

ПРАВОВЫЕ ЭМОЦИИ*

Р. ВЕСТ**



Робин Вест, профессор права и философии (Правовой центр Джорджтаунского университета, Вашингтон, США)

Научные исследования по направлению «Право и эмоции», в последние два десятилетия пронизывающие различные дисциплины и методологические подходы, концентрируются вокруг небольшой горстки распространенных комментариев: о том, что право основывается, по крайней мере частично, на эмоциях, даже если это находит выражение в рациональности; о том, что судебное толкование права окрашено эмоциональным отношением судьи к обеим сторонам дела и к тому прецеденту, который он применяет; о том, что право влияет на «эмоциональный объект» не меньше, чем на экономический или политический; о том, что право — особенно уголовное, деликтное и семейное — часто регулирует нашу эмоциональную жизнь; а также о том, что идеал справедливости, к которому стремится право, формируется эмпатическим познанием иного, которое в свою очередь частично приобретает на уровне эмоций. Эти утверждения являются основополагающими

и чрезвычайно важными для нашего понимания природы права.

Однако исследования «права и эмоций» не раскрывают с такой же ясностью другой, возможно столь же важный аспект связи права с эмоциональной жизнью: способность права создавать или производить эмоции, и соответственно создавать или производить, или иным образом влиять на эмоциональное здоровье или эмоционально болезненное состояние граждан, чьих жизней оно касается.

Эмоциональное благополучие сегодня признано одной из основных характеристик, которые либеральное государство как раз и стремится формировать.

Право вызывает эмоции страха, тревожности, надежды, разочарования, мести, гнева. Возможно, исследователям тематики права и эмоций, которые также интересуются значением справедливости, есть смысл обратиться к рассмотрению вопроса, способствует ли право эмоциональному благополучию, а также зависит ли от него способность к моральной взаимосвязи с другими, для которой эмоциональное

* Пленарный доклад на XXVII Всемирном конгрессе по философии права и социальной философии «Право, разум и эмоции» (27 июля — 1 августа 2015 г., Вашингтон, округ Колумбия, США). Перевод с английского языка Е. А. Уваровой (uvarova.info@gmail.com).

** Robin L. West — Professor of Law and Philosophy (Law Center at Georgetown University, Washington, USA)

E-mail: west@law.georgetown.edu

© Robin L. West, 2016

© Уварова Е. А., перевод на русский язык, 2016

благополучие является столь важным. Кроме того, возникает вопрос о том, как право должно быть преобразовано с учетом таких эмоциональных ценностей наряду с более привычными идеалами эффективности, производительности, целостности, последовательности и принципиальности.

КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА: эмоции, которые порождает право, общество равных возможностей, диффузия, взаимное согласие, индивидуализм, конституционализм.

WEST R. LAWFUL EMOTIONS

«Law and Emotions» scholarship of the last two decades, across a range of disciplines and methods, occurs around a handful of common comments: that law is based at least partly on emotions, even as it finds expression in rationality, that judicial interpretation of law is likewise colored by the emotional responses of judges to both the litigants before them and the precedents they apply, that law acts upon the «emotional subject» no less than upon the economic or political subject, that law, and particularly criminal law, tort law, and family law, often regulates our emotional lives, and that the ideal of justice toward which law strives is formed by empathic knowledge of others which is itself garnered partly from emotions. These sentences are central and vitally significant contributions to our understanding of law's nature.

However the «law and emotion» researches have not so clearly investigated another and perhaps equally central aspect of law relation to emotional life: that is law capacity to create, or produce emotions, and therefore to create or produce or influence on emotional health or ill health of the citizens whose lives it touches by other ways. Emotional wellbeing is now recognized as one of the central capabilities that liberal state just tends to develop. Law produces emotions of fear, anxiety, hope, frustration, satiation revenge, rage. Perhaps law and emotion scholars who are also interested in the meaning of justice might therefore fruitfully turn to the consideration whether law promotes emotional wellbeing, and the capacity for moral connections with others for which emotional wellbeing is so important, and how it might be reformed with these emotional values in mind — along side of more familiar ideals of efficiency, wealth, integrity, consistency and principle.

KEYWORDS: emotions that are created by law, society of equal opportunities, diffusion, mutual consent, individualism, constitutionalism.

Междисциплинарная область знаний «Право и эмоции» объединила вокруг себя исследователей права, психологии, экономики, литературы, философии — всех, кто имеет большой интерес к различным проявлениям отношения права к нашим эмоциям и к эмоциональной жизни в целом: их всех охватывает страсть к правовым страстям¹. Для них также выступает

¹ См. прекрасный обзор в этой сфере: *Bandes S. Who's Afraid of Law and the Emotions* / Susan Bandes, Hila Keren // *Minnesota Law Review*. 2010. Vol. 94. P. 1997–2074. — Хорошая коллекция, дающая представление о состоянии исследованности: *The Passions of Law (Critical America)* / ed. by Susan A. Bandes. NYU Press, 2001; *Feldman H. L. Foreword: Law, Psychology, and the Emotions* // *Chicago-Kent Law Review*. 2000. Vol. 74. P. 1423–1430; *Passions and Emotions: NOMOS LIII (NOMOS — American Society for Political and Legal Philosophy)* / ed. by James E. Fleming. NYU Press, 2012. — Раннее влияние было осуществлено широким корпусом американского правового реализма, включая работу Джерома Франка «Law and the Modern Mind» (1930) (*Frank J. Law and the Modern Mind*. Transaction Publishers, 2009) и более современное исследование Марты Нуссбаум об эмоциональных и моральных суждениях (*Nussbaum M. C. Love's Knowledge: Essays on Philosophy and Literature*. Oxford University Press, USA, 1992). — Для коллекции эссе,

общей предпосылка, или предположение, что большинство исследователей права, по крайней мере последние 50 лет, за некоторыми исключениями, ошибочно отводят очень большую роль разуму, рациональности, холодному расчету, собственным интересам и слишком маленькую — эмоциям, творчеству, воображению, генерации, толкованию, восприятию права². Их учение частично предложено как коллективная поправка к тому, что они воспринимают как правовую академическую доминанту и непродуманный уклон в сторону разума и рациональности при объяснении правовых явлений. Согласно этому научному направлению все правовые акторы — законодатели, судьи, присяжные заседатели, истцы, договаривающиеся стороны, члены городского совета, разработчики конституции, авторы универсальных деклараций прав и, конечно, юристы и правоведы — по крайней мере, иногда и в определенной степени (и время от времени это даже к лучшему), хотя гораздо чаще наоборот, склоняются к легалистским решениям или удачным юридическим аргументам, скорее всего, под влиянием эмоций, нежели под давлением нравственной силы общих или нейтральных принципов, выводов естественного права, умозаключений на основании предыдущей практики, расчета социальных расходов и выгод³. Если говорить более глобально, то некоторые исследователи права и эмоций обосновывают тот факт, что теоретики права охотнее склоняются к тому, чтобы признавать незаурядную роль рациональности и отводить второстепенную — эмоциям при определении происхождения верховенства права, производных от него идей, и это является результатом корыстной игры, метафорического договора или высокорационалистического соглашения⁴. Легализм, как они утверждают, скорее всего, имеет

в которых раскрывается влияние взглядов М. Нуссбаум в отношении влияния эмоций на моральные решения, — книга под редакцией Р. Вест «Nussbaum and the Law» (Nussbaum and Law (Philosophers and Law) / ed. by Robin West. Ashgate Pub Co, 2015).

² Ранние и влиятельные критики см.: *Henderson L. Legality and Empathy // Michigan Law Review. 1987. Vol. 85. P. 1574–1653; Brennan W. J. Reason, Passion and the Progress of the Law // Cardozo Law Review. 1988. Vol. 10. Issues 1–2. P. 3–24; Harris A. P. A(nother) Critique of Pure Reason: Toward Civic Virtue in Legal Education / Angela P. Harris, Marjorie Shultz // Stanford Law Review. 1993. Vol. 45. P. 1773–1805; Minow M. Passion For Justice / Martha Minow, Elizabeth Spelman // Cardozo Law Review. 1988. Vol. 10. P. 37–76; West R. 1) Jurisprudence and Gender // The University of Chicago Law Review. 1988. Vol. 55. P. 1–72; 2) Caring for Justice. NYU Press, 1999; Resnik J. On the Boas: Feminist Reconsiderations of the Aspirations for our Judges // Southern California Law Review. 1988. Vol. 61. P. 1877–1944; Gabel P. 1) The Phenomenology of Rights-Consciousness and the Pact of the Withdrawn Selves // Texas Law Review. 1984. Vol. 62. P. 1563–1597; 2) Another Way of Seeing: Essays on Transforming Law, Politics and Culture. Quid Pro LLC, 2013. — Для обзора недавнего обсуждения в науке и общественном мнении в отношении эмпатии получения судебных решений см. статью Робин Вест «The Anti-Empathic Turn» (*West R. L. The Anti-Empathic Turn // NOMOS, Forthcoming; Georgetown Public Law Research Paper. 2011. N 11–97. P. 9–57*).*

³ Ярким примером такого рода претензий в этом контексте является обращение к биографии судьи Кардозо (см.: *Noonan Jr. J. T. Persons and Masks of the Law: Cardozo, Holmes, Jefferson, and Wythe as Makers of the Masks. University of California Press, 2002*).

⁴ *Frank J. Law and the Modern Mind. Transaction Publishers, 2009; Dailey A. C. The Hidden Economy of the Unconscious // Chicago-Kent Law Review. 2000. Vol. 74. P. 1599–1623; West R. Law, Rights, and Other Totemic Illusions: Legal Liberalism and Freud's Theory of the Rule of Law // University of Pennsylvania Law Review. 1986. Vol. 134. P. 817–882.*

источником своего происхождения, так же как и основным обоснованием, примитивные страхи и опасения, которые мы вызываем друг у друга, боязнь за нашу коллективную и индивидуальную судьбу и, как минимум иногда, нашу надежду на общество и нашу любовь друг к другу, которые порождают взаимное влечение и потребность друг в друге. Более того, те направления правового регулирования, которые возникают в результате правоприменительной дискреции — то ли судьи, то ли административного органа, — берут свое начало не в логике и не в практическом опыте, а скорее в любой из многочисленных эмоций, внезапно возникающих при принятии решения: возможно, в связи с глубоким сочувствием со стороны судьи, возникающим при изложении фактов как самими участниками дела, так и общим правом в целом; или, может быть, из-за антипатии или даже презрения в связи с отвращением к человеческой слабости, коренящейся в отчуждении; такое презрение может возникнуть у судьи при рассмотрении дела в отношении деградирующего биологического существа; или, может быть, из-за инфантильного стремления судьи к авторитетной фигуре, от которой будет исходить и власть, и любовь⁵. Судебное предчувствие, диктующее судебное мнение, может иметь или не иметь причинно-следственные связи с голосом моральной интуиции, или находиться под влиянием пищеварения судьи после завтрака, который он съел утром; мы можем приберечь эту дискуссию для следующего раза. Но слишком вероятно, что судебные предчувствия связаны с эмоциональной окраской судьи, сформированной, в свою очередь, первым жизненным опытом любви, теми или иными потребностями, страхами, человеческими взаимосвязями. Исследователей права и эмоций объединяет очень общее представление о подходах к изучению всего этого: иррациональности, страстей и эмоций во всех их юридических выражениях.

