego, ale akademicki obraz dyskursu prawa, jest produktem patriarchalnych relacji zakorzenionych w naszym społeczeństwie.

(Bottomley 1987: 12)

Anne Bottomley stawia tutaj pytanie o to, czy sam rdzeń prawa – środki odróżniające prawo od innych form wiedzy – jest uwikłany w różnice między płciami. Dobrze znamy inne formy feministycznej krytyki – na przykład krytykę wykluczania kobiet przez prawo (Sachs i Wilson 1978), czy krytykę treści ustawodawstwa (Atkins i Hoggett 1978), czy krytykę specyficznych praktyk prawnych (Adler 1987). Całkiem nowym zjawiskiem wśród feministek jest krytykowanie samym narzędzi metod prawnych, które przyjmowano za neutralne.

Jak sugeruje Bottomley, ta formy krytyki nie jest niczym nowym w innych dyscyplinach. Na przykład, socjologia od dawna jest refleksyjna w stosunku do swojej metodologii i metod oraz istnieje rozległa feministyczna literatura dostępna na tym polu. Już w 1974 roku Doroty Smith, w swoim bardzo ważnym artykule, twierdziła, że nie wystarczy uwzględnić kobiety jako przedmiot nauk społecznych; konieczna jest radykalna zmiana perspektywy i metod w tych dyscyplinach. W przypadku prawa taka krytyka pojawiła się dużo później. Bez wątplenia związane jest to ze statusem prawa i jego roszczeniami do Prawdy. W przypadku socjologii roszczenia do prawdy zawsze były nieśmiałe; zupełnie inaczej w przypadku prawa. Jednak we wszystkich obszarach uczelni (tzn. u źródeł), dzieła radykalnie odmienne od dominującego paradygmatu wiedzy stanowią problem dla dysydentów. Jak twierdzi Lahey (1985), stosowanie radykalnie odmiennych sposobów myślenia może doprowadzić do zawodowego samobójstwa..<sup>2</sup>

<sup>2</sup> Od feministycznych teoretyczek prawa oczekuje się myślenia i pisania zgodnego z metodą prawną: definiowania spraw, analizowania istotnych precedensów, oraz wyciągania wniosków w odniesieniu do zdefiniowanych i zaakceptowanych standardów metody prawnej. Feministyczne uczone (i uczeni), które zamiast tego decydują się na

W dziedzinie prawa jest to prawie podwójne samobójstwo. Nie tylko osoby inaczej myślące zmagają się ze standardami akademickimi, ale również ze standardami prawa jako zawodu. Jako że prawo ma bezpośrednie praktyczne zastosowanie, dysydenci są bardziej wywrotowi niż w innych dyscyplinach, takich jak socjologia, ponieważ kwestionują pozycję sędziów, adwokatów, radców prawnych, jak i prawników akademickich. Nic dziwnego, że feminizmowi tak trudno zakorzenić się w prawie.

Mary Jane Mossman (1986) wskazuje, że prawo (a przynajmniej metody prawne) jest prawdopodobnie odporne na wyzwania rzucone przez feminizm. Może warto bardziej szczegółowo rozważyć jej pogląd. W artykule *'Feminism and Legal Method: The Difference It Makes'* Mossman przedstawia trzy główne elementy tradycyjnej metody prawnej. Są to definicje brzegowe, definiujące „znaczenie” oraz analizę spraw. Pierwszy element, definicje brzegowe, są procesem, zgodnie z którym pewne kwestie uznaje się za będące poza prawem. Dlatego też pewne kwestie mogą być definiowane jako polityczne czy moralne. Oczywiście należy zauważyć, że granice te mogą się przemieszczać, i jest to coś więcej niż tylko wygoda. Na przykład w Wielkiej Brytanii prostytutka jest definiowana jako kwestia moralna, a nie prawna. Jednak, nagabywanie w celach nierzędu, co z definicji jest naprzykrzaniem się, jest zagadnieniem prawnym. Mossman twierdzi jednak, że definicja graniczna ma znaczenie nie ze względu na to, gdzie wyznacza granice, ale ze względu na neutralność, jaką przyznaje prawu. Tak więc, prawnicy i sędziowie zyskują na wiarygodności, gdy twierdzą, że obowiązkiem dyplomowanego prawnika jest interpretowanie prawa, a nie wydawanie sądów na temat kwestii pozaprawnych. Wyznaczają obszar, w ramach którego metoda prawna jest jak najbardziej właściwa, ale jednocześnie zdają się trzymać z dala od subiektywnych obszarów jak oceny moralne, czy polityczna stronniczość.

