

JOHN EEKELAAR

## CO TO JEST „KRYTYCZNE” PRAWO RODZINNE?

### I. WSTĘP

Coraz większa część brytyjskiej literatury prawniczej, określana mianem „Critical Legal Studies UK”<sup>1</sup>, traktowana może być jako nieco spóźniony wyraz ruchu o tej samej nazwie, którego początków szukać należy w USA. Wskazuje się jednak<sup>2</sup>, że w wersji brytyjskiej ruch ten uwzględnia również tendencje wyodrębnione ze współczesnej europejskiej myśli socjologicznej. Wielu autorów ważnych prac z dziedziny prawa rodzinnego, zwłaszcza Pamela Symes<sup>3</sup>, Katherine O. Donovan<sup>4</sup>, Michael Freeman<sup>5</sup> i Nikolas Rose<sup>6</sup>, posługuje się narzędziami analitycznymi wywodzącymi się z owego ruchu amerykańskiego. Celem niniejszego artykułu jest próba oceny wartości podejścia „krytycznego”<sup>7</sup> dla angielskiego prawa rodzinnego.

Uchwycenie zasadniczej nici „krytycznych” badań prawniczych nie jest zadaniem łatwym. Choć autorzy „krytyczni” przyznają się zwykle do poglądów politycznych o zabarwieniu lewicowym, niekoniecznie lub nie zawsze określają siebie samych jako wyznawców prostej formuły teorii marksistowskiej, w myśl której istnieje związek konieczny między prawem a realizacją interesów klasowych<sup>8</sup>. Autorzy ci odrzuciliby także pogląd, który rozstrzygnięcia prawne ujmowałby jako dedukcje formalne

<sup>1</sup> R. Brownsword, *Book Review*, *Law Quarterly Review* 1988, nr 104, s. 329.

<sup>2</sup> *Ibidem*.

<sup>3</sup> P. Symes, *Property, Power and Dependence: Critical Family Law*, *Journal of Law and Society* 1987, nr 14.

<sup>4</sup> K. O'Donovan, *Sexual Divisions in Law*, New York 1985.

<sup>5</sup> M. Freeman, *Towards a Critical Theory of Family Law*, *Current Legal Problems* 1955, s. 153 - 185.

<sup>6</sup> N. Rose, *Beyond the Public/Private Division: Law, Power and the Family*, w: *Critical Legal Studies*, pod. red. P. Fitzgeralda i A. Hunta, Oxford 1987.

<sup>7</sup> Termin „krytyczny” ujęty w cudzysłowie stosowany jest w niniejszym opracowaniu dla określenia ruchu pod nazwą „Critical Legal Studies”.

<sup>8</sup> A. Hunt, *The Theory of Critical Legal Studies*, *Oxford Journal of Legal Studies* 1986, s. 1 - 45, zwłaszcza s. 10.

wyprowadzane z ustalonych przesłanek, lub który systemy prawne traktowałyby jako emancjacje systemów wartości cechujących się swoistą i obiektywną mocą wiążącą. Zamiast tego, wniosek „ruchu krytycznego”, oceniany przez Hunta jako „nośne spostrzeżenie teoretyczne” głosi, że prawo jest „nierozłącznie wplecione w całość stosunków i instytucji społecznych”<sup>9</sup>.

Stwierdzenie takie trudno jednak uznać za rewelację. Już w 1949 r. Julius Stone w swej książce *Społeczne wymiary prawa i sprawiedliwości* powoływał się na „rewoltę przeciwko formalizmowi” i na wzrastające uznanie dla związków pomiędzy prawem a innymi czynnikami społecznymi, odnajdując źródło tych koncepcji w szkole historycznej Maine'go i Savigny'ego<sup>10</sup>. Obecnie „ruch krytyczny” kwestionuje myśl, by prawo miało „reagować” na siły społeczne, by miało podlegać zmianom przebiegającym równolegle do zmian społecznych (choć być może zmianom występującym z pewnym „poślizgiem” wobec tych ostatnich). Zamiast tego autorzy „krytyczni” twierdzą, że prawo samo tworzy i definiuje świat społeczny do którego się odnosi. Jeśli przy tym według Hunta, nie powiodło się dotąd ruchowi krytycznemu w sposób zadowalający wyjaśnić relatywnej autonomii świata prawa względem świata społecznego<sup>11</sup>, to stało się tak z powodu języka, który tak ściśle identyfikuje owe dwa światy, że wyjaśnianie zjawisk prawnych w terminach które nie byłyby zarazem terminami społecznymi lub ideologicznymi nie jest możliwe.

## II. O SPRZECZNOŚCIACH, PARADOKSACH I KONFLIKTACH

Główne natarcie nurtu krytycznego przyjmuje postać krytyki koncepcji prawoznawczych, które — przy bliższej ich analizie — okazują się podstawami systemów prawnych nazywanych zwykle „liberalnymi”. Paradygmatem systemu liberalnego mogłoby być anglo-amerykańskie common law z końca XIX wieku<sup>12</sup>, choć równocześnie nie ma wątpliwości, że analizy „krytyczne” mają odniesienia współczesne. Zarazem jednak wiele pojęć wyróżnianych przez „krytycznych” autorów da się odnaleźć w systemach nie charakteryzowanych zwykle jako „liberalne”, przynajmniej w wyżej wskazanym paradygmatycznym sensie<sup>13</sup>.

<sup>9</sup> Ibidem.

<sup>10</sup> J. Stone, *Social Dimensions of Law and Justice*, New York 1949, rozdz. 9.

<sup>11</sup> A. Hunt, *The Theory*, s. 28-32.

<sup>12</sup> M. J. Horwitz, *The History of the Public/Private Distinction*, University of Pennsylvania Law Review 1982, nr 130, s. 1423-1428.

<sup>13</sup> Zob. M. Krygier, *Critical Legal Studies and Social Theory — A Response to Alan Hunt*, Oxford Journal of Legal Studies 1987, s. 26-39, zwłaszcza s. 31-34.

Krytyka obraca się wokół kluczowej kwestii „podstawowej sprzeczności”. W 1979 r. Duncan Kennedy<sup>14</sup> wyjaśniał ją w następujący sposób: „Większość uczestników amerykańskiej kultury prawnej uważa, że cel w postaci wolności jednostkowej jest zależny, a zarazem nie do pogodzenia, ze zbiorowym działaniem przymuszającym, niezbędnym do jej osiągnięcia”. W słowach bardziej ogólnych: że ograniczenia wolności są niezbędnym warunkiem szerzenia wolności. Twierdzi się, że „sprzeczność” ta jest obecna w każdym aspekcie naszego życia społecznego i że stanowi istotę każdego problemu prawnego. Tradycyjna liberalna teoria prawa zaprzecza lub przynajmniej ukrywa owe sprzeczności. Jednak według Kennedy'ego, sprzeczność ta jest tylko artefaktem historycznym, nie bardziej nieśmiertelnym niż społeczeństwo, które go stworzyło i podtrzymuje<sup>15</sup>.