Влияние данной работы, которая рассматривается как коллективная, является значительным; его глубина и амбиции интересны. Исследователи права и эмоций правильно обращают внимание академического сообщества на эмоциональные основы происхождения законодательных актов и их судебного толкования, так же как и на эмоциональность и страстность человеческой природы — в противовес субъекту, сконцентрированному на подсчете всех возможных выгод, или корыстному эгоистичному субъекту, или политически управляемому субъекту с жадной завоевать мир или власть, довольно часто находящемуся в центре пристального внимания права и, бо-

⁵ См. ранние примеры скептицизма в отношении рациональности судебного вынесения решений: *Frank J.* Law and the Modern Mind. Transaction Publishers, 2009; *Hutcheson Jr. J. C.* The Judgment Initiative: The Function of the 'Hunch' in Judicial Decision // *Cornell Law Quarterly*. 1929. Vol. 14. P. 274–288; *Llewelyn K.* Some Realism About Realism: Responding to Dean Pound // *Harvard Law Review*. 1931. Vol. 44. P. 1222–1230; *Cohen F.* Transcendental Nonsense and the Functional Approach // *Columbia Law Review*. 1935. Vol. 35. P. 809–817. — Для реконструкции характера судейства, включающей аффект, прагматизм и рациональность, см.: *West R.* Caring for Justice. NYU Press, 1999; *Kennedy D. M.* Toward a Critical Phenomenology of Judging // in *The Rule of Law: Idea or Ideology?* (S. Hutchinson & P. Monahan eds., 1987); *Minow M.* Foreword — Justice Engendered // *Harvard Law Review*. 1987. Vol. 101. P. 64–67; *Abrahamson Sh.* The Woman Has Robes: Four Questions // *Golden Gate University Law Review*. 1984. Vol. 14, Iss. 3. Art. 4. P. 489–503.

лее того, — в центре его могущества. Я верю, что коренная переориентация нашего исследовательского внимания, те основные положения, которые такая переориентация влечет за собой, те мысли, коллективно вырабатываемые вследствие этого, очень важны и продуктивны; все они представляют собой настоящий прорыв в нашем понимании природы права и наших идеалов, связанных с ним, и наших страхов в отношении него.

Однако в своих тезисах сегодня утром я хочу сформулировать вопрос, которым, по моему убеждению, пренебрегли исследователи права и эмоций: я настаиваю на том, чтобы мы сосредоточились на нем. В общем виде моя критика заключается в следующем: исследователи права и эмоций рассматривают влияние эмоций на право и на наше понимание справедливости, влияние права на эмоциональную жизнь и делают это на высоком уровне. Что же они или мы недостаточно исследовали, так это эмоции, которые *продуцирует* право, или порождает, или творит, или вырабатывает, — эмоции, которые право само по себе генерирует, а не, скажем, эмоции, влияющие на право, либо эмоции, на которые влияет право. Цитируя Вильяма Джеймса, мы не выработали понимания «разнообразия правового опыта»⁶. Повторяя Фуко, мы не уделили достаточного времени рассмотрению эмоций, которые рождаются правом и легализмом, но обращаем внимание на те эмоции, которые влияют на право, либо на те, которые осуждаются правом либо урегулированы им⁷. Учение о праве и эмоциях странным, на первый взгляд, образом основывается на понимании права как продукта волеизъявления суверена, в то время как эмоции приходят отовсюду — из сердца, домашнего очага, из семьи, из личной или частной сферы жизни, из раннего детства или от груди матери. Но в любом случае они имеют свое происхождение в ином месте, чем право или политика. Исследователи права и эмоций, в отличие от более традиционных рационалистов, прагматиков, обычных адвокатов и правовых экономистов, которых они оспаривают, видят влияние эмоций на право⁸ и видят, как право влияет на эмоции⁹. Однако и у тех, и у других — и у исследователей права и эмоций, и у правовых рационалистов — одинаковое видение различного происхождения права и эмоций: эмоция идет из сердца, домашнего очага,

⁶ *James W.* The Varieties Of Religious Experience: A Study In Human Nature. Create Space Independent Publishing Platform, 2009.

⁷ *Foucault M.* The History of Sexuality, Vol. 1: An Introduction. Vintage; Reissue edition, 1990.

⁸ См. примеры из сферы уголовного права: *Bandes S. A.* Empathy, Narrative, and Victim Impact Statements // University of Chicago Law Review. 1996. Vol. 63. P. 361–412; *Kahan D. M.* Two Conceptions of Emotion in Criminal Law // Dan M. Kahan, Martha C. Nussbaum // Columbia Law Review. 1996. Vol. 96. P. 269–374; *Baker K. K.* Gender and Emotion in Criminal Law // Harvard Journal of Law and Gender. 2005. Vol. 28. P. 447–466; *Gray D.* Justice and Mercy in the Face of Excessive Suffering: Some Preliminary Thoughts // in Nussbaum and Law (Philosophers and Law) / ed. by Robin West. Ashgate Pub Co, 2015.

⁹ Недавняя работа Клер Хантингтон по семейному праву является прекрасным примером. К. Хантингтон демонстрирует, как семейное право влияет и на семейные отношения, и на эмоции, возникающие в семье, часто деструктивные (*Huntington C.* Failure to Flourish: How Law Undermines Family Relationships. OUP USA, 2014; *Singer J.* Divorced From Reality: Rethinking Family Dispute Resolution. NYU Press, 2015).

из семьи, социального и интимного взаимодействия, в то время как право происходит от суверена.

Это представляется неправильным. Безусловно, это не является абсолютно неправильным — очевидно, что некоторые из наших эмоций имеют истоки в частной и интимной сфере, и много что в правовом регулировании исходит из публичной воли государственного суверена. Но как бы то ни было, неправильной является именно направленность этой сферы научных исследований. Не только сердце, домашний очаг, близкие люди и семья порождают эмоции. И право порождает не только правила и судебные позиции. Мое мнение заключается лишь в том, что право также создает эмоции: некоторые из наших эмоций являются функцией права даже больше, чем функцией семьи. Если это правда, то я думаю, что это важно как для изучения эмоций, так и для изучения права.

Здесь я хочу сделать свое утверждение более правдоподобным и более конкретным, предположив, что право США вызывает у своих адресатов, каковыми мы и являемся, четыре особые и в значительной степени нездоровые эмоции. Это достойный предмет исследования, и это должно привлекать внимание. Четыре особые правовые эмоции, которые я собираюсь идентифицировать и обсудить, по моему убеждению, являются вредными: они, сменяя друг друга, по очереди сужают наши критические возможности, отдаляют нас от нашего собственного понимания как своего субъективного гедонистического «я», так и наших объективных интересов; урезают наше политическое и моральное представление и подрывают чуть ли не самые важные аспекты человеческого процветания. Впрочем, у меня совсем нет намерения отрицать, что право производит не только те эмоции, которые я идентифицирую и предлагаю к обсуждению. Я также не собираюсь утверждать, что право не производит здоровых эмоций. Выбранные мной примеры являются лишь поводом для размышлений.

Итак, сначала я перечислю эти эмоции, а потом рассмотрю их последовательно. Во-первых, американское конституционное право, как я утверждаю, вырабатывает нестандартные авторитарные чувства, сменяющие друг друга, по подчинению, почитительности, уважению. Это должно быть поводом для тревоги, а не для прославления, как традиционно бывает как в политическом, так и в правовом аспекте. Во-вторых, «культура контракта», неожиданно появившаяся в Америке, с ее обещанием свободы, ее этикой согласия и ее твердым отрицанием возможности существования даже наименьших махинаций в сфере частной власти, на мой взгляд, приводит к отчуждению от наших собственных субъективных желаний и удовольствий, и от какого бы то ни было объективного содержания наших собственных способностей. В остатке — то, что я называю «дисфорией по обоюдному согласию». В-третьих, концепция «общества равных возможностей», в свете которой мы интерпретируем наши разнообразные обороты гражданских прав, внесла порцию такой нужной честности и базовой справедливости в публичные и частные институты, которые требуют и первого, и второго с излишком. Однако она же стала причиной появления чувства абсолютного уныния и беспокойства, низкой способности к сочувствию, поскольку теперь мы учимся оценивать наши собственные недостатки и недостатки

других, вместо того чтобы презюмировать честность и меритократичность. И, в-четвертых, объятия легализма в отношении, возможно, крепкого, но часто насильственного индивидуализма, вместе с его презрительным пренебрежением глубиной требований, которые возложены на плечи тех, кто беспокоится о молодежи и о людях пожилого возраста, порождают страх, и во многом из-за ощутимой материальной и физической опасности этот страх оказывается прямо в сердце семейной жизни. Этот семейный страх в свою очередь стал причиной серьезных эмоциональных проблем и патологий. Учение о праве и эмоциях на сегодня не концентрирует внимание на этих (или других) дисфункциональных или нездоровых эмоциях, которые могут быть обязаны своим происхождением скорее праву, чем семье. Я хочу рассмотреть последовательно каждую из них. Опять-таки, по моему большому убеждению, такие эмоции являются продуктом, а не предметом права. Они происходят из правовой формы нашего политического устройства, а не из чего-то другого, что могло бы иметь место в нашей политической или личной жизни.

А. В Америке верховенство права — это король. Есть ряд вещей, которые мы не понимаем в правовой культуре США, в отношении нашей чрезмерной американской преданности федеральной Конституции США. Для значительного числа американских ученых-юристов преданность и верность Конституции Соединенных Штатов и ее институциональным атрибутам является вполне оправданной верой: ученые провозгласили свою веру в нравственную силу Конституции Соединенных Штатов так же легко, как должностные лица несут обязательство по принятию присяги защищать ее. Значение Конституции, конечно, горячо обсуждается сквозь научно-исследовательскую призму, как и средства, с помощью которых мы его определяем, фактически каждым, чьим предметом исследования она становится. Но для удивительно большого количества американских ученых-конституционалистов, а также многих юристов, работающих в сфере конституционного права, ее достоинства неоспоримы. Мы не любим, не уважаем короля и не присягаем ему на верность. Но мы делаем все это и многое другое для Конституции¹⁰.