Drugim elementem metody jest definiowanie tego, co istotne. Tak więc, na przykład, student prawa uczy się, że w przypadku gwałtu istotne jest znać historię seksualną „ofiary”. Jeśli miała związek seksualny z oskarżonym to musi to zostać ujawnione, a jeśli nawet nie z stawianie innych pytań lub odmienne formułują problem, ryzykują utratę reputacji kompetentnej znawczynie metody prawnej, jak również brak uznania dla jej naukowych (feministycznych) osiągnięć. (Mossman 1986: 46)

oskarżonym, to może to być uznane za istotne. Historia seksualna oskarżonego, oczywiście, nigdy nie jest istotna. Ucząc się tego, student/ka prawa uczy się, w jaki sposób pomyślnie bronić sprawy o gwałt oraz uczy się kolejnej techniki uciskania kobiet. Jak dotąd, prawo jest odporne na taką krytykę, ponieważ sformułowanie zasad prowadzenia spraw o gwałt gwałtu jest spowite mgłą czasu – i mitem neutralności. Student czy studentka, którzy twierdzą, że to nie powinno być ważne nigdy nie zostaną „dobrym” prawnikiem.

Trzecim elementem jest analiza spraw. To właśnie tutaj prawnie wykształcony umysł wyszukuje sprawy, które mogłyby ustanowić precedens decyzji prawnych. Niektóre sprawy stają się „dobrym” prawem, czyli powinny być przykładem, inne w tajemniczy sposób stają się „złym” prawem i są ignorowane. Jednak również między sprawami nazywanymi przez prawników „dobrym” prawem jest ogromny wybór. Powstaje więc pytanie, skąd oni wiedzą, które sprawy są istotne. Sumner (1979) twierdzi, że sędziowie jedynie podejmują decyzje i odpowiednio selekcjonują sprawy. Innymi słowy, sprawy są rozstrzygane *post hoc*, logika nie prowadzi nieuchronnie sędziów do *właściwych* decyzji. Jest to, oczywiście, herezją dla pozytywistów prawnych, jednak obserwowanie, że sprawy rozpatrywane przy apelacji mogą uchylić poprzednie decyzje – kilkakrotnie – powinno wystarczyć, aby pojawił się sceptycyzm odnośnie nieomyłności metody analizy sprawy.

We wszystkich tych obszarach, twierdzi Mossman, prawo może unikać wyzwania feminizmu, a nawet zdefiniować go jako nieważny nonsens. W swojej codziennej praktyce kobiety prawniczki stają przed wyborem bycia dobrymi feministkami i złymi prawniczkami, albo na odwrót. Jednakże, chociaż zaakceptujemy siłę argumentacji Mossman i Lahay, może się okazać, że obie traktują prawo nazbyt poważnie. Metoda prawna może podlegać dekonstrukcji i dobrze wiadomo, że w prawo na wydziałach prawa jest całkiem inne niż praktyka prawników „poza” nimi. Należy rozpoznać władzę, którą zyskuje prawo poprzez jego roszczenie do prawdy, lecz w praktyce, w prawie chodzi o coś więcej i mniej zarazem. Chodzi o coś więcej ponieważ uwaga metody prawnej zawęża się do sędziów i, w praktyce, wiele kwestii prawnych nigdy nie trafia do sędziego; chodzi o coś mniej, ponieważ, chociaż prawo zawłaszcza roszczenie do prawdy, to wielu prawników nie, przez co również umniejszają takiemu widzeniu prawa poprzez

swoją codzienną działalność obalają ten obraz prawa. Rozszerzenie się zasięgu prawa, o którym wcześniej pisałam, nie przez wszystkich jest uważana za uprawnione. Często, na przykład, słyszy się głosy, że więcej prawa oznacza więcej pieniędzy w kieszeniach prawników. Takie wypowiedzi wskazują, że nie wszyscy wyobrażenie, jakie prawo ma o sobie, ani nie przyjmują z zadowoleniem rozszerzania się obszaru prawa; mogą oni nawet wskazywać początki oporu wobec władzy prawa.