Choć wydaje się, że Kennedy nie obstaje już przy znaczeniu jakie przypisywał w przeszłości „podstawowej sprzeczności” pozostaje prawdą, że jego sugestia o dualizmie struktury prawnej i społecznej, spadku po liberalizmie, wywarła głęboki wpływ na literaturę „krytyczną”<sup>16</sup>. Niektóre aspekty tegoż dualizmu będą zbadane później. Teraz zaś konieczne jest rozważenie charakteru owej sprzeczności, ujawnienie której Kennedy uważał za swoją właśnie zasługę.

Powstaje przede wszystkim pytanie, czy owa „podstawowa sprzeczność” jest w ogóle sprzecznością? Czyż nie jest ona raczej paradoksem? Sięgam do tego wyrażenia, by odwołać się do twierdzenia, które — choć na pierwszy rzut oka wewnątrz sprzeczne czy absurdalne — po dalszej refleksji okazuje się nawiązaniem do spójnej i głębszej prawdy. Tak więc pozornie niespójne twierdzenie, że wolność osiągnąć można tylko poprzez ograniczenie płynące z dyscypliny, może być rozumiana jako wyraz spójnego przekonania, że zakres możliwości jednostki (również więc wolności działania) może być poszerzany poprzez pewne ograniczenia wolności. Obserwujemy to samo w słynnej zasadzie wiary chrześcijańskiej, że życie wywodzi się ze śmierci, zasadzie stanowiącej odniesienie do głębszego pokładu prawd akceptowanych przez wyznawców tej religii. Dostrzeżenie pod postacią „podstawowej sprzeczności” tego, że systemy ograniczeń społecznych są niezbędne dla maksymalnego poszerzenia potencjału wolności jest więc, być może, niczym więcej jak tylko pozornym paradoksem odzwierciedlającym głębszą prawdę o naturze ludzkiej i porządku społecznym, prawdą w myśl której bez określonego zakresu społecznych działań regulujących sposób po-

<sup>14</sup> D. Kennedy, *The Structure of Blackstone's Commentaries*, Buffalo Law Review 1979, nr 28, s. 209.

<sup>15</sup> D. Kennedy, *The Structure*, s. 221.

<sup>16</sup> A. Hunt, *The Theory*, s. 28-32.

stępowania (a więc ograniczających wolność) doświadczenie wolności może być dla wielu ulotne, wątłe i minimalne<sup>17</sup>.

Być może słuszne jest twierdzenie, że autorzy „krytyczni” dążą tylko do ujawnienia powyższej sprzeczności, nie zaś do jej przewyciężenia i że porażką nurtu liberalnego była niezdolność do stwierdzenia istnienia owej sprzeczności. Wydaje się to jednak nie bardzo zgodzać ze słowami Kennedy'ego, że sprzeczność ta jest wytworem historycznym stworzonym przez społeczeństwo. Czyżby więc stworzonym i później ukrytym? Mało to prawdopodobne. Co więcej, charakterystyka „podstawowej sprzeczności” sformułowana przez Kennedy'ego implikuje możliwość przyszłego wyzwolenia się z prawnej niespójności, którą sprzeczność owa generuje. Trzeba zauważyć, że niespójność taka może wystąpić w ramach systemu prawnego z dwóch przynajmniej powodów. Jednym z nich jest sytuacja braku zgodności między prawem a praktyką. Prawo może stanowić, że „X” gdy tymczasem podmioty prawa doświadczają regularnie „nie-X”. Na większą skalę sytuacja taka z pewnością stanowi zagrożenie dla każdego systemu prawa, pozbawiając go cechy funkcjonalności. Zbadanie „luki” pomiędzy prawem a praktyką mogłoby więc wydawać się istotne dla autorów należących do „ruchu krytycznego”, jako że wskazywałoby niespójności w prawie. Tak jednak nie jest. Tego typu dociekania określane są mianem „empirycznych” czy „pragmatycznych”. „Pragmatycy” — pisze Freeman — co najwyżej ukazują „niekrytycznie” „lukę” pomiędzy tym, co przyjmuje się, że według prawa winno nastąpić a rzeczywistą praktyką<sup>18</sup>, co samo w sobie nie wydaje się jakimś istotniejszym zabiegiem „krytycznym”<sup>19</sup>. „Krytyczny” sceptycyzm wobec takich „pragmatycznych” przedsięwzięć może więc wywodzić się z głębszego źródła, zwłaszcza zaś z przekonania (o którym niżej), że nie jest możliwe istnienie „luki” między prawem a działaniem społecznym.

Niespójności mogą także wystąpić w wysłownieniu prawa. Występujące na większą skalę sprzeczności pomiędzy sformułowaniami prawa muszą zagrażać zdrowiu każdego systemu prawa i — w rzeczy samej — to o tego właśnie rodzaju sprzeczności doktryna „dewiacyjna” oskarża systemy liberalne. Twierdzi bowiem Unger, że teorie liberalne są tak niepewne, że ich zastosowanie do jakiegoś określonego problemu prawnego może przynieść dowolny rezultat<sup>20</sup>. Jednakże można dojść do tak obrazoburczych wniosków tylko wtedy, gdy odrzuci się w całości dobrze utrwalone mechanizmy instytucjonalne, jak choćby

<sup>17</sup> O zagadnieniach tych szerzej A. C. Hutchinson, P. J. Monahan, *Law, Politics and the Critical Legal Scholars: The Unfolding Drama of American Legal Thought*, Stanford Law Review 1984, nr 36, s. 199 - 245, zwłaszcza s. 236 - 242.

<sup>18</sup> M. Freeman, *Towards*, s. 161 -162.

<sup>19</sup> Zob. J. Raz, *The Authority of Law*, Oxford 1979, rozdział 11.

<sup>20</sup> R. M. Unger, *The Critical Legal Studies Movement*, Harvard 1986, s. 8.

ocenę stopnia związania przez precedens czy reguły konstruowania przepisów prawnych, tj. instytucje których celem jest znoszenie niespójności i szerzenie pewności. Stąd też w przypadku tak pojmowanej niespójności uwagę zwrócić winno się na owe mechanizmy korekcyjne. To jednak z kolei zachęcałoby do podejmowania badań nad formalnymi regułami wnioskowań prawniczych, co wszak „ruch krytyczny” odrzuca. Niesprzeczność w powyższym sensie jest już tradycyjnie głównym przedmiotem zainteresowania jurysprudencji pozytywistycznej<sup>21</sup>, a autorzy „krytyczni” słusznie zwrócili uwagę na ograniczony sukces tego kierunku badań w systemach liberalnych. To wszakże ukazuje tylko zakres problemu relacji między pewnością a elastycznością prawa, problemu stojącego przed każdym systemem prawnym. Nie tyle więc chodzi o ukazanie samej niesprzeczności, co o przedstawienie procesu zastępowania istniejących dotąd reguł i doktryn przez inne.