Это странно для граждан, которые гордятся своей антиавторитарной неугомонностью, но это еще более странно для юридической науки, которая гордится своей приверженностью просветительским ценностям, в том числе критическим отношением к законной власти. Правоведы практически всех философских убеждений, политических взглядов и сфер

¹⁰ Существует достаточное количество исследований, в которых определяется глубина и иногда иррациональность конституционной веры, но очень мало тех, в которых делается попытка ее понять (*Levinson S. Our Undemocratic Constitution: Where the Constitution Goes Wrong (and How We the People Can Correct It)*. Oxford University Press, 2008; *Seidman L. M. On Constitutional Disobedience (Inalienable Rights)*. Oxford University Press, 2013; *West R. Constitutional Skepticism* // *Boston University Law Review*. 1992. Vol. 72. P. 765–799; *Cover R. M. The Supreme Court, 1982 Term — Forward: Nomos and Narrative* // *Harvard Law Review*. 1983. Vol. 97. P. 4–68; *Tushnet M. Red White and Blue: a Critical Analysis of Constitutional Law (Constitutional Thinking)*. University Press of Kansas, 2015; *Unger R. M. The Critical Legal Studies Movement: Another Time, A Greater Task*. Verso, 2015).

знаний гордятся своим скептическим отношением к значимости той или иной отрасли права. Действительно, для многих этот скептицизм в отношении справедливости позитивного права является очень знакомым для их юриспруденции и выступает определяющей чертой их профессиональной и научно-правовой позиции. Ни один ученый из сферы коммерческого права не провозгласил бы вечную веру в доктрину собственника в порядке законного правопреемства (*Holder In Due Course*); нет ни одного ученого из сферы договорного права, который бы утверждал, что ценность доктрины возмещения защищена от критического нормативного рассмотрения; никто из тех, кого я знаю, не утверждал бы, что доктрина небрежности в деликтном праве должна быть предметом обожания, независимо от ее последствий или справедливости. Ни один ученый из сферы семейного права не предполагает, даже в эту эпоху высокой сентиментальности, что нравственное, социальное или политическое значение государственного признания законных браков является темой, на которую наложено табу для юридического дискурса. Возможность критики позитивного права и позитивных правовых институтов является центральной концепцией и для правового позитивизма, и для естественно-правовой концепции: для позитивистов возможность критической правовой мысли демонстрирует ключевое отличие между правовыми нормами и моральными идеалами¹¹, а для юснатуралистов эта же возможность доказывает объективное существование реальности моральных идеалов, продиктованных скорее справедливостью, чем суверенной властью: наши критические импульсы в отношении права свидетельствуют о существовании естественного права¹². Однако, как ученые и граждане, мы держим конституционное право и преимущественно институты, его создавшие и оберегающие на веки вечные, на земле, где нет никакой человеческой критики. Конечно, мы критикуем отдельные дела как решенные неправильно, критикуем конкретный суд как введенный в заблуждение, критикуем всю эпоху или период времени как конституционное отвращение. Мы нацеливаем большое количество критического огня на конституционных отшельников — Дреда Скотта (*Dred Scott*)¹³, дело «Плесси против Фергюсона» (*Plessey v. Ferguson*)¹⁴, организацию «*Citizens United*»¹⁵, эру Лочнера (*the Lochner era*)¹⁶ как период в американской правовой истории, связанный с решением Верховного Суда США в деле «Лочнер против Нью-Йорка» (*Lochner v. New York*), дело

¹¹ Hart H. L. A. 1) *Positivism and the Separation of Law and Morals* // *Harvard Law Review*. 1958. Vol. 71, N 4. P. 593–629; 2) *The Concept of Law*. Oxford University Press, 2012; 3) *Essays on Bentham: Jurisprudence and Political Theory*. Oxford University Press, 1982.

¹² Finnis J. *Natural Law and Natural Rights*. Oxford University Press, 2011; Fuller L. L. *The Morality of Law*. Yale University Press, 1969.

¹³ *Dred Scott v. Sandford*, 1856. URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/60/393/case.html> (дата обращения: 07.10.2016).

¹⁴ *Plessey v. Ferguson*, 1896. URL: <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/163/537> (дата обращения: 07.10.2016).

¹⁵ *Citizens United v. Federal Election Com'n*, 2010. URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/558/08-205/> (дата обращения: 07.10.2016).

¹⁶ *Lochner v. New York*, 1905. URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/198/45/case.html> (дата обращения: 07.10.2016).

«Рое против Вейда» (*Roe v. Wade*¹⁷) и их последователей. Некоторые из нас критикуют отдельные подходы в толковании как ложные или как не соответствующие духу конституционализма. Однако в большей части мы просто презюмируем справедливость наших конституционных весов: закон, который может быть неконституционным, по нашей оценке, несправедлив, аморален или неразумен, а закон, который на самом деле справедлив, нравственен и разумен, весит больше, если является, согласно нашей оценке, конституционным¹⁸. Практически для всех нас, так же как указы короля были однажды освящены как справедливые и добропорядочные силой нежных солнечных лучей, такое же значение имеет и Конституция¹⁹, которой, страшно сказать, все сходит с рук.

Почему так? Почему существует такая безумная нехватка конституционного скептицизма? Почему скептицизм фактически отсутствует, почему он не является заказом дня, ожидаемой позицией каждого достойного ученого-конституционалиста? Здесь есть несколько возможных объяснений: возможно, такое уважение действительно оправданно. Конституция, можно допустить, действительно является совершенной. Или же значение Конституции может быть настолько неопределенным, что скептицизм, направленный на саму Конституцию, а не на отдельные интерпретации ее положений, просто не востребован. Если же Конституция может означать все, что хочет наделенный властью оратор, в стиле шалтай-болтай, тогда критический огонь надо направлять на предлагаемые интерпретации и на тех, кто их предлагает, а не на Конституцию. Третьим возможным объяснением является то, что большие победы Суда Уоррена — победы в честь прав человека, гражданских прав, основополагающей справедливости — окрашивают наше нынешнее конституционное уважение так же, как та же эпоха установила избирательный барьер для избирателей из штатов, которые были рабовладельческими. Начиная с дела «Браун против Совета по образованию» (*Brown v. Board of Education*) три поколения ученых-конституционалистов и юристов были погружены в определение образования, подчеркивали значимость не только ряда мудрых решений конкретных исторических деятелей, но и значительную добродетель и мудрость всего, что способствовало такому решению, включая саму сущность конституционализма: судебный контроль, антимажоритаризм; идея ограничения политики основополагающим законом, глубокий скептицизм не в отношении самой конституции, а скорее к представителям власти. Иначе говоря, мы были окутаны любовью к разумным принципам права и страхом политических пристрастий, не замечая, что любовь к конституционной разумности

¹⁷ *Roe v. Wade*, 1973. URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/410/113/case.html> (дата обращения: 07.10.2016).

¹⁸ Для полной защиты и празднования роли конституционализма в наших моральных оценках политических решений см. работу Рональда Дворкина «Серьезный взгляд на права» (*Dworkin R. Taking Rights Seriously*. Harvard University Press, 1978).

¹⁹ Тут я предлагаю сравнение метафоры Шекспира в отношении необходимой силы короля с нашей собственной любовью к конституционализму (*West R. Jurisprudence as Narrative: An Aesthetic Analysis of Modern Legal Theory // New York University Law Review*. 1985. Vol. 60. P. 145–167).

и сама является страстью, в отношении которой немного контроля и скептицизма также не будет лишним²⁰.

Эти объяснения, каждое по-своему, являются неудовлетворительными для оправдания нашей страсти к конституции; я не буду их перечислять, поскольку мне уже приходилось это объяснять²¹. По моему личному убеждению, существуют и другие модели объяснения этой своеобразной и действительно исключительной американской страсти, которые могли бы пролить свет. И тогда, я уверена, учение о праве и эмоциях может открыться нам в истинном свете, особенно если мы сосредоточимся на нашем эмоциональном отношении к конституционализму, а не на наших убеждениях относительно него. Мы могли бы, например, вывести правдоподобное объяснение нашей страсти к конституции из размышлений Фрейда о природе легализма, изложенных им в его классических произведениях «Тотем и табу»²², а также «Цивилизация и недовольные ею»²³. Фрейд прекрасно описал как правовые, так и религиозные импульсы — а также эмоции, которые эти импульсы порождают, — как результат мифической сделки: неизвестный договор Гоббса, в которой группа враждующих людей предоставляет власть политическому суверену, чтобы повысить шансы своего собственного выживания и лучше защитить свое имущество от агрессии друг друга. Скорее, в описании Фрейда, люди объединились не для того, чтобы сконструировать патерналистского сильного правителя, который будет защищать их друг от друга, а для того, чтобы, объединившись, убить этого сильного правителя, который защищает и, возможно, даже любит их, но также и терроризирует их. После шока, страха, стыда и вины, которые влечет за собой такое отцеубийство, и зная свою потребность как во власти, так и в заботе, однако также зная о своем желании власти, не воплощенной в смертную родительскую плоть, они конструируют тотем — религиозную власть или, возможно, как предлагает Фрейд, верховенство права. Преимущество тотема перед властью личности или органа заключается в том, что это власть, которая происходит от нечеловеческого источника, однако она может выдавать обязательные приказы, так и проявлять заботу. После установления такой власти лица, ее установившие, связаны различными табу, одно из которых — не критиковать тотем. Тотемическое право, таким образом, обслуживает основную инфантильную потребность: потребность во власти, которая любит, но не угрожает, поскольку не явля-

²⁰ Влиятельное произведение Оуэна Фисса часто озвучивало эту мысль (*Fiss O. M. Objectivity and Interpretation // Stanford Law Review. 1982. Vol. 34. P. 739–763*).

²¹ Указания на недостатки конституции см.: *Seidman L. M. On Constitutional Disobedience (Inalienable Rights). Oxford University Press, 2013; Sunstein C. R. The Partial Constitution. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1993.* — Раннюю экономическую и политическую критику см.: *Beard Ch. A. An Economic Interpretation of the Constitution of the United States. Dover Publications, 2004.* — Мои аргументы в отношении сознательной неопределенности конституции, которые являются ее усеченной критикой, см.: *West R. 1) Constitutional Skepticism // Boston University Law Review. 1992. Vol. 72. P. 765–799; 2) Normative Jurisprudence: an Introduction. Cambridge University Press, 2011.*

²² *Freud S. Totem and Taboo. Greentop Academic Press, 2011.*

²³ *Freud S. Civilization and its Discontents. Merchant Books, 2013.*

ется человеческой, и которой может быть обеспечена абсолютная преданность без риска собственного уничтожения²⁴.

По моему мнению, эта фрейдовская история о тотемах, табу и власти, как религиозной, так и правовой, имеет удивительное сходство с нашим собственным отношением к конституции: мы уничтожили монархическую родительскую власть и заменили ее тотемной Конституцией — власть права, а не людей, поклонение Конституции, а не королю; а самое главное — ограничение возможной опасности со стороны высокоперсонализированной власти законодателей и президентов.