Chciałabym powrócić do stwierdzenia, że uwaga metody prawnej zawęza się do sędziów. W swojej książce *Prawo Kobiet* (1987) Stang Dahl szczegółowo opisuje, w jaki sposób powstała nowa dziedzina Prawa Kobiet na Wydziale Prawa Uniwersytetu w Oslo i na co jest nastawiona. Nie jestem w stanie w pełni ocenić jej pionierskiej pracy, ale chcę podkreślić kilka istotnych, poruszanych przez nią, kwestii na temat kwestionowania tradycyjnego prawa i metody prawnej (albo doktryny, jak ją nazywa). Stang Dahl zgadza się, że prawo powinno zachować swoje własne metody, twierdząc, że

Doktryna prawa, to jest interpretacja prawa zgodnie z określoną metodologią, powinna pozostać głównym obszarem nauki prawnej, ponieważ to właśnie tam prawnicy posiadają swoje własne instrumenty i odrębne rzemiosło.

(Stang Dahl 1987: 32)

Wziąwszy pod uwagę poglądy większości feministek w Nowym Jorku i Wielkiej Brytanii takie ujęcie jest raczej zaskakujące. Jednak, staje się jasne, że Stang Dahl nie włącza do swojej idei doktryny wszystkich elementów, które włącza Mossman. Wskazuje, na przykład, jak Prawo Kobiet, kwestionuje typowy kierunek prawa zachęcając do „stosowania prawnych źródeł «od dołu»”.

Oznacza to, że o tym, jakie powinno być prawo, powinny większym stopniu decydować zwyczaje i opinia publiczna. Dzięki temu możliwy jest większy wpływ empirycznego dowodu dotyczącego życia kobiet na prawo.

Tak więc, prawo stałoby się bardziej wrażliwe na „rzeczywistość”, niż na swoje własne, wewnętrzne interpretacje. W ten sposób prawo i nauki społeczne zbliżą się do siebie, a ruch kobiecy będzie miał większy wpływ na prawo.<sup>3</sup>

Kolejnym wyzwaniem, jaki Stang Dahl rzuca prawu, jest akcentowanie administracji rządowej bardziej niż oficjalnego prawa. Twierdzi ona, że takie ustawodawstwo (jak również i główne sprawy sądowe dnia) rzadko kiedy mają cokolwiek wspólnego z kobietami. Dochodzi nawet do stwierdzenia, że nawet ustawodawstwo dotyczące dyskryminacji płciowej ma mało do czynienia z kobietami. Uważa, według mnie, słusznie, że:

„To, że prawo, w swoich sformułowaniach, jest swoiste dla danej płci, nie powinno oznaczać, że wpływa na pozycję kobiet w prawie i społeczeństwie. To samo dotyczy wytycznych ustawodawstwa dotyczącego dyskryminacji ze względu na płeć. Mimo że, poprzez jego wyraźny cel, otrzymuje automatyczne znaczenie dla prawa kobiet, i pomimo że jest wiele różnorodnych środków wprowadzających ustawę w życie, nie jest to, samo w sobie, równoznaczne z konsekwencjami prawnymi, które mają szczególne znaczenie dla życia kobiet i ich praw, czy to ogólnie czy też w poszczególnych sprawach.” (Stang Dahl 1987:29)

Według niej, „prawo”, które wpływa na życie kobiet to bardziej zarządzanie świadczeniami socjalnymi, działania prywatnego prawa alimentacyjnego, oraz ustalanie wytycznych i procesy decyzyjne na poziomie biurokratycznych operacji<sup>4</sup>. W związku z tym proponuje, aby po prostu zdegradować znaczenie oficjalnego prawa w pracach feministycznych. Nie twierdzi jednak, że można rozwiązać to decyzją odgórną, lecz poprzez zmiany zachodzące w ramach prawa. Wysoki status może nadal być przyznawany oficjalnemu prawu, ale zwykła

---

<sup>3</sup> Koncepcja społeczno-naukowej lub akademickiej pracy wpływającej na orzeczenia prawne nie cieszy się tak dużym zainteresowaniem w Wielkiej Brytanii, jak w tradycji prawnej Europy kontynentalnej, która ma bardziej naukową podstawę. Tak naprawdę, podstawowe przesłanie, które Stang Dahl praktycznie przyjmuje za pewnik, wymagałoby znacznej zasadniczej zmiany w angielskim systemie prawnym.