Wedle innego jeszcze ujęcia „krytycznego” przyznaje się, że prawo liberalne jest spójne (przynajmniej w krótkiej perspektywie czasowej),, lecz równocześnie twierdzi się, że prawidłowości nie wynikają w sposób konieczny z podstawowych przesłanek prawnych<sup>22</sup>. Brak owego „wynikania” można jednak wiązać z inną doniosłą dla systemów liberalnych kwestią, mianowicie z kwestią wyboru. Proces zmiany nieodmiennie zakłada wybór, a wybór implikuje konflikt. Ale konflikt nie jest sprzecznością. Nie ma sprzeczności gdy człowiek szacuje równo i pracę i zabawę, dyscyplinę i przyjemność, i gdy dokonuje wyboru spośród nich, chyba że miałyby wierzyć, że wszystko to winien czynić równocześnie. Podobnie nie ma sprzeczności, gdy reguły prawne dają z jednej strony wyraz zasadzie dotrzymywania zobowiązań, z drugiej zaś zasadzie swobody umów, uprawnieniom płynącym z własności prywatnej i obowiązkom wobec społeczności. Proces podejmowania decyzji może wywołać konflikt między wartościami. Lecz uznanie istnienia choćby krótkotrwałej prawidłowości w ramach systemu wyboru wskazuje, że rozstrzygnięcie konfliktu niekoniecznie jest arbitralne, i że klucz do względnej autonomii prawa być może leży w jego zdolności do godzenia wyboru z prawidłowością.

### III. PRAWO RODZINNE

#### 1. SFERA PUBLICZNA I PRYWATNA ALBO „GEMEINSCHAFT” I „GESELLSCHAFT”

Spróbujmy teraz rozważyć w jakim stopniu analiza podejść „krytycznych” do prawa może mieć doniosłość dla zrozumienia prawa rodzinne-

<sup>21</sup> Zob. zwłaszcza J. W. Harris, *Law and Legal Science*, Oxford 1979.

<sup>22</sup> R. H. Gordon, *Critical Legal Histories*, Stanford Law Review 1984, nr 36, s. 114-115.

go. Freeman<sup>23</sup> wyraził pogląd, że „u podstaw krytycznej teorii prawa rodzinnego leży podział na sferę publiczną i prywatną”. Należy więc zbadać bliżej co stwierdzenie to może oznaczać.

Rola przypisywana w piśmiennictwie „krytycznym” rozróżnieniu na sferę publiczną i prywatną jest niewątpliwie istotna. Jednakże sens owego rozróżnienia i jego implikacje nie rysują się już tak wyraźnie. Może ono (lecz nie musi) być skojarzone z innym rozróżnieniem uważanym za istotne w doktrynie „krytycznej”. Twierdzi ona, że liberalne systemy prawa korzystały równocześnie z dwóch sprzecznych wyjaśnień ludzkiego postępowania: z intencjonalizmu i determinizmu. Ludzie mają wolną wolę; można więc ich winić za nietrafne wybory. Równocześnie jednak ich zachowanie jest wynikiem minionych wydarzeń, zewnętrznych w stosunku do ich woli i stąd nie poddających się ocenie moralnej. Obie te koncepcje są sprzeczne ze sobą i nie widać żadnych szczególnych racji by stosować jedną a nie drugą. Ale liberalizm, z przyczyn leżących poza przedstawionym teraz rozróżnieniem, preferuje intencjonalizm i zakłada jego stosowanie w pewnych kontekstach<sup>24</sup>.

Być może jednak sprzeczność pomiędzy intencjonalizmem i determinizmem jest iluzją. Dyskurs oparty na przesłankach wyboru i zwinienia może być zgodny z wyjaśnieniem deterministycznym. Nie miejsce tu na poszukiwanie rozstrzygnięcia wiekowej debaty filozoficznej<sup>25</sup>. Warto jednak zanotować obserwację ruchu „krytycznego”, iż teoria liberalna skłania się do wiązania perspektywy intencjonalistycznej z kategoriami społecznymi należącymi do sfery „prywatnej”, a perspektywy deterministycznej z kategoriami należącymi do sfery „publicznej”. Umowy i inne formy stosunków ekonomicznych są wynikiem „swobodnej” decyzji; małżeństwo i inne formy współżycia są kwestią „wyboru”. Ale obowiązki publiczne są nam narzucone<sup>26</sup>. Ustaliwszy w ten sposób zestaw kategorii „liberalnych”, „ruch krytyczny” przystępuje następnie do ich unicestwiania. Tak więc siły ekonomiczne i społeczne, nie zaś „osobisty wybór”, winny być uznawane za prawdziwe determinanty zachowania jednostki na rynku. Struktury związane z płcią i przedziałami generacyjnymi, nie zaś jednostkowe samookreślenie, determinują podstawę stosunków rodzinnych. W rezultacie więc „prywatnie wyznaczane” relacje mogą być determinowane społecznie w takim samym stopniu, jak to ma miejsce w przypadku relacji „publicznych”. Analiza ta, jak zresztą każda inna, która przedstawiałaby stosunki prawne w kon-

<sup>23</sup> M. Freeman, *Towards*, s. 174; K. O'Donovan, *Sexual*, s. 3-4.

<sup>24</sup> Zob. M. Kelman, *A Guide to Critical Legal Studies*, Harvard 1987, rozdział 3. ;

<sup>25</sup> Co do tezy, iż determinizm nie stoi w sprzeczności z systemem moralnym opartym na winie zob. J. Glover, *Responsibility*, London 1970 Zob. też H. L. A. Hart, *Punishment and Responsibility*, Oxford 1968.

<sup>26</sup> Zob. M. Kelman, *A Guide*, s. 102 -103.

tekście struktury społecznej, ma znaczną wartość. Z drugiej jednak strony, wykrycie związków między prawem a jego środowiskiem społecznym *nie* jest wcale zasługą ruchu „krytycznego”. Nie trzeba też być zwolennikiem poglądów „na lewo od centrum” by wątpić w możliwość stosowania czystego „intenejonalizmu” do decyzji ekonomicznych, bo skoro jakaś „niewidzialna ręka” steruje wyborami na rynku, to brak tam miejsca na niezależną wolę. Wróćmy jednak do naszej centralnej kwestii, mianowicie charakterystyki rozróżnienia na sferę „prywatną” i „publiczną”. Nie ulega wątpliwości, że zaszeregowanie do jednej lub drugiej nie może wynikać *ex post* z faktu przeprowadzenia jakiegoś prostego zabiegu, tak jak np. nie mogłaby nastąpić zmiana zaszeregowania czynności dostarczania wody dla określonej społeczności ze sfery publicznej do prywatnej jedynie dlatego, że przekazano by własność urządzeń wodnych z sektora publicznego do rąk prywatnych. Rynek jest instytucją sfery publicznej w takim sensie, w jakim nie jest nią rodzina. Dla przykładu, Olsen wyraźnie przeciwstawia rynek „prywatności” rodziny<sup>27</sup>. Rose z kolei przestrzega przed utożsamianiem sfery „publicznej” z „państwową”<sup>28</sup>. Mamy tu więc szereg dychotomii, a jeśli tak, to pojedyncza wszechogarniająca dychotomia sfery „publicznej” i „prywatnej” staje się konstrukcją dosyć podejrzaną.