Гипотеза Фрейда, возможно, слишком отдалена от поставленной цели. Те, кто любит объятия нашей конституции, не могут иметь ничего общего с глубоко желанным, но в такой же мере глубоко спорным насильственным эдиповым актом с последующим возведением власти, в которой присутствует нехватка тех человеческих атрибутов, которые мы считаем угрожающими, — таких как физическая сила или политическая воля. Я считаю, что это наводит на размышления о подходе к головоломке в отношении конституционного уважения, который необходимо найти. Он объясняет эмоциональное измерение нашей конституционной веры. Он объясняет, почему наше отношение к нашей собственной конституции такое эмоциональное, почему любой глубокий критицизм является таким табуированным, почему мы выступаем против доказательств нашего осознания того, что ее авторитет превосходит ее человеческое происхождение или человеческую природу ее интерпретаторов. Это объясняет, почему мы настаиваем на том, что она воплощает в себе политическое благоразумие, в то время как она страдает от недостатка политической силы, почему мы воспринимаем ее одновременно как наименее опасную — совсем не имеющую клыков — и как наиболее трансцендентально нечеловеческую, позитивистскую, моральную, принципиальную, бесстрастную, рациональную и справедливую для всех наших институтов. Иначе говоря, это объясняет, почему наши конституционные традиции настолько тотемны и священны. Фрейдистская история представляет собой рассказ о происхождении этой специфической и, в частности, чрезвычайно глубокой, правовой эмоции: эдипова эмоция, казалось бы, коренится в мифических истоках права, но совершенно не зависит от всего относящегося к семье, домашнему очагу или к материнской груди.

В. Дисфория по обоюдному согласию. Акт согласия на что-то, как формальность при заключении договора, чаще всего является правовым актом и влечет за собой юридические последствия. Когда мы даем согласие на обмен, мы создаем соглашение, в противном случае имела бы место кража²⁵. Когда мы соглашаемся на половой акт, мы также придаем правомерный характер тому, что в противном случае могло бы быть уго-

²⁴ Для более полного раскрытия этого аргумента см.: *West R. Law, Rights, and Other Totemic Illusions: Legal Liberalism and Freud's Theory of the Rule of Law* // *University of Pennsylvania Law Review*. 1986. Vol. 134. P. 817–882.

²⁵ *Barnett R. E. Contract is Not Promise; Contract is Consent* // *Georgetown Public Law and Legal Theory Research Paper*. 2011. N 11–29. URL: <http://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1614&context=facpub>.

ловно наказуемым деянием — изнасилованием или любой другой формой сексуального насилия²⁶. Когда мы соглашаемся на условия трудового договора, отношения, которые в противном случае могли бы быть актом порабощения, таковыми не становятся. Как часто отмечается, согласие, а не статус теперь определяет границу между правомерным и неправомерным в физической близости, в сфере занятости, в обмене²⁷. Я называю этот тип согласия, «правового согласия», актом согласия, имеющим юридические последствия в виде трансформации того, что является предметом согласия, в правомерное соглашение. В противном случае это было бы преступлением или гражданско-правовым деликтом.

Правовое согласие играет нестандартную роль в современной юриспруденции. Термин «этика согласия» охватывает широкие сферы права: договорное право руководствуется им, большая часть уголовного права также. Реформаторы правового регулирования об изнасиловании указывают, что эта сфера регулирования должна быть изменена так, чтобы повысить ее соответствие норме о согласии, которая все чаще используется при квалификации изнасилования (чтобы в результате отказаться от имеющейся привязки к применению принуждения и дать определение изнасилования как полового акта без предоставленного согласия)²⁸. Даже вне вопроса законности предоставляемое согласие также становится определенной линией между тем, что является добром или воспринимается как добро, и тем, что не является таковым²⁹. Таким образом, мы уверены в том, что мир, который следует правилу правомерного согласия, является более оптимальным миром, чем тот, который предшествовал ему. Иначе говоря, правомерное согласие делает мир более хорошим, чем просто законным местом. Акт правового согласия, как презюмируется, порождает миры, превосходящие своих предшественников. Чем более наполнен согласием наш мир, тем лучше.

²⁶ См. теорию изнасилования, основанную на концепции согласия (*Turkheimer D. Sex Without Consent // Yale Law Journal. 2013. Vol. 123. P. 335–345*), оригинальную теорию изнасилования как секса без согласия см.: *Estrich S. Real Rape. Harvard University Press, 1988*.

²⁷ *Barnett R. E. Contract is Not Promise; Contract is Consent; Wertheimer A. Consent to Sexual Relations. Cambridge University Press, 2003; The Ethics of Consent: Theory and Practice / ed. by Franklin Miller, Alan Wertheimer. OUP USA, 2009*.

²⁸ *Turkheimer D. Sex Without Consent // Yale Law Journal. 2013. Vol. 123. P. 335–345; Schulhofer S. J. Unwanted Sex: the Culture of Intimidation and the Failure of Law. Harvard University Press, 2000*. — Критический подход к изменению позиции в пользу того, что изнасилование должно определяться как секс без согласия, см.: *Anderson M. Negotiating Sex // Southern California Law Review. 2005. Vol. 41. P. 101–140; Rubinfeld J. The Riddle of Rape-by-Deception and the Myth of Sexual Autonomy // Yale Law Journal. 2013. Vol. 122. P. 1372–1443; Mackinnon C. Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law. Harvard University Press, 1988; Baker K. K. Why Rape Should not Always be a Crime // Minnesota Law Review, Forthcoming; Chicago-Kent College of Law Research Paper. 2015. N 05; Ayres I. A Separate Crime of Reckless Sex / Ian Ayres, Katharine Baker // Yale Law School, Public Law Working Paper. 2005. N 80.*

²⁹ *Posner R. Ethical Basis of Wealth Maximization, in The Economics of Justice. Harvard University Press, 1981*.

Почему так? Что создают основанные на согласии соглашения, что является такой неоспоримой ценностью? Два ответа преобладают над научностью и осознанностью. Во-первых, когда мы предоставляем правомерное согласие на определенные изменения в нашем мире, мы убеждены, что даем его свободно, и свобода сама по себе является для нас настоящей огромной ценностью³⁰. Таким образом, правомерное согласие производно от свободы. И, во-вторых, когда мы соглашаемся на определенные изменения в нашем мире, мы также меняем то, что у нас есть, — секс, деньги или рабочую силу — на что-то, что для нас имеет большую ценность, — близость, продукты, заработную плату. Когда мы совершаем этот обмен, мы обогащаемся; если мы получаем что-то в результате беспроцентной торговли, мы радуемся получению прибавочной стоимости, так же, как и наш партнер по обмену³¹. Соответственно правомерное согласие приносит благосостояние. Мир после предоставленного согласия богаче и свободнее: согласие само по себе, по своему определению, создает ценность. Именно поэтому консенсуальные сделки способствуют развитию богатого и более свободного сообщества, будь то сообщество, которое состоит из двух человек, сообщество в индустрии, сообщество, образующее нацию или международный режим. Обмен по согласию хорош по своему определению. Согласно Парето, такой обмен является оптимальным. С формальной точки зрения здесь нет обратной стороны. Каждый получает пользу.

Вопрос, который я хочу задать в отношении правового согласия, заключается только в следующем: создает ли этот акт согласия — правовой акт, приносящий (это считается аксиомой) богатство и свободу, — что-нибудь еще? Я считаю, что создает: правомерное согласие, по крайней мере иногда, вызывает эмоциональное, ядовитое подводное течение. Договор на труд, секс или потребление — наш согласованный обмен на рабочем месте, в интимной сфере и на потребительском рынке — может, как аксиома, предоставлять богатство и свободу, но именно в силу данного факта — поскольку мы его воспринимаем как способ получения богатства и свободы и как аксиоматически хорошую вещь — он также одновременно может лишить нас способности представлять себе более значимые формы интимности, работы или социального общения; он может ослепить нас, не дав увидеть альтернативные способы бытия в мире; замаскировать власть и жестокость под маской свободы. Такие акты согласия, возникающие иногда невольно, но, как правило, достаточно сознательно, снижают наши инстинкты и стремление к социальной, сексуальной и коммерческой связи с другими, сводят все к набору драгоценных маленьких, но сморщенных

³⁰ *Barnett R. E.* Contract is Not Promise; Contract is Consent.

³¹ Критику экономического обоснования эффективности как этического обоснования ценности благосостояния см.: *Kelman M.* Choice and Utility // *Wisconsin Law Review*. 1979. P. 769–797; *West R.* Authority, Autonomy and Choice: The Role of Consent in the Moral and Political Visions of Franz Kafka and Richard Posner // *Harvard Law Review*. 1985. Vol. 99. P. 384–428; *Kennedy D.* Distributive and Paternalist Motives in Contract and Tort Law, with Special Reference to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power // *Maryland Law Review*. 1982. Vol. 41. Number 4. P. 563–658.

ведений, кислому винограду и материальным потребностям. Итак, наша приверженность ценности «консенсуального секса» — независимо от того, что понимать под согласием — может маскировать, замалчивать, вызывать что-то неуместное и даже более глубокое психологическое желание менее опосредованной и значительно более глубокой формы наслаждения от физической и сексуальной близости между людьми, чем та, которая получена по соглашению о торговле сексуальным доступом ко всему, что мы получаем за плату. Наша стойкая убежденность в том, что консенсуальный акт потребления должен, как аксиома, принести нам пользу, может привести к пресечению нашего инстинктивного желания более значимого человеческого общения с незнакомыми людьми, с которыми у нас коммерческие отношения. Более остро стоит следующий вопрос: легитимность, которой мы наделяем работу, выполняемую на рынке труда, только в силу ее консенсуальности, может ослепить нас, закрыв от нас наше общее желание значимого и полезного способа объединения наших энергий с естественной щедростью земли. Когда у нас есть эта потребность в близости, доставляющей удовольствие, в приносящей радость торговле или в творческой работе, мы берем и прижимаем ее книзу, или растаптываем ее, или позволяем ей быть сфабрикованной нашими полученными легалистическими знаниями о том, что работа, секс и торговля, на которые мы согласились, неизбежно создают свободу и богатство — а значит, они просто обязаны сделать нас счастливыми — мы отдаляемся от своего «я» и отрекаемся от наших горизонтов надежд. Результатом может стать удаление как от нашего гедонического, так и от нашего желаемого «я». Если это так, то право — в данном случае наша легалистическая валоризация юридически обязательных актов согласия — приводит к дисфории.

Послушайте, для примера, довольно известное и достаточно резкое описание Марксом согласия работника на заключение с капиталистом договора о трудоустройстве:

Покидая эту сферу (либеральной идеологии)... которая снаряжает «вольного торговца Vulgaris» своими взглядами и идеями, и стандартом, с помощью которого он судит общество, основанное на капитале и заработной плате, мы думаем, что мы можем принять изменения в физиономиях наших [первичных акторов]. Тот, кто был раньше собственником денег, теперь шагает впереди как капиталист; обладатель рабочей силы следует за ним как его работник. Тот, кто с важным видом самодовольно улыбается, намеревается начать бизнес; другой, боязливый, пасует — он принес свою шкуру на рынок и не может ничего ожидать, кроме поколачивания³².