<sup>4</sup> Stang Dahl ma rację, że prawem najsilniej oddziałującym na życie kobiet jest prawo administracyjne. Wpływ prawa sięga jednak głębiej niż to, czego faktycznie dotyka. Stąd, każdy proces o gwałt jest znaczący, nawet jeśli takie sytuacje dotyczą niewielu kobiet. Dlatego nie uważam, żebyśmy mogły, po prostu, ignorować prawo, gdy działa w tych innych obszarach.



procedura i niezbędna praca są gdzie indziej. Ta kwestia, z kolei, jest związana z zawężeniem metody prawnej, a tym samym ze skupieniem feminizmu na tej metodzie. Stang Dahl twierdzi, że rozumowanie prawne stosujące abstrakcyjne normy do okoliczności poszczególnej sprawy jest ważne jedynie wtedy, kiedy kieruje się je do sędziego. W związku z tym metoda prawna jest zdominowana przez sędziów, ponieważ w celu przekonania sędziego do konkretnej kwestii, trzeba rozumować w ściśle prawny sposób. Jednakże, takie prawo ma niewielkie znaczenie dla życia kobiet, tak więc prawo kobiet w Oslo skierowane jest do innych odbiorców. Stang Dahl nie popiera tego, jako metody przewyciężenia hegemonii prawa, jednakże, uważam, że mówi ona tutaj więcej niż sobie z tego zdaje sprawę. Skoro rzeczywiście całe prawo jest w pewien sposób w cieniu sędziów, być może należy zauważyć, w jak niewielkim stopniu, w praktyce prawo podporządkowuje się metodzie prawnej. Strategia wynikająca z prac Stang Dahl polega nie tyle na zmaganiu się z metodą prawa, co ignorowaniu go i skupianiu się na prawie w praktyce. Jeśli Mossman ma rację, że metoda prawa jest odporna na feministyczną krytykę, to rozwiązanie Stang Dahl wydaje się bardziej rozsądne niż bezowocne próby poruszenia takiego skostniałego przedmiotu. Ta strategia oczywiście nie przewycięża wszystkich poruszonych w tekście problemów. Jednak przewycięża problem przyjmowania zbyt nadętego wyobrażenia, jakie prawo ma o sobie. Część władzy prawa wynika z autorytetu, jakim je obdarzamy. Podkreślając jak bardzo bezsilny jest feminizm w obliczu prawa i metod prawnych, najzwyczajniej zwiększamy władzę prawa. Strategia dostępna Stang Dahl w Oslo nie jest oczywiście powszechnie dostępna. W Wielkiej Brytanii nie ma wydziałów prawa, które rozważałyby tak radykalny ruch jak włączenie Prawa Kobiet do obowiązkowego programu nauczania. Jednak dostarcza to przynajmniej użytecznego modelu pokazującego, jak władza oficjalnego prawa może być decentrowana. Mimo to feminizm sam w sobie, jest źródłem władzy i oporu nawet tam, gdzie nie mamy środków, aby radykalnie zmienić wydziały prawnicze i samo prawo. Weedon twierdzi, że nawet jeśli dyskursowi feministycznemu brakuje społecznej władzy, żeby realizować swoją wersję wiedzy w praktykach instytucjonalnych, to może on dostarczyć przestrzeni dyskursywnej umożliwiającej opór jednostek wobec dominujących podmiotów.