Przypadek rodziny jest centralną kwestią dla tej problematyki. Wydaje się, że istnieją dostatecznie dobre powody by uznać rodzinę za grupę wyróżniającą się spośród instytucji świata zewnętrznego. Olsen<sup>29</sup> i Unger<sup>30</sup> opisują ów kontrast w kategoriach znanych socjologii od XIX wieku<sup>31</sup>. Rodzina charakteryzuje się cechami wspólnoty (Gemeinschaft), prezentując wartości takie jak przyjaźń, współodpowiedzialność, obowiązkowość, altruizm, ale także hierarchię i podporządkowanie. Na przeciwległym biegunie znajduje się przedsiębiorstwo (Gesellschaft) rynkowe, którego dominującymi cechami są transakcje odręczne, swoboda działania, prawa, interes własny.

Zakładając na razie, że powyższy obraz stanowi trafny opis tych sfer działalności społecznej zbadajmy jakie znaczenie może to mieć dla „krytycznego” podejścia do prawa. Czy owo rozróżnienie stworzone zostało przez system prawny? Analiza przeprowadzona przez Olsen osłabia taki wniosek, bowiem opisuje autorka ta w jaki sposób na przestrzeni naszego wieku reformy prawne zmierzały do upodobnienia rodziny

<sup>27</sup> F. E. Olsen, *The Family and the Market: A Study of Ideology and Legal Reform*, Harvard Law Review 1983, nr 96, s. 1497 -1578.

<sup>28</sup> N. Rose, *Beyond*, s. 61 - 76.

<sup>29</sup> F. E. Olsen, *The Family*.

<sup>30</sup> A. Hunt, *The Theory*, s. 64 i n.

<sup>31</sup> Zob. E. Kamenka, A. Ehr-Soon Tay, *Social Traditions Legal Traditions*, w: *Law and Social Control*, pod red. E. Kamenka i A. Erh-Soon Tay, London 1980.

do rynku i, z drugiej strony, uczynienia z rynku czegoś bliższego rodzinie. Tak na przykład prawa majątkowe i rodzicielskie małżonków zostały zrównane, a obowiązki alimentacyjne nałożone na obie strony. Olsen mogła argumentację poprowadzić dalej i wskazać na negocjacje prywatne jako środek rozstrzygania sporów rozwodowych<sup>32</sup>. Poza domem, obowiązkowe urlopy macierzyńskie i zapewnienie miejsc dla dzieci pracowników w przyzakładowych przedszkolach i żłobkach, mogą być traktowane jako próby wprowadzania wartości „rodziny” do instytucji rynku<sup>33</sup>. Chociaż zabiegi te nie osiągnęły całkowitego sukcesu w zniesieniu istotnych cech charakterystycznych różniących miejsce pracy i dom, sam już tylko zakres działalności prawnej utrudnia posłużenie się argumentem, że prawo tworzy i podtrzymuje ów kategoryczny podział. W gruncie rzeczy historia może równie dobrze czy nawet trafniej być postrzegana jako zapis zabiegów podejmowanych przez liberałów, zabiegów zmierzających do destabilizacji kategorii społecznych, które istniały już na długo przed powstaniem systemów liberalnych. Czy można poważnie utrzymywać, że (względna) porażka tych zabiegów winna być przypisywana wyłącznie niedostatkom doktryn prawnych? Argument w tej mierze sprowadza się do spekulacji nad kwestiami o zasadniczo empirycznym charakterze. Być może, środki prawne skutecznie wdrażane przez odpowiedni czas wytworzą nowe perspektywy społeczne. Ale formułowanie problemu w takich kategoriach sugeruje możliwość istnienia luki pomiędzy światem prawa i światem społecznym oraz redukuje „sprawczą” siłę prawa do kwestii empirycznej.

Być może jednak stanowisko „krytyczne” jest wręcz przeciwne, tzn. że formy liberalnego prawa same są określone przez aprioryczne kategorie społeczne. „Krytyczne” ujęcie całkowitej wzajemnej penetracji świata prawa i świata społecznego pozwala i na ten punkt widzenia. Ujęcie takie wydaje się być bliższe stanowisku Ungera, który wywodzi prawne zasady uczciwości i wspólnoty z instytucji rodziny, przedstawiając je przy tym jako kontr-zasady wobec zasad kontraktowych i zasad interesu własnego dominujących na rynku. Należy jednak przestrzec przed zbyt łatwym akceptowaniem rozróżnienia między wartościami rodzinnymi a rynkowymi. Gdy Tonnies rozwijał koncepcję owych zasad, nie lokował ich w ramach konkretnych struktur społecznych, takich jak np. rodzina. Odnosić się one miały raczej do charakteru i jakości stosunków społecznych w ramach wspólnoty, jakiegokolwiek wspólnoty, czasami zaś nawet całej społeczności. Uznawano również pojęcia te za typy idealne (w ujęciu weberowskim), typy, których elementy dawało się odnajdywać w różnych proporcjach w różnorodnych społeczno-

<sup>32</sup> Zob. J. M. Eekelaar, S. N. Katz, *The Resolution of Family Conflict: Comparative Legal Perspective*, Toronto 1984.

<sup>33</sup> 'Zob. też K. O'Donovan, *Sexual*, rozdział 7 i 8.

ściach lub różnych częściach społeczeństwa. Nie może więc zaskakiwać konstatacja Olsen, że niektóre z cech „rodziny” — np. dominacja mężczyzn nad kobietami — występują również w instytucji rynku, a pewne cechy typowe dla tego ostatniego — np. dążność do zrealizowania własnego interesu (występująca zwłaszcza wśród mężczyzn) — pojawiają się także w rodzinach.

Niemniej, przyznać również trzeba, że istnieje przekonanie społeczne, według którego wartości prezentowane przez rodzinę i przez świat w stosunku do niej zewnętrzny nie są zbieżne. Powszechny jest pogląd, że rodzice nie tylko powinni, ale także faktycznie żywią wobec swych dzieci uczucia inne niż te, które mógłby żywić pracodawca wobec pracowników. Nawet jeśli niechętnie zdaje się sobie sprawę, że małżonkowie mogą nie wytrwać przez wiele lat w uczuciu altruistycznej miłości, którego się od nich oczekuje, to jednak uważa się — jak sądzę — że łączą ich więzy wzajemnej odpowiedzialności o innym charakterze niż więzy łączące współników. Społecznie uznane rozgraniczenie tego rodzaju może z pożytkiem być opisywane w kategoriach podziału na sferę „publiczną” i „prywatną”.