Это совсем не похоже на договор между двумя свободными людьми, обеспечивающий обоим увеличение их соответствующих квот свободы и богатства. Это больше похоже на правомерное согласие, в результате которого заключается свободный договор в сфере труда, ограничивающий человеческий потенциал работника — об этом ограничении самому работнику хорошо известно — с целью конструктивного взаимодействия с миром через труд, а также с целью значимого и полезного взаимодей-

³² *Marx K. Capital: A Critique of Political Economy. Penguin Classics, 1992.*

ствия с обществом путем социальных взаимосвязей, что является более весомым, чем договорное взвешивание плохих вариантов — голодание, с одной стороны, и приют для его skóry — с другой. Плохие варианты и обещание свободы и богатства приводят к тому, что работник начинает «колебаться и переполняется неуверенностью». Этика согласия приводит к эмоциональной дисфории.

Пример свободного трудового договора Маркса, ограничивающего человеческий потенциал для значимой работы, может быть распространен и за пределы трудовой сферы. Секс-работник в традиционном браке — скажем, жена — чувствует себя связанной своим долгом и зависимостью от предоставленного согласия на секс во время брака, но при этом она так же может колебаться и быть неуверенной, не принося на такой семейный рынок ничего иного, кроме своей кожи, и не ожидая ничего иного, кроме поколачиваний. Потребитель, который что-то покупает, будучи мотивированным коммерческой рекламой, также может колебаться и быть неуверенным; появление потребительской независимости дает немного — насыщает эфемерной и ошибочной потребностью, которая в свою очередь вызывает не удовольствие, а цикл непрерывного разочарования. В целом, договорное согласие, для которого характерно непризнанное бесправие в частной сфере, в которой договор реализуется наряду с отказом от стремления к значимому участию — независимо от того, сексуальная это, коммерческая или трудовая сфера, — не может отражать ничего, кроме риторического воздействия мощного рекламодателя или махинации веков патриархата, приписывавших женщинам и девушкам давать согласие на нежелательную близость; или рынка труда, где ничего другого, кроме приспособления к обстоятельствам, не происходит, что является более предпочтительным, чем угроза голода.

Насыщение искусственно созданными желаниями может создавать лучшие ощущения, чем разочарование такими желаниями в данный конкретный момент; согласие на нежелательный и неприятный секс может быть лучше, чем разнообразные страхи изоляции, заброшенности, голода, насилия или смерти, которые могут быть альтернативой в традиционных патриархальных режимах и, в определенной степени, в либеральных также; зависимость от работодателя в части монотонной работы и унижительной зарплаты, конечно, может перевесить голод. Если покупатель, жена, секс-работник, подруга или работник свободно заключают договор, имеют свободу вступления в договорные отношения, — которые могут выглядеть лучше, чем их возможная альтернатива — и она или он вступают в такой договор, то тогда не возникает никакого вопроса, считается, что ее или его свобода увеличилась, а благосостояние улучшилось. Однако чувства, которые порождает такое соглашение, могут быть далеки от ощущения освобождения или обогащения. Заключенный договор — то ли о труде, то ли в отношении рыночных товаров, то ли о сексе — может избавить от острой боли страха, голода или отчаяния. Но это может также сопровождаться чувством смирения и осознания того, что альтернативой является своего рода неизвестная отсроченная гибель: волк находится за дверью только благодаря прихоти и силе определенного договорного партнера, чьим

единственным достоинством является то, что он сам не является тем самым волком. Если так, то согласие может, таким образом, сопровождаться отчуждением от самого себя: отрицание своих собственных желаний ради более значимой близости, чем та, которая получена путем согласия; более значимая работа, чем та, на которую было дано согласие по трудовому договору ради заработной платы в условиях необходимости; более творческое взаимодействие с настоящим миром, чем с воображаемым миром продавцов потребительских товаров, покупка которых мотивируется императивом с целью насытить сфабрикованные желания³³.

Акт правового согласия — сегодня устойчивый и действенный аспект нашей правовой жизни — вызван необходимостью, частным бесправием, отчаянием и страхом, может усилить поверхностную и такую мимолетную контрактную свободу, а также привести к формальному повышению определенного по кругу понятия благосостояния (богатства). Однако, как напоминает нам Маркс, приобретается это по цене, которая включает эмоциональный аспект. Далекие от желания насыщения, некоторые из таких консенсуальных сделок могут подавить его. Или, точнее, в то время как они удовлетворяют поверхностные желания, они подавляют более глубокие: желание более человеческого и гуманного сообщества; взаимности в человеческих отношениях; сексуальной связи между телесными гранями людей, не требующими никакого подтвержденного согласия; что-то большее, чем пакт о замыкании себя самого.

Если в этом есть хотя бы какая-то истина, мы будем знать ее только в пределах незначительной и непризнанной части хрупкого «я»; чем больше мы убеждаем себя, тем больше мы убеждаем других, что согласие — залог нашего благополучия, консенсуальность соглашения — лучший проводник к тому, что питает и поддерживает. Консенсуальное соглашение вполне может быть звуковым указателем для разграничения законного и незаконного, разграничения договора и кражи, изнасилования и секса, порабощения и труда; я думаю, что так и есть. Признать это — огромный либеральный прогресс для обществ, использующих концепцию согласия. Но это не делает наши нынешние консенсуальные сделки, сексуальные отношения и трудоустройство реализацией нашего потенциала для процветания. Мы прекращаем наше эмоциональное самопознание — наши знания о содержании наших желаний и способности жить менее отчужденно, — когда мы убеждаемся, что наш выбор на открытых рынках аккуратно отражает наши предпочтения, которые в свою очередь точно отражают наши желания. Этот обман и усилия по его поддержанию — явные усилия, чтобы отступить, чтобы остаться неуверенным, чтобы принести на рынок свои ожидания ни на что большее, кроме избиений, — вызывают эмоциональную дисфорию — как результат, застенчивость отступает. Эта дисфория в свою очередь является канарейкой в шахте. Наши эмоциональные переживания в нашем сморщенном договорном мире дают нам знать, что что-то не так,

³³ Я детально раскрываю этот аргумент в одной из своих статей (*West R. Authority, Autonomy and Choice: The Role of Consent in the Moral and Political Visions of Franz Kafka and Richard Posner* // *Harvard Law Review*. 1985. Vol. 99. P. 384–428).

когда мы иногда передаем на основе отчаянных актов согласия работу по определению возможностей для полной человеческой включенности.

С. Общество равных возможностей. Мой третий пример — из широкой сферы права: сферы гражданских прав. Мы восприняли, и в юридической практике, и в мире правовой науки и правовых идеалов, идеал «общества равных возможностей» как лучшую интерпретацию права, и даже шире, как амбициозную концепцию социальной справедливости — концепцию справедливости, специально приспособленную как для рабочего места и здания школы, так и для общества в целом. Мы часто говорим, когда ссылаемся на наш гражданско-правовой идеал, что конкурентные миры возможностей — в сфере занятости, в образовании, в политике, в социальной и гражданской жизни — должны быть доступны для всех, без ограничений по признаку расы, гендера, сексуальной ориентации, инвалидности, этнической принадлежности, религии или возраста. Все должны иметь равные возможности для достижения чего-либо, на что они способны и что соответствует их воли, амбициям, желаниям. Работа должна быть открыта для всех независимо от всех возможных оснований и т. д., но идеал равных возможностей явно выходит за рамки голых костей равной занятости или антидискриминационных норм: в мире равных возможностей все должны иметь одинаковую перспективу достижения успеха. Ни бедность, ни обстоятельства, ни раса, ни пол не должны ограничивать успех в жизни. Иногда удача, даже в абсолютно справедливом обществе, играет роль в определении того, кто преуспевает, а кто терпит неудачу. Но эти сценарии должны быть минимальными: в основном мечты воплощаются, нас должны судить по нашим характеристикам, а не по природным особенностям, капризам судьбы, колесу удачи — не по всему тому, что мы не контролируем. Мы ведем спор, конечно, и горячо, о том, как достичь такого мира. Большинство из нас придерживается мнения, по моему убеждению, правильного, что явно недостаточно простого сосредоточения нашего внимания на преднамеренных актах расизма, эйджизма, абилитизма, сексизма и т. д. — столетия маргинализации и подчинения оставляют шрамы, которые нуждаются в заживлении; субстантивное равенство для подчиненных групп не так легко достижимо. Многие из нас убеждены, что самым большим препятствием к миру равных возможностей является не столько раса, гендер или любой другой аспект, определяющийся неизменными характеристиками, а скорее унаследованное богатство, с одной стороны, и унаследованная бедность — с другой. Кто-то считает, что намеченные действия любого рода по любой другой причине, чем возможная классовая принадлежность, будут контрпродуктивными и несправедливыми, потому что это шаг назад в нашем марше к обществу равных возможностей, даже если это претендует на то, чтобы быть шагом вперед. Я хотела бы отложить эти дебаты по поводу средств и особенно намеченных действий, чтобы обратиться к цели. Является ли идеал общества равных возможностей тем, что мы должны так быстро принять?

Опять же, я убеждена, что наш эмоциональный интеллект дает нам некий повод взять паузу. Какие эмоции может вызвать идеал равных возможностей — как в теории, так и на практике — на том ограниченном

уровне, который нами уже достигнут? Идеал общества равных возможностей неизменно изображается как большая, но честная игра или гонки: в мире равных возможностей мы все будем играть в эту игру нашей жизни на одинаковом для всех поле. Как только мы очистим мир от предвзятости и несправедливости, к которой приводит такая предвзятость, мы все начнем гонку, поставив ноги на одну линию; мы все одинаковоотреагируем на выстрел стартового пистолета, мы все будем играть по одинаковым правилам, игра не будет сфальсифицирована, как говорит Элизабет Уоррен³⁴. Никакие схватки не будут разрешаться. Теперь справедливый мир возможностей, без сомнения, будет лучше, чем мир, в котором многие начинают жизнь с завязанной за спиной рукой. Если бы нам было суждено достичь мира равных возможностей, он производил бы столь необходимую меру справедливости, которой раньше не было или было очень мало. Но неужели это идеал, к которому мы должны стремиться? Не истощает ли он наши моральные представления о с трудом отвоеванных гражданских правах? Что может производить такой мир, кроме меры справедливости?

Я уже утверждала в другом месте, что наши традиции гражданских прав, если не сами законы, лучше осознаются как выразители идеалов коммунитаристской исключенности, чем как идеалы честной игры: они указывают или передают включенность групп, которые однажды были исключены из публичной сферы, из политики, из сферы занятости, из мира образования, из общественной жизни в целом³⁵. Понимание гражданских прав как прав включенности, на мой взгляд, лучше отражает их историю, а также в большей мере обращается к моральной интерпретации, чем при понимании гражданских прав как прав равных возможностей. Я не хочу приводить аргументы в пользу данной мысли, вместо этого я хочу указать на эмоциональный осадок, который оставляет на своем пути превращение гражданских прав в равные возможности.