(Weedon 1987: 110-111)

Dlatego też, dla feminizmu istotne jest, żeby zaprzestać zmagania się z władzą prawa o definiowanie kobiet w kategoriach prawa. Feminizm ma siłę, aby zmierzyć się z subiektywnością i zmienić świadomość kobiet. Posiada również możliwość szczegółowego obnażenia mechanizmów działania prawa. Dzięki temu może wzmocnić opór i doprowadzić do zmiany władzy. Chociaż feminizm powinien zdawać sobie sprawę z władzy, jaką ma prawo, oczywistym jest, że feministki nie mogą się uważać za bezsilne.

**przekład Joanna Erbel**

**BIBLIOGRAFIA:**

- Adler, Z. (1987) *Rape on Trial*, London: Routledge & Kegan Paul.
- Aries, P. (1979) *Centuries of Childhood*, Harmondsworth: Penguin.
- Atkins, S. and Hoggett, B. (1984) *Women and the Law*, Oxford: Blackwell.
- Bottomley, A. (1987) 'Feminism in law schools', in S. McLaughlin (ed.), *Women and the Law*, University College London, Faculty of Law, Working Paper No. 5.
- Brophy, J. (1985) 'Child care and the growth of power: the status of mothers in custody disputes', in J. Brophy and C. Smart (eds), *Women in Law*, London: Routledge & Kegan Paul.
- Cain, M. (1979) 'The general practice lawyer and the client: towards a radical conception', *International Journal of the Sociology of Law*, 7 (4): 331-54.
- Cousins, M. and Hussain, A. (1984) *Michel Foucault*, London: Macmillan.
- Couzens Hoy, D. (ed.) (1986) *Foucault: A Critical Reader*, Oxford: Blackwell.
- Denning, Lord (1980) *The Due Process of Law*, Butterworth: London.
- Donzelot, J. (1980) *The Policing of Families*, London: Hutchinson.
- Foucault, M. (1987) *Historia szaleństwa w dobie klasycyzmu*, przeł. H. Kęszycka, Warszawa: PIW.
- (1995) *Historia seksualności*, przeł. B. Banasiak, T. Komendant i K. Matuszewski, Warszawa: Czytelnik.
- (1998) *Nadzorować i karać*, przeł. T. Komendant, Warszawa: Aletheia.
- (1999) *Narodziny kliniki*, przeł. P. Pieniążek, Warszawa: Aletheia.
- Gordon, C. (1980) *Michel Foucault Power/Knowledge*, Brighton: Harvester Press.
- Hirst, P. (1980) 'Law, socialism and rights', in P. Carlen and M. Collison (eds), *Radical Issues in Criminology*, Oxford: Martin Robertson.
- (1986) 'Law and sexual difference', *Oxford Literary Review*, 8 (1 and 2): 193-8.

- Lahey, K. (1985) ' ". . . until women themselves have told all that they have to tell . . ." ', *Osgoode Hall Law Journal*, 23 (3): 519-41.
- Mossman, M. J. (1986) 'Feminism and legal method: the difference it makes', *Australian Journal of Law and Society*, 3: 30-52.
- Sachs, A. and Wilson, J. H. (1978) *Sexism and the Law: A Study of Male Beliefs and Judicial Bias*, Oxford: Martin Robertson.
- Smart, B. (1983) *Foucault, Marxism and Critique*, London: Routledge & Kegan Paul.
- (1985) *Michel Foucault*, London: Tavistock.
- Smart, C. (1984) *The Ties That Bind*, London: Routledge & Kegan Paul.
- (1989) 'Power and the politics of custody', in C. Smart and S. Sevenhuijsen (eds), *Child Custody and the Politics of Gender*, London: Routledge.
- Stang Dahl, T. (1987) *Women's Law: An Introduction to Feminist Jurisprudence*, Oxford: Oxford University Press.
- Sumner, C. (1979) *Reading Ideologies: an investigation into the Marxist theory of ideology and law*, London: Academic Press.
- Taylor, C. (1986) 'Foucault on freedom and truth', in D. Couzens Hoy (ed.) *Foucault: A Critical Reader*, Oxford: Blackwell.
- Thery, I. (1986) 'The interest of the child and the regulation of the post-divorce family', *International Journal of the Sociology of Law*, 14 (3/4): 341-58.
- Weedon, C. (1987) *Feminist Practice and Poststructuralist Theory*, Oxford: Blackwell.