Wpływ owych różniących się poglądów na doktryny prawnicze nie jest jednak bezpośredni. Rozważmy choćby związek między rodzicem a dzieckiem. Można bez wątpliwości orzec, iż oczekiwaniem społecznym jest by rodzice kochali swe dzieci<sup>34</sup>. Prawo wszakże tego nie nakazuje. Według prawa angielskiego — a nie ma powodu by uznawać je za istotnie różniące się od innych systemów — będzie ono interweniować przeciwko rodzicom tylko wówczas, gdy dopuszczą się poważnego zaniedbania wobec dziecka. Nie były również różne systemy prawne skuteczne w kwestii ochrony żon przed złym traktowaniem przez mężów, a więc przez tych, którzy w opinii społecznej winni im miłość i wsparcie. Można argumentować, że różnice między stosunkami prawnymi w sferze prywatnej i publicznej rysują się jaśniej, gdy spojrzeć na kwestie ekonomiczne. Lecz to wątpliwy argument. Oczywiście prawo angielskie przyjmowało, iż mąż ma obowiązek utrzymywać żonę. Ale mechanizmy służące do wyegzekwowania tego obowiązku przez wieki całe były niewidoczne. I faktycznie, jeśli para żyła razem, obowiązek uznawano wprost za nieegzekwowalny; po separacji obowiązek ten stawał się egzekwowalny w szczególnych sytuacjach, o których niżej. Jest prawdą, że inne systemy prawne szły dalej w ujęciu obowiązku męża zaspokajania potrzeb żony. Czy jednak sformułowania te miały lub mają więcej treści, gdy przyjrzeć się bliżej sposobom ich wprowadzania w życie?

Sprawa nie polega ani na tym, że nie ma różnic między stosun-

<sup>34</sup> Zob. R. Dingwall, J. Eekelaar, T. Murray, *The Protection of Children: State Intervention in Family Life*, Oxford 1983.

kami wewnątrzrodzinnymi a handlowymi, ani tym bardziej na tym, by prawo miało je ignorować. Chodzi zaś o to, że różnice te są problematyczne oraz o to, że nie jest wcale oczywiste że normy prawne są na tyle „wrośnięte” w rodzinę by zmiany w sferze prawnej miały być bezpośrednio, czy w ogóle, przenoszone do sfery społecznej, ani też nie jest oczywiste by sformułowane w kategoriach społecznych oczekiwania rodzinne miały koniecznie znajdować odbicie w normach prawnych. Nie wydaje się również, by różnice pomiędzy rodziną i rynkiem zmuszały do podtrzymywania jakiejś zasadniczej dychotomii mogącej stanowić podstawę dla opisu lub krytyki prawa. Niżej postaram się wykazać, że nawet jeśli uczynić można pewne rozróżnienia, to te które czyni się między sferą prywatną i publiczną są dla celów zrozumienia prawa rodzinnego w głównej mierze iluzoryczne i że potrzeba innego podejścia, jeśli chce się wiernie oddać rolę odgrywaną przez prawo w życiu rodziny.

## 2. SFERA PUBLICZNA I PRYWATNA: DYCHOTOMIA PRZEŁAMANA

Przed kilku laty D. Kennedy przedstawił sposób eliminowania przez różnych autorów dychotomii między sferą publiczną i prywatną do stopnia umożliwiającego im opisanie archetypu instytucji „prywatnej”, tj. rodziny, w kategoriach „publicznych”<sup>35</sup>. Jeśli zabieg taki może być uwieńczony sukcesem — a uważam, że może — to użyteczność owej dychotomii dla współczesnych badań prawniczych upada.

Dwa ważne obszary prawa rodzinnego mogą posłużyć jako ilustracja powyższego twierdzenia. Pierwszy dotyczy kwestii ekonomicznych. Wskazano wcześniej, że gdy z jednej strony społeczna percepcja życia rodzinnego akcentuje obowiązki alimentacyjne między członkami grupy, z drugiej uderza — przynajmniej w historii prawa angielskiego — mały stopień odzwierciedlenia tej tendencji w mechanizmach prawnych. Common law nie nakładało na ojca obowiązku utrzymywania dzieci. Nawet podobny obowiązek męża wobec żony był w zasadzie niemożliwy do wyegzekwowania<sup>36</sup>. Również w systemach prawnych mocniej akcentujących wspomniane obowiązki, odpowiednie normy prawne miały bardziej charakter deklaracji niż instytucji realnie dopuszczającej możliwość sankcji. Jaki więc był ów związek między prawem a ekonomiką rodziny?

Twierdzę, iż społeczeństwa opierały się na założeniu, że zasoby rozdzielane są wśród ich nowych członków, tj. dzieci (do niedawna najlicz-

<sup>35</sup> D. Kennedy, *The Stages of the Decline of the Public/Private Distinction*, University of Pennsylvania Law Review 1982, nr 130, s. 1349-1357.

<sup>36</sup> Zob. J. Eekelaar, M. MacLean, *Maintenance after Divorce*, Oxford 1986, rozdział 1 i 2,

niejszego segmentu większości społeczeństw) poprzez mechanizmy rodzinne, a dokładniej: przez członka rodziny, dorosłego mężczyznę. Zakładano dalej, że zebrane przez niego owoce działalności ekonomicznej przejdą na matkę. Było niemało bodźców do postępowania w taki właśnie sposób. W społeczeństwach rolniczych dzieci były źródłem siły roboczej do pracy w polu, później stawały się źródłem dochodów, pracując poza domem przynosiły bowiem zarobki do domu. Zawsze też były potencjalnym źródłem utrzymania dla ojca w latach jego starości. On z kolei musiał utrzymywać żonę by zagwarantować utrzymanie dla dzieci. Choć w jakimś sensie „prywatne”, są to podstawowe funkcje wspólnoty, funkcje „publiczne”. Jest to skuteczny system rozdziału zasobów i nie wymaga on wspólnotowej nadbudowy. Oczywiście, brak zewnętrznej kontroli działalności głowy rodziny może przynieść rezultat w postaci poważnych nadużyć z jego strony. Poza tym, system ten zależny jest także od sprawnego funkcjonowania całego układu rodzinnego. System ten znajdzie się bowiem w niebezpieczeństwie, gdy głowa rodziny odłączy się od wspólnoty, czy to w poszukiwaniu zajęcia, czy w wyniku dysfunkcji małżeństwa, czy wreszcie gdy korzyści ekonomiczne z posiadania dzieci zmniejszą się lub zanikną. Zdarzyło się coś podobnego w Anglii w XVI wieku i od tego momentu prawo jest coraz bardziej aktywne we wdrażaniu rodzinnych obowiązków alimentacyjnych. Ale początkiem tego procesu była zwiększona zależność alimentacyjna porzuconych kobiet i dzieci od społeczności w której przyszło im żyć, zjawisko które postrzegano jako zagrażające dobrobytowi tejże wspólnoty. Jeśli spojrzeć na rozwój sankcjonowania obowiązków rodzinnych, czy to w Anglii od XVI wieku do dziś, czy we współczesnych państwach afrykańskich, czy też jeśli przyjrzeć się nowym postanowieniom kodeksów europejskich zwiększających uprawnienia współmałżonka do dziedziczenia majątku rodzinnego, czy wreszcie jeśli mieć na uwadze nowe ustawodawstwo amerykańskie w kwestii egzekwowania obowiązków alimentacyjnych wobec dzieci, nasuwa się następujący wniosek: zakres ingerencji prawnej w egzekwowanie solidarności rodzinnej pozostaje w stosunku wprostproporcjonalnym do stopnia nieskuteczności rodziny jako dystrybutora zasobów w ramach społeczności<sup>37</sup>.