Какие эмоции появляются в результате слияния идеала гражданских прав с идеалом метафорически справедливых игр? Их две, они могут нас озадачить. Во-первых, в честной игре сторона, которая побеждает — и на поле, и на трибунах, — может освободить и освобождает себя от необходимости сопереживать тем, кто потерпел поражение. Риск поражения является именно тем риском, который учитывает игрок, когда вступает в игру. Победители в мире равных возможностей, если продолжать метафору, оправданно поворачиваются спиной и отводят от них глаза, так же как болельщики победителей на трибуне могут повернуться спиной и отвести глаза от страдающих зрителей команды, которая проиграла. Те, кто про-

³⁴ Warren E. Speech at Netroots Nation / Elizabeth Warren (July 2015). URL: http://www.huffingtonpost.com/entry/elizabeth-to-speak-at-netroots-nation-rally_55a938f8e4b03f76c5ee2be2.

³⁵ West R. 1) *Toward a Jurisprudence of the Civil Rights Act, in A Nation of Widening Opportunities: the Civil Rights act at 50* / ed. by Samuel Bagenstos, Ellen Katz. University of Michigan Press forthcoming, 2014; 2) *Freedom of the Church and our Endangered Civil Rights: Exiting the Social Contract / in The Rise of Corporate Religious Liberty*; ed. by Zoe Robinson, Chad Flanders, and Micah Schwartzman. Oxford University Press, 2015.

играл, должны полностью согласиться с поражением и с его справедливостью; это все, что остается побежденным на игровом поле в честной игре.

Итак, является ли справедливая игра хорошей метафорой для гражданских прав? Отказ соперничать ради игры способностей — это эмоция, которая может быть обычным явлением в спорте, но в жизни мы должны признать отказ от соперничания, добровольное согласие на отсутствие такого опыта страшным и даже угрожающим ограничением богатства наших моральных чувств из-за классовой или этнической принадлежности, расы, пола и национальных границ, на всю оставшуюся жизнь. Это ограничение способности соперничать определенным группам и, в частности, определенным классам — отказ людей по доброй воле, отказ от соперничания или даже понимания борьбы и боли тех людей, которые не имеют необходимого для достойной жизни, является чрезвычайно тревожным: оно блокирует добросовестную прогрессивную политику, а также добросовестное общество³⁶. Это наше ключевое понимание значения нашей революции гражданских прав оставляет нас с чувством справедливости, которое мы получаем такой эмоциональной ценой — путем отказа от соперничания на том основании, что неудачники должны проиграть в том, что теперь, по любезным законам гражданских прав, является честной игрой, очищенной от остатков расизма и других пагубных наклонностей, — и это следует расценивать как красный флаг. Это не может быть тем, что означают данные законы.

Другой эмоциональный осадок понимания гражданских прав в свете «честной игры» — состояние глубокого, длящегося всю жизнь взрослого беспокойства. Риск поражения является индивидуализированным, не только в материальном смысле, но и в психическом. Мы в этой гонке не вместе, каждый из нас бежит свою собственную дистанцию, и мы бежим ее друг против друга. Уровень соперничества отравляет не только ощущение своей принадлежности к той или иной группе, но и достойное понимание себя: хороший человек, согласно этой наиболее моральной и наиболее морализаторской сфере права, — тот человек, который выигрывает гонку. Кем тогда становимся все мы? Что такое эмоциональный осадок? Что для эмоционального здоровья означает быть последним в марафоне в обществе равных возможностей, потерпеть поражение в полностью справедливом обществе?

Поражение в обществе равных возможностей является полностью нашим собственным. Его нельзя осудить, но и невозможно разделить с кем-

³⁶ Критику идеала равных возможностей в аспекте гражданских прав можно увидеть в некоторых работах критической расовой теории (см.: *Freeman A. D. Legitimizing Racial Discrimination Through Antidiscrimination Law: A Critical Review of Supreme Court Doctrine* // *Minnesota Law Review*. 1977. Vol. 62. P. 1049–1061; *Bell D. And We Are Not Saved: The Elusive Quest For Racial Justice*. Basic Books, 1989; *Crenshaw K. Race, Reform, and Retrenchment: Transformation and Legitimation in Antidiscrimination Law* // *Harvard Law Review*. 1988. Vol. 101, N 7. P. 1331–1387). — Похожие утверждения о том, что нормы формальной справедливости в любой сфере могут замедлить, а не способствовать полной социальной справедливости, см.: *Kelman M. Market Discrimination and Groups* // *Stanford Law Review*. 2001. Vol. 53, N 4. P. 833–896; *Ford R. Racial Culture: a Critique*. Princeton University Press, 2006.

то. Быть оцененным по свойствам своего характера гораздо лучше, чем по цвету кожи, впрочем, это все равно быть оцененным. В обществе равных возможностей это справедливая игра, но также это является игрой, где победитель получает всё, где оценка является неумолимой, индивидуализированной и резкой.

Почти сто лет назад Карл Ллевеллин озвучил похожую точку зрения:

Никто не поймет извечную проблему «справедливости» в обозримом будущем, если не будет держать в уме мысль, что одним из жизненно важных желаний человека — которое должно обеспечиваться социальными институтами — является не беспристрастность, а понимающее отношение к индивидуальному идиотизму или слабости. Хозяин является прекрасным, потому что он помогает тем, кто в беде. Он в первую очередь помогает вам, и помогает без учета того, допустили ли вы ошибки. Если вы их допустили, он кричит на вас, потому что это его функция. Это не останавливает его в оказании помощи. Вам не нужно то, что реформаторы называют «справедливостью», беспристрастностью и законом. Вы нуждаетесь в помощи, которую вы не заслужили, реформаторы обвиняют вас в фаворитизме, применении влияния, коррупции... То, что вам не нужно заслуживать, это необходимые средства, позволяющие не сломаться в противостоянии злу, произволу и горькому миру. Одним словом, удовлетворение неограниченного набора духовных потребностей»³⁷.

Таким образом, если справедливость действительно справедливость и справедливость — чистая меритократия, то, несомненно, справедливости недостаточно. Чисто меритократическая справедливость может быть подобна процедурной справедливости: ее будет достаточно в аду. Чистая меритократия не является надлежащим пониманием ни справедливости, ни нашего требования гражданских прав. Это пресечение нашей мечты — речь идет, конечно, о мечте Мартина Лютера Кинга — благословенного общества³⁸. Мы должны стремиться к значительно большему, чем к справедливой конкуренции, порождающей нескольких победителей и многих проигравших, которые должны быть довольны своей судьбой в жизни, так как она является результатом справедливой игры, на которую они дали полное согласие. Мы должны стремиться к доброте, великодушию и духу нашей общей миссии и общественной жизни как на рабочих местах, так и в отношениях с соседями. Мы не на соревнованиях по гонкам. Наши успехи принадлежат всем нам, как президент Обама однажды объяснил в неполитический момент³⁹, но то же самое касается и наших неудач, о которых ему еще придется сказать. Мы разделяем общую цель и общую судьбу; общество равных возможностей отрицает или забывает об этом. Чрезмерное опасение за наше собственное будущее и сплюснутое сочувствие к тем, кто

³⁷ Llewellyn K. Behind the Law of Divorce // Columbia Law Review. 1932. Vol. 32. P. 1293–1294.

³⁸ The King Philosophy: The Beloved Community, The King Center. URL: <http://www.thekingcenter.org/king-philosophy#sub4> (дата обращения: 07.10.2016).

³⁹ President Barack Obama, Election Campaign Speech in Roanoke, Virginia (July 13, 2012). «You did not build that». URL: <http://pjmedia.com/zombie/2012/07/18/the-ultimate-takedown-of-obamas-you-didnt-build-that-speech/> (дата обращения: 07.10.2016).

по какой-то причине упал или решил снять свою кандидатуру с забега, — это ядовитые эмоции, которые являются частью наследия этого усеченного идеала, который любят по вполне понятным и даже почетным причинам.

Д. Индивидуализм, страх и неудачи процветания. Последнее, чему мы уделим значительно меньше внимания: наши законы и правовые институты опираются на базовый идеал индивидуальной самодостаточности и независимости, которые расходятся с любым здравомыслящим пониманием потребностей тех, кто ухаживает за новорожденными, младенцами, детьми ясельного возраста, инвалидами и престарелыми. В отличие от практически всех других млекопитающих новорожденный человек, ребенок, дети ясельного возраста полностью физически зависят от тех, кто ими занимается, в течение длительного периода первоначального этапа их жизни, и в течение гораздо более длительного периода их эмоциональное здоровье также зависит от качества той заботы, которую они получают. Дети не растения, которые в одиночку растут благодаря солнечному свету и воде. Они требуют физического присутствия тех, кто о них заботится, чтобы выжить в первые годы своей жизни и развиваться в дальнейшем. Уход за младенцем, ребенком ясельного возраста требует постоянного внимания — менять пеленки, одевать, купать, кормить и успокаивать младенцев, разговаривать и читать, стимулировать и взаимодействовать с младенцами и детьми ясельного возраста, держать под контролем старших детей на этапах детства и юности — все это занимает годы, а не моменты, украденные здесь и там между двумя полноценными работами. Без минимальной заботы, так нужной в детстве, дети умрут. Без преданной и целенаправленной заботы в раннем детстве они не в состоянии развиваться. Без должного внимания воспитателей в детстве и подростковом возрасте они не смогут развиваться эмоционально. Полностью предсказуемым результатом недостатка постоянной заботы в период младенчества и в дальнейшем в раннем детстве являются патологически больные подростки: речь идет не только о недостатке образования, но и о массовом бессердечии, которое сейчас, по общепризнанным утверждениям, имеет свои корни в нравственном созревании и социальной компетентности. Следствие нашей коллективной несостоятельности, в этой культуре, воспринимать заботы серьезно и, в частности, воспринимать материнскую опеку серьезно — наша снисходительная склонность к тому, чтобы это приватизировать, превратить в банальность, феминизировать, анимализировать и унижить, — слишком знакомый набор социальных патологий⁴⁰.

Кроме того, сейчас хорошо известно, что забота о физическом и эмоциональном благополучии новорожденных, младенцев, детей ясельного возраста не согласуется с оплачиваемым рынком труда, который является центром нашей любви к индивидуализму и самодостаточности в Соединенных Штатах. Роженица, и это очевидно, неспособна конкурировать на

⁴⁰ Kittay E. F. *Love's Labor: Essays on Women, Equality and Dependency*. Routledge, 1998; West R. 1) *Caring for Justice*. New York: New York University Press, 1997; 2) *Do We Have a Right to Care // in Love's Labor: Essays on Women, Equality and Dependency*. Routledge, 1998.