Doniosłość powyższego stwierdzenia dla naszych rozważań jest następująca. Prawo jest instrumentem publicznym. Ujęcie w normach prawnych wartości społecznych związanych z życiem rodzinnym następuje albo wzmacnia się wówczas, gdy rozkład życia rodzinnego osłabia zdolność rodziny do służenia społeczności i w ten sposób powstaje zagrożenie dla interesów publicznych, czy to poprzez zwiększony nacisk na finanse publiczne, czy też poprzez groźbę destabilizacji społecznej.

<sup>37</sup> Por. M. T. Meuiders-Klein, J. Eekelaar, *Family, State and Individual Economic Security*, Oxford 1988.

I odwrotnie: gdy interes publiczny jest zaspokojony poprzez właściwe funkcjonowanie systemu rodzinnego, wówczas prawo odgrywa niewielką rolę w określaniu lub egzekwowaniu pożądanych wartości. Jeśli powyższa analiza jest trafna, to wprowadza w błąd przedstawianie prawnych obowiązków rodzinnych w taki sposób, jakby były w opozycji do formuł prawa „publicznego”. Przeciwnie, winny one być postrzegane jako integralna część systemu prawa publicznego.

Drugim obszarem ilustrującym moje twierdzenie niech będzie historia angielskiej polityki socjalnej wobec dzieci. W czasach pre-industrialnych prawo zajmowało się ochroną interesów dziecka tylko o tyle, o ile «miało ono stać się spadkobiercą obszarów ziemskich. Była to bowiem sprawa istotna dla społeczności zainteresowanej wówczas tym, by własność pozostawała w rękach rodziny. Dziecko mogło być także źródłem bogactwa dla rodziny, czy to poprzez małżeństwo, czy też w rezultacie świadczenia przez nie usług i takie interesy także znajdowały ochronę prawną przed ich uszczupleniem w drodze działań osób trzecich wyrządzających szkodę dziecku<sup>38</sup>. Prawo nie interesowało się jakością stosunków rodzinnych lub dziećmi jako takimi. Natomiast regulowało sposób alokacji dóbr pomiędzy grupami rodzinnymi. Ten bowiem obszar zainteresowania publicznego uważano wówczas za wymagający unormowania.

Ale przejawy społecznego zainteresowania dziećmi i „prywatnym” światem rodziny mogą także odnalezione być gdzieś indziej. Pelling<sup>39</sup> opisuje sposób, w jaki już w XVI wieku społeczności zainteresowane „jakością” przyszłych pokoleń reagowały na zły stan zdrowia dzieci (również stan zdrowia wynikający z niewłaściwych zabiegów rodzicielskich). Również w szczytowym — zdaniem autorów „krytycznych” — okresie liberalizmu, tj. w XIX wieku, ustawodawstwo angielskie nakładało na rodziców obowiązek prawny (sankcjonowany przez prawo karne) zaszczepienia dzieci przeciwko ospie w pierwszym roku życia<sup>40</sup>. W tym samym XIX wieku zaobserwować można było wzmocnienie ochrony prawnej dzieci przed szkodami wyrządzanymi im przez rodziców. W pierwszym okresie nastąpiło to w kontekście obaw o porządek publiczny w związku z hordami bezdomnych dzieci włóczących się ulicami na początku XIX wieku<sup>41</sup>. Lecz zainteresowanie społeczne tym, co się działo — lub co się nie działo — w zaciszu domu rodzinnego

<sup>38</sup> Zob. J. Eckelaar, *The Emergence of Children's Rights*, Oxford Journal of Legal Studies 1986, nr 6, s. 161-182.

<sup>39</sup> M. Pelling, *Child Health as a Social Value in Early Modern England*, Journal of the Society for the Social History of Medicine 1988, s. 136-164.

<sup>40</sup> Zob. R. Porter, D. Porter, *AIDS: Law, Liberty and Public Health*, w: *Health, Rights and Resources*: King's College Studies 1987-8, pod red. P. Byrne'go, Oxford 1988, rozdział 4.

<sup>41</sup> J. Eckelaar, R. Dingwall, T. Murray, *Victims or Threats? Children in Care Proceedings*, Journal of Social Welfare Law 1982, s. 68-82.

znajdowało wyraz nie tylko w postaci środków prawa karnego czy socjalnego. Powinniśmy przypomnieć sobie teraz ostrzeżenie Rose'a<sup>42</sup> o błędzie w utożsamianiu sfery publicznej z państwową. Ważną rolę w szerzeniu kontroli społecznej nad rodzicami odgrywały dobrowolne stowarzyszenia, nie zaś państwo. Chodziło przy tym o próby przekształcania zachowania jednostek w kierunku zgodnym z oczekiwaniami szerszej społeczności. Np. fundusze i usługi podzielane były między ubogich pod warunkiem, że zachowywali się oni zgodnie z określonym kodeksem moralnym. W szczególności przekonanie, że przestępcze zachowania były raczej kwestią wychowania niż sprawą cech wrodzonych, doprowadziło reformatorów do wniosku, że zachowania takie wywołane są głównie poprzez wadliwe funkcjonowanie rodziny. Lekarstwem na to było więc usuwanie dziecka z rodziny<sup>43</sup>. I tak jak nie powinniśmy utożsamiać takich działań z państwem, tak też nie powinniśmy dochodzić do wniosku, że były one formą narzucania klasowo zdeterminowanych wartości. Wiele bowiem dobrowolnych stowarzyszeń korzystało z poparcia klasy robotniczej lub wręcz z jej szeregów się wywodziło<sup>44</sup>.

Państwo z kolei mocniej zaangażowało się w owo procesy „normalizacyjne” wówczas, gdy zaczęto winić rodzinę za dostrzegalnie złą kondycję fizyczną młodego pokolenia w czasach zagrożenia dla potęgi imperialnej, zwłaszcza zaś nasilających się wpływów niemieckich<sup>45</sup>. W Anglii działalność ta przybrała głównie postać środków z zakresu opieki zdrowotnej, w innych zaś krajach podobne obawy o kondycję narodu znajdowały wyraz w odpowiedniej polityce rodzinnej, zwłaszcza zaś polityce pronatalistycznej. Można więc zauważyć, że najbardziej intymne procesy, takie jak prokreacja i jakość opieki nad dzieckiem, przedstawiają istotne znaczenie dla szerszej społeczności. Ze społecznego punktu widzenia mogą one być traktowane jako materie prywatne, nie zaś publiczne. Ale z punktu widzenia polityki prawnej dotyczą one interesu publicznego w takim samym stopniu, jak każda inna materia poddana prawnej regulacji.

Powstaje pytanie, jak — z uwagi na interes publiczny w kwestii jakości opieki nad dzieckiem — scharakteryzować winno się rolę rodzicielską w kategoriach dychotomii sfery prywatnej i publicznej? Można bowiem powiedzieć, że opieka nad dzieckiem jest sprawą prywatną, poddaną interwencji państwa tylko wtedy, gdy przekraczane są normy publiczne. Można jednak także utrzymywać, że normy dotyczące opieki nad

<sup>42</sup> N. Rose, *Beyond*.

<sup>43</sup> J. Eekelaar, *Family Law and Social Control*, w: *Oxford Essays in Jurisprudence* (Third Series), pod red. J. Eekelara, J. Bella, Oxford 1987, rozdział 6.

<sup>44</sup> Zob. R. Dingwall, J. Eekelaar, *Families and the State: An Historical Perspective on the Public Regulation of Private Conduct*, *Law and Society Review* 1988, s. 341 - 361.

<sup>45</sup> *Ibidem*.

dzieckiem wywodzą się z regulacji bytu społeczności i że rodzice działają tylko jako przedstawiciele tejże społeczności z zadaniem wdrażania jej polityki. Można odnaleźć wiele argumentów na rzecz którejkolwiek z tych koncepcji. Tego typu charakterystyki, wzmacniane wiarą w znaczenie dychotomii, są jednak chybione. One bowiem są tylko dwoma różnymi — choć w równym stopniu do obrony — sposobami patrzenia na to samo zjawisko.

Zamiast języka używającego określeń „prywatny”, „publiczny”, wołę odwoływać się do pojęcia interesu publicznego. Funkcjonowanie instytucji należącej do sfery „prywatnej” może często być sprawą interesu publicznego. Podlega ona więc wówczas regulacji prawnej, i zawsze tak było. Małżeństwo, „brama” do sfery prywatnej, od dawna jest pod kontrolą publiczną w większości społeczeństw („liberalnych” czy innych). Regulacja unieważnalności i rozwodu, sięgająca do najintymniejszych aspektów stosunków osobistych, nie miała respektu dla stworzonych przez społeczeństwo kategorii. Z punktu widzenia zrozumienia prawa rodzinnego wymaga analizy proces przejścia od spostrzeżenia, że zachowanie — obojętne czy mieszczące się w sferze prywatnej czy publicznej — dobrze służy interesowi publicznemu bez wzywania prawa na pomoc, do przekonania, że interes publiczny wymaga reakcji prawnej. Wymagać to będzie wzięcia pod uwagę wyobrażenia, jakie dana społeczność ma o sobie i o zdarzeniach, które obrazowi temu mogłyby zagrozić. Wymagać to będzie także przebadania historycznie uwarunkowanej konfiguracji grup interesu w ramach danej społeczności oraz ich kontroli i dostępu do procesu prawotwórczego. Krótko mówiąc, winno zwrócić się uwagę na charakter i treść interesu publicznego aktualnego w danym czasie w ramach określonej społeczności, nie zaś na jakieś aprioryczne klasyfikacje mające małą doniosłość z punktu widzenia prawa.

#### IV. CZYM WIĘC JEST „KRYTYCZNE” PRAWO RODZINNE?

Odrzuciwszy podział na sferę prywatną i publiczną jako środek użyteczny dla opisu lub zrozumienia prawa rodzinnego, winniśmy przez chwilę zastanowić się nad inną jeszcze kwestią. Mianowicie, wskazano<sup>46</sup>, że cechą różniącą teorię „krytyczną” od „liberalnej” jest to, że autor „krytyczny” włącza do analizy prawniczej również swoje nader czytelne stanowisko ideologiczne.

Jeśliby tak właśnie było, to podejście „krytyczne” zwracałoby się w kierunku programu politycznego; nie miałoby więc wówczas doniosłości dla prawoznawstwa. Mogliby jednak autorzy „krytyczni” twierdzić, że bez względu na ułomności ich aparatu pojęciowego oraz bez względu na

<sup>46</sup> R. Brownsword, *Book*, s. 329.

to czy mają jakiś określony program czy nie, ich zasługą jest zdemaszkowanie układów sił przenikających pozornie neutralne zasady prawa liberalnego. Tak np. argumentuje Symes<sup>47</sup> przedstawiając pogląd, iż, główną kwestią na wokandzie zmian w prawie rodzinnym jest zależność ekonomiczna kobiet. Olsen<sup>48</sup> idzie jeszcze dalej widząc konieczność przełamania nie tylko dychotomii między rodziną i rynkiem, lecz także dychotomii między kobietą i mężczyzną. Źródłem obu tych dychotomii dopatruje się bowiem autorka w ograniczeniach społecznych narzuconych kobietom w związku z pełnieniem przez nie ról związanych z płcią i wychowywaniem dzieci.

Czym więc różniłoby się od powyższego podejście zastosowane przez autora „me-krytycznego”? Z pewnością nie tym, że utrzymywałby iż istnieje dogmatyczna, nieprzekraczalna przepaść między sferą „publiczną” i „prywatną”. Również nie tym, że pominąłby analizę ekonomicznej zależności kobiet, czy że przyjąłby odmienny wniosek w kwestii kluczowego znaczenia ról związanych z płcią i wychowywaniem dzieci w stworzeniu owej zależności. Będąc jednak w mniejszym stopniu przekonany do poglądu, iż cechy te są niczym innym jak tylko manifestacją liberalnej ideologii prawnej, autor „nie-krytyczny” mógłby być bardziej ostrożny w proklamowaniu konieczności ich wyeliminowania. Analiza autora „nie-krytycznego” mogłaby natomiast skoncentrować się na tym jak do tego doszło, że społeczeństwa zaczęły w większym stopniu zdawać sobie sprawę z ról, które kobiety pełnią w ramach wspólnoty oraz uświadamiać sobie różne inne aspekty interesu publicznego.