рынке труда; роды вытесняют заработную плату или оплачиваемую работу. Грудное вскармливание также вытесняет значительную часть этого. Постоянная забота, в которой нуждается младенец, несовместима с часами, проведенными на расстоянии от него, как и внимательность, которая необходима тем, кто заботится о детях младшего возраста. Даже подростковый возраст требует определенной степени сфокусированного внимания и заботы, которые несовместимы с длительными часами на работе или чрезмерным карьеризмом. Поэтому те, кто занимается детьми, в свою очередь, рассчитывают на материальную поддержку, особенно в первые годы, но и в дальнейшем, частично, тоже. Вследствие этого такие лица не являются полностью автономными, независимыми, самодостаточными людьми. Забота встраивается в сеть зависимостей. В то время как ребенок (или пожилой человек), о котором заботятся, зависит от опекуна, опекун в свою очередь зависит от других. Общество, которое переоценивает индивидуализм, будет недооценивать помощь. Вред будет общезначимым.

Качество заботы — имеет ли она ту форму и тот объем, который необходим, чтобы гарантировать здоровое эмоциональное развитие, — является частью, и очень большой частью, функции по обеспечению ощутимой безопасности и благополучия попечителя. Попечитель, который испытывает страх в незащищенной среде или живет в условиях насилия или бедности, или же работает на двух или трех работах, просто не будет уделять должного внимания, не будет взаимодействовать с ребенком или даже проводить воспитательную беседу, что играет важную роль для здоровья ребенка, для его эмоционального благополучия и развития. Если он боится за свою собственную безопасность или безопасность своих детей, то его инстинкты будут работать в направлении защиты, а не заботы. Если он боится потерять свой дом или страдает от дефицита пищи, он также будет сосредоточен на выживании, а не на умственной стимуляции, словесном взаимодействии или организации интерактивных игр, необходимых для эмоционального здоровья. Таким образом, эмоциональное здоровье новорожденного ребенка, младенца, малыша, ребенка ясельного возраста зависит от материальной безопасности его окружения. Освобождение от страха и голода, так же как и потребность в любящей заботе, полностью зависит от других, чьи возможности и сами ограничены материальными обстоятельствами. Попечитель, который доведен до нищеты, или попечитель, который живет под угрозой применения насилия, не способен оказывать тот качественный уход, который необходим для физического выживания и здоровья, эмоционального благополучия подопечных. Следствием этого является широкий психический кризис с другими сопутствующими патологиями.

Мы знаем обо всем этом не меньше, чем мы знаем о том, что температура Земли повышается. Подобно нашему экологическому политическому безволию, здесь мы также безвольны. Мы не делаем политический выбор, необходимый для решения задач, связанных с уходом, под натиском бедности.

Мы также не ставим даже под сомнение и не проверяем более тщательно правовые структуры — как противовес политическому выбору, — вызывающие дефицит заботы. Речь идет не только о неспособности Конгрес-

са принять более хороший, более щедрый Закон об отпуске по семейным и медицинским обстоятельствам или ввести более щедрые положения AFDC (Помощь многодетным семьям), хотя оба шага, очевидно, помогли бы. Речь идет не только о плохой или бессознательной материнской заботе бедных женщин или об отсутствии родителей — родители знают, что нужно читать своим детям и играть с ними, детям нужна постоянная забота, и при идеальных условиях должны быть и папа, и мама. Иначе говоря, проблема не только в плохой политике или низкой культуре — в отсутствии родителей, необразованности матерей, отсутствии книг для чтения дома⁴¹. Проблема, скорее, в том, что отсутствие помощи нуждающимся родителям является частью более широкого набора политик, которые глубоко укоренились в широких рядах действующего законодательства — не только в законах, конституирующих наше недостаточное благосостояние, — в котором принято выражать презрение к опеке, равнодушие к несовместимости заботы и этики, которую мы больше ценим: индивидуалистической этики, которая вознаграждает рынок труда за поддержку самодостаточности; культуры соперничества в работе, которая наказывает тех, кого потащили вниз люди, зависящие от них; общественной жизни, которая удерживает жизнь, приобретающую дурную славу во время прославления и предоставления разрешения на тяжелую дозу как индивидуального, так и государственного насилия. Работодатели увольняют работников по собственному желанию на основании договорного права. Лица, пользуясь своим конституционным правом, берут в руки оружие — правом, которое привело к увеличению летальных случаев в семьях, где имеет место домашнее насилие. Рабочие места все еще структурно враждебны для родителей из-за печальных ограничений равенства в трудовом праве. Государства лишают свободы молодых родителей за совершение незначительных преступлений и не принимают во внимание тот факт, что они должны выполнять свои родительские обязанности — заботиться о своих детях. Общественная поддержка, которая предоставляется малоимущим попечителям, не всегда является достаточной, чтобы удовлетворить основные потребности для выживания, а тем более чтобы обеспечить качественный уход, гарантирующий психическое здоровье. И так далее, и так далее, опять сквозь длинные ряды наших государственных и частных юридических кодов.

Из всех вопросов, которым не уделяют внимание исследователи права и эмоций, этот является настоящим слонем в комнате — это так очевидно, что стало белым шумом. Право создает материальные и психические условия нашей жизни, в пределах которых здоровые и жизнеспособные эмоции пустят корни, будут развиваться или умрут. Правда, иногда оно создает условия, при которых такие эмоции не развиваются вообще, — оно создает условия, при которых здоровые эмоции не могут родиться. Способность любящих воспитателей обеспечивать любовь и заботу, которая столь необходима для психического и эмоционального здоровья иж-

⁴¹ Heckman J. Promoting Social Mobility, Boston Review (Sep. 1. 2012). URL: <http://www.bostonreview.net/forum/promoting-social-mobility-james-heckman> (дата обращения: 07.10.2016).

дивенцев, в значительной степени зависит от их собственной свободы от страха и непреодолимой тревоги. И эта свобода является функцией права. Право, а не только наличие отца или доброй воли матери, или уровня образования или интеллекта, или языковых способностей обуславливает во многом, отравлена ли любовь воспитателя ее или его собственным страхом и тревогой, а следовательно, будет ли ребенок страдать от невозможности развиваться или от ненадежной преданности, будут ли обременять подростка психопатологии, появляющиеся от изоляции. Иначе говоря, не только плохие экономические условия, бедность, культура, распад семей и отсутствие родителей приводят к слабому эмоциональному здоровью наряду с социальными патологиями. За это также несет ответственность наше материальное право — семейное право, а также договорное, имущественное право, конституционное право, антидискриминационное право, административное и т. п. Мы должны заставить право и правовые институты, которые приводят к эмоциональной токсичности, соответствовать, а для этого нам необходимо изучить многочисленные связи: причинно-следственные, косвенные, умышленные или нет, не только между правом и эмоциями, которые оно стремится регулировать, сдерживать, совершенствовать, но и между нашим слабым эмоциональным здоровьем и нашими различными правовыми поступками.

Выводы. Право продуцирует эмоции, эмоции возникают не только по поводу материнской груди или родительской руки, функциональной или дисфункциональной динамики семьи. Конституционное право США продуцирует глубокое уважение к конституционализму, от которого исходит неприятный запах авторитарного эмоционализма. Частное право США продуцирует дисфорию по собственному согласию: чувство волнения и сомнений, являющееся результатом того, что работа по определению условий человеческого процветания сводится к выполнению задачи по подсчету актов согласия. Антидискриминационное право продуцирует понимание справедливости, слишком сосредоточенное на концепции честной игры, которая отводит большинству граждан роль постоянных неудачников в атлетических соревнованиях с постоянным эмоциональным осадком: недостаток социальной солидарности и общей цели, постоянный страх потерпеть неудачу, проиграть гонку, получив от нее только усталость ног. И, наконец, наш устаревший закон о материальной поддержке продуцирует семейный страх, а следовательно, и эмоциональную болезненность: дети и подростки, которые не развиваются, которые слишком часто становятся взрослыми, не умеющими сопереживать или общаться. Это эмоции, которые создает право, а не только регулирует или принимает во внимание. Они порождены им.

Порождение правом эмоций заслуживает того, чтобы быть предметом исследования. На данный момент такое исследование носит спорадический характер: Петер Габель в восьмидесятых рассматривал то, что я называю дисфорией; Клэр Хантингтон сегодня исследует влияние семейного права на эмоциональное здоровье. Есть и другие примеры. Однако такие усилия являются исключением; нет устойчивой заинтересованности в этом направлении. То, что есть, мало говорит о современных направлениях

в исследованиях. Оно также мало говорит о нашем современном осознании: мы стремимся чрезмерно приватизировать эмоции, мы стремимся рассматривать право как безвредное. Право может отражать эмоции, может подвергаться влиянию эмоций, может регулировать эмоции и может ускорить эмоциональные всплески. Однако право просто не может быть тем объектом, который на самом деле производит эмоции, так что вряд ли можно возлагать на право ответственность за вред, причиненный эмоциям.

Этот набор предположений имеет ошибочное направление сверху вниз: на самом деле право производит эмоции, и некоторые из них являются разрушительными. Оно также, конечно, может производить эмоции, необходимые для человеческого процветания. Но я предлагаю критическую позицию, а праздничное настроение должно лишь способствовать этой работе: прямо сегодня мы живем и работаем в пределах легалистского порядка, уважающего конституционную власть, прославляющего этику согласия, утверждающего равные возможности и провозглашающего ценность индивидуалистической самодостаточности. Все это отдельно и, конечно, все вместе производит токсичные правовые эмоции. Они должны оказаться в перекрестии наших критических импульсов.

References

- Abrahamson Sh. The Woman Has Robes: Four Questions. *Golden Gate University Law Review*, 1984, vol. 14, iss. 3, art. 4, pp. 489–503.
- Anderson M. Negotiating Sex. *Southern California Law Review*, 2005, vol. 41, pp. 101–140.
- Ayres I. A Separate Crime of Reckless Sex. Ian Ayres, Katharine Baker. *Yale Law School, Public Law Working Paper*, 2005, no. 80. 84 p.
- Baker K. K. Gender and Emotion in Criminal Law. *Harvard Journal of Law and Gender*, 2005, vol. 28, pp. 447–466.
- Baker K. K. Why Rape Should not Always be a Crime. *Minnesota Law Review*. Forthcoming; Chicago-Kent College of Law Research Paper. 2015, no. 05. 53 p.
- Bandes S. A. Empathy, Narrative, and Victim Impact Statements. *University of Chicago Law Review*, 1996, vol. 63, pp. 361–412.
- Bandes S. Who's Afraid of Law and the Emotions / Susan Bandes, Hila Keren. *Minnesota Law Review*, 2010, vol. 94, pp. 1997–2074.
- Barnett R. E. Contract is Not Promise; Contract is Consent. *Georgetown Public Law and Legal Theory Research Paper*, 2011, no. 11–29. 21 p.
- Beard Ch. A. *An Economic Interpretation of the Constitution of the United States*. Dover Publications, 2004. 336 p.
- Bell D. *And We Are Not Saved: The Elusive Quest For Racial Justice*. Basic Books, 1989. 304 p.
- Brennan W. J. Reason, Passion and the Progress of the Law. *Cardozo Law Review*, 1988, vol. 10, issues 1–2, pp. 3–24.
- Citizens United v. Federal Election Com'n, 2010. Available at: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/558/08-205/> (accessed: 07.10.2016).
- Cohen F. Transcendental Nonsense and the Functional Approach. *Columbia Law Review*, 1935, vol. 35, pp. 809–817.
- Cover R. M. The Supreme Court, 1982 Term — Forward: Nomos and Narrative. *Harvard Law Review*, 1983, vol. 97, pp. 4–68.