Autor „nie-krytyczny” mógłby też postawić szereg pytań następującego rodzaju. Czy społeczność miałaby dążyć do uniezależnienia ekonomicznego kobiet poprzez świadczenia na ich rzecz z funduszy publicznych w uznaniu kosztów wychowywania dzieci? Jeśli tak, jakie byłyby tego implikacje dla gospodarki narodowej? Jak zabieg taki wpłynąłby na równowagę ekonomiczną między rodzinami (np. czy bogate rodziny dostałyby więcej niż biedne, dlatego że dla nich koszty utrzymania dzieci byłyby wyższe; albo czy jeśli dochód męża byłby wyższy, to dostałyby mniej, przez co zachowany byłby brak równowagi pomiędzy bogatym mężem a żoną?). Czy koszty alternatywnych form opieki nad dzieckiem winny być potrącane z zarobków? Jeśli tak, to czy nie byłaby to kara za pozostawanie w zatrudnieniu? Jeśli zaś nie, to czy państwo nie świadczyłoby w ten sposób dotacji na rzecz osób lepiej sytuowanych? Czy wreszcie ostatecznym celem jest osiągnięcie równości ekonomicznej między wszystkimi mężczyznami i wszystkimi kobietami, czy tylko pomiędzy mężem i żoną w ramach małżeństwa, czy też może pomiędzy każdym, z rodziców i dziećmi?

<sup>47</sup> P. Symes, *Property*.

<sup>48</sup> F. E. Olsen, *The Family*, s. 1567 -1578.

Pytania podobne do powyższych zyskują na znaczeniu wówczas, gdy zakłóceniu ulegają mechanizmy, które można by nazwać „naturalnymi” mechanizmami dystrybucji zasobów w rodzinie. Zakłócenia te powstają nie dlatego by mechanizmy owe należały do „niedotykalnej” sfery prywatnej i stąd nie mogły być usprawniane lub nawet zastępowane przez inne. Dzieje się tak dlatego, że większa porcja środków ekonomicznych wprowadzona do obiegu gospodarstw domowych z dziećmi wywołuje szereg zjawisk pochodnych. To samo nastąpiłoby gdyby — jak to podnoszono niedawno w Wielkiej Brytanii — dzieci miały być lepiej chronione poprzez wzmocnienie władczych uprawnień służb społecznych<sup>49</sup>.

W tym miejscu autor „krytyczny” mógłby powtórzyć zastrzeżenie, iż obecna doktryna panująca jest pełna sprzeczności. Na to odpowiedzieć by można, że ujawniając w ramach systemów liberalnych współwystępowanie przeciwstawnych sobie zasad i wartości o odmiennych znakach, nauka „krytyczna” odkryła nie słabość, lecz siłę tych systemów<sup>50</sup>. Są powody by przypuszczać, że uznanie i artykulacja poprzez prawo szerokiego spektrum wartości<sup>51</sup> występujących w ramach społeczeństw wskazuje na zdrowszą politykę niż taka, w ramach której jedna grupa wartości osiąga na tyle znaczną przewagę, że eliminuje inne. Z punktu widzenia prawoznawstwa, zrozumienie kluczowego zagadnienia teoretycznego podniesionego przez Hunta, tj. kwestii „relatywnej autonomii prawa”, staje się łatwiejsze, gdy docenić, że jednym z najistotniejszych zadań prawa jest taki jego udział w procesie wyboru między wartościami stojącymi w konflikcie, by rezultat prawny nie był sam w sobie wewnętrznie sprzeczny lub niespójny. Proces, mocą którego wybory spośród stojących w konflikcie wartości są rozstrzygane w postaci rozwiązań mieszczących się w spójnych ramach jest owym niepowtarzalnym wkładem wnoszonym do porządku społecznego przez instytucje prawne. Tenże właśnie proces jest źródłem „relatywnej autonomii” prawa wobec sił społecznych, których jest ono wyrazem.

Zakres w jakim wielość mechanizmów instytucjonalnych i prawnych składających się na współczesne społeczeństwo uzyskuje spójność jest przedmiotem badań prawnych, a sposób w jaki godzi się stojące w konflikcie wartości jest zagadnieniem stale otwartym dla rozważań i rewizji. Autor „krytyczny” w mniejszym być może stopniu niż autor nie należący do tego ruchu, zajmuje się badaniem doktrynalnych i empirycznych problemów z zakresu osiągania stanu owej spójności, w większym zaś jest pewien odpowiedzi na pytania o konflikty wartości. Jego dewizą

<sup>49</sup> Podaję za R. Dingwallem, *A Child in Trust. Report of the Inquiry into the Death of Jasmine Beckford*, *Modern Law Review* 1986, nr 49, s. 489 - 507.

<sup>50</sup> Zob. M. Krygier, *Critical*, s. 34 - 37.

<sup>51</sup> Termin „wartości” oznaczać ma cele, aspiracje, ideały wyznawane przez znaczącą część danej społeczności.

jest więc bardziej wiara niż prawda<sup>52</sup>. Jeśliby tak właśnie było, to można zadać pytanie, czy aby ów ruch nie przywłaszczył sobie nazwy „krytyczny” bezpodstawnie.

*Z języka angielskiego tłumaczył Andrzej Szlęzak*

## WHAT IS „CRITICAL” FAMILY LAW?

### Summary

A growing segment of British legal literature, identified by the label Critical Legal Studies UK might be explained as a delayed reflection of the „movement” of that name originating in the United States.

The purpose of this article is to attempt an assessment of the value which a „critical” approach might hold for English family law.

It is not easy to capture the essential thread of critical legal studies. „Critical” legal writers would reject a view of law which saw legal decisions as formal deductions from established premises, and systems of law as emanations of systems of values which have inherent, objective validity. Instead, the „critical” legal conclusion — scarcely a revelation — is that the law is „inextricably mixed in the totality of social relations and institutions”.

As far as family law is concerned, „critical” legal writers would claim that „at the root of a critical theory is the, public/private dichotomy”. The author questions the usefulness of that dichotomy as a tool of contemporary legal analyses. Then, he tries to prove that one feature of „critical” legal theory not shared by “non-critical (liberal)” theory is that the critical writer inserts an explicit ideological stance into his or her legal analysis. If this is so — claims the author — the “critical” approach reverts to a political programme, and is jurisprudentially irrelevant. If the “critical” writer is less concerned about exploring the doctrinal and empirical problems of achieving coherence within the multitude of legal and institutional mechanisms and is surer of the answers to the value-conflicts than the “non-critical” scholar, i.e. if his/her “currency is commitment rather than truth”, one may truly ask whether the movement has appropriated to itself the epithet “critical” under false pretences.

<sup>52</sup> R. Brownsword, *Book*, s. 329: „its currency [...] is commitment rather than truth.”