- Crenshaw K. Race, Reform, and Retrenchment: Transformation and Legitimation in Antidiscrimination Law. *Harvard Law Review*, 1988, vol. 101, no. 7, pp. 1331–1387.
- Dailey A. C. The Hidden Economy of the Unconscious. *Chicago-Kent Law Review*, 2000, vol. 74, pp. 1599–1623.
- Dred Scott v. Sandford, 1856. Available at: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/60/393/case.html> (accessed: 07.10.2016).
- Dworkin R. Taking Rights Seriously. Harvard University Press, 1978. 392 p.
- Estrich S. Real Rape. Harvard University Press, 1988. 176 p.
- Feldman H. L. Foreword: Law, Psychology, and the Emotions. *Chicago-Kent Law Review*, 2000, vol. 74, pp. 1423–1430.
- Finnis J. *Natural Law and Natural Rights*. Oxford University Press, 2011. 500 p.
- Fiss O. M. Objectivity and Interpretation. *Stanford Law Review*, 1982, vol. 34, pp. 739–763.
- Ford R. *Racial Culture: a Critique*. Princeton University Press, 2006. 248 p.
- Foucault M. *The History of Sexuality*. Vol. 1: An Introduction. Vintage; Reissue edition, 1990. 168 p.
- Frank J. *Law and the Modern Mind*. Transaction Publishers, 2009. 446 p.
- Freeman A. D. Legitimizing Racial Discrimination Through Antidiscrimination Law: A Critical Review of Supreme Court Doctrine. *Minnesota Law Review*, 1977, vol. 62, pp. 1049–1061.
- Freud S. *Civilization and its Discontents*. Merchant Books, 2013. 92 p.
- Freud S. *Totem and Taboo*. Greentop Academic Press, 2011. 134 p.
- Fuller L. L. *The Morality of Law*. Yale University Press, 1969. 262 p.
- Gabel P. *Another Way of Seeing: Essays on Transforming Law, Politics and Culture*. Quid Pro LLC, 2013. 206 p.
- Gabel P. The Phenomenology of Rights-Consciousness and the Pact of the Withdrawn Selves. *Texas Law Review*, 1984, vol. 62, pp. 1563–1597.
- Gray D. Justice and Mercy in the Face of Excessive Suffering: Some Preliminary Thoughts. *Nussbaum and Law (Philosophers and Law)*. Ed. by Robin West. Ashgate Pub Co, 2015. 506 p.
- Harris A. P. A(nother) Critique of Pure Reason: Toward Civic Virtue in Legal Education. Angela P. Harris, Marjorie Shultz. *Stanford Law Review*, 1993, vol. 45, pp. 1773–1805.
- Hart H. L. A. *Essays on Bentham: Jurisprudence and Political Theory*. Oxford University Press, 1982. 250 p.
- Hart H. L. A. Positivism and the Separation of Law and Morals. *Harvard Law Review*, 1958, vol. 71, no. 4, pp. 593–629.
- Hart H. L. A. *The Concept of Law*. Oxford University Press, 2012. 380 p.
- Heckman J. Promoting Social Mobility. *Boston Review* (Sep. 1. 2012). Available at: <http://www.bostonreview.net/forum/promoting-social-mobility-james-heckman> (accessed: 07.10.2016).
- Henderson L. Legality and Empathy. *Michigan Law Review*, 1987, vol. 85, pp. 1574–1653.
- Hucheson Jr. J. C. The Judgment Initiative: The Function of the 'Hunch' in Judicial Decision. *Cornell Law Quarterly*, 1929, vol. 14, pp. 274–288.
- Huntington C. *Failure to Flourish: How Law Undermines Family Relationships*. Oxford University Press, USA, 2014. 352 p.
- James W. *The Varieties Of Religious Experience: A Study In Human Nature*. Create Space Independent Publishing Platform, 2009. 284 p.
- Kahan D. M. Two Conceptions of Emotion in Criminal Law. Dan M. Kahan, Martha C. Nussbaum. *Columbia Law Review*, 1996, vol. 96, pp. 269–374.
- Kelman M. Choice and Utility. *Wisconsin Law Review*, 1979, pp. 769–797.

- Kelman M. Market Discrimination and Groups. *Stanford Law Review*, 2001, vol. 53, no. 4, pp. 833–896.
- Kennedy D. Distributive and Paternalist Motives in Contract and Tort Law, with Special Reference to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power. *Maryland Law Review*, 1982, vol. 41, no. 4, pp. 563–658.
- Kennedy D. M. Toward a Critical Phenomenology of Judging. *The Rule of Law: Idea or Ideology?* (S. Hutchinson & P. Monahan eds., 1987). 167 p.
- Kittay E. F. *Love's Labor: Essays on Women, Equality and Dependency*. Routledge, 1998. 256 p.
- Levinson S. *Constitutional Faith*. Princeton University Press, 2011. 280 p.
- Levinson S. *Our Undemocratic Constitution: Where the Constitution Goes Wrong (and How We the People Can Correct It)*. Oxford University Press, 2008. 272 p.
- Llewellyn K. Behind the Law of Divorce. *Columbia Law Review*, 1932, vol. 32, pp. 1293–1294.
- Llewellyn K. Some Realism About Realism: Responding to Dean Pound. *Harvard Law Review*, 1931, vol. 44, pp. 1222–1230.
- Lochner v. New York, 1905. Available at: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/198/45/case.html> (accessed: 07.10.2016).
- Mackinnon C. *Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law*. Harvard University Press, 1988. 332 p.
- Marx K. *Capital: A Critique of Political Economy*. Penguin Classics, 1992. 1152 p.
- Minow M. Foreword — Justice Engendered. *Harvard Law Review*, 1987, vol. 101, pp. 64–67.
- Minow M. Passion For Justice. Martha Minow, Elizabeth Spelman. *Cardozo Law Review*, 1988, vol. 10, pp. 37–76.
- Noonan Jr. J. T. *Persons and Masks of the Law: Cardozo, Holmes, Jefferson, and Wythe as Makers of the Masks*. University of California Press, 2002. 227 p.
- Nussbaum and Law (Philosophers and Law)*. Ed. by Robin West. Ashgate Pub Co, 2015. 506 p.
- Nussbaum M. C. *Love's Knowledge: Essays on Philosophy and Literature*. Oxford University Press, USA, 1992. 432 p.
- Passions and Emotions: NOMOS LIII (NOMOS — American Society for Political and Legal Philosophy). Ed. by James E. Fleming. NYU Press, 2012. 350 p.
- Plessy v. Ferguson, 1896. Available at: <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/163/537> (accessed: 07.10.2016).
- Posner R. Ethical Basis of Wealth Maximization. *The Economics of Justice*. Harvard University Press, 1981. 432 p.
- President Barack Obama, Election Campaign Speech in Roanoke, Virginia (July 13, 2012). «You did not build that». Available at: <http://pjmedia.com/zombie/2012/07/18/the-ultimate-takedown-of-obamas-you-didnt-build-that-speech/> (accessed: 07.10.2016).
- Resnik J. On the Boas: Feminist Reconsiderations of the Aspirations for our Judges. *Southern California Law Review*, 1988, vol. 61, pp. 1877–1944.
- Roe v. Wade, 1973. Available at: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/410/113/case.html> (accessed: 07.10.2016).
- Rubinfeld J. The Riddle of Rape-by-Deception and the Myth of Sexual Autonomy. *Yale Law Journal*, 2013, vol. 122, pp. 1372–1443.
- Schulhofer S. J. *Unwanted Sex: the Culture of Intimidation and the Failure of Law*. Harvard University Press, 2000. 336 p.
- Seidman L. M. *On Constitutional Disobedience (Inalienable Rights)*. Oxford University Press, 2013. 176 p.

- Singer J. *Divorced From Reality: Rethinking Family Dispute Resolution*. NYU Press, 2015. 240 p.
- Sunstein C. R. *The Partial Constitution*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1993. 414 p.
- The Ethics of Consent: Theory and Practice*. Ed. by Franklin Miller, Alan Wertheimer. OUP USA, 2009. 432 p.
- The King Philosophy: The Beloved Community, The King Center. Available at: <http://www.thekingcenter.org/king-philosophy#sub4> (accessed: 07.10.2016).
- The Passions of Law (Critical America)*. Ed. by Susan A. Bandes. NYU Press, 2001. 368 p.
- Turkheimer D. Sex Without Consent. *Yale Law Journal*, 2013, vol. 123, pp. 335–345.
- Tushnet M. *Red White and Blue: a Critical Analysis of Constitutional Law (Constitutional Thinking)*. University Press of Kansas, 2015. 376 p.
- Unger R. M. *The Critical Legal Studies Movement: Another Time, A Greater Task*. Verso, 2015. 224 p.
- Warren E. *Speech at Netroots Nation*. Elizabeth Warren (July 2015). Available at: http://www.huffingtonpost.com/entry/elizabeth-to-speak-at-netroots-nation-rally_55a938f8e4b03f76c5ee2be2 (accessed: 07.10.2016).
- Wertheimer A. *Consent to Sexual Relations*. Cambridge University Press, 2003. 310 p.
- West R. Authority Autonomy and Choice: The Role of Consent in the Moral and Political Visions of Franz Kafka and Richard Posner. *Harvard Law Review*, 1985, vol. 99, pp. 384–428.
- West R. *Caring for Justice*. New York: New York University Press, 1997. 356 p.
- West R. *Caring for Justice*. NYU Press, 1999. 366 p.
- West R. Constitutional Skepticism. *Boston University Law Review*, 1992, vol. 72, pp. 765–799.
- West R. Do We Have a Right to Care. *Love's Labor: Essays on Women, Equality and Dependency*. Routledge, 1998. 256 p.
- West R. Freedom of the Church and our Endangered Civil Rights: Exiting the Social Contract. *The Rise of Corporate Religious Liberty*. Eds. Zoe Robinson, Chad Flanders, and Micah Schwartzman). Oxford University Press, 2015. 528 p.
- West R. Jurisprudence and Gender. *The University of Chicago Law Review*, 1988, vol. 55, pp. 1–72.
- West R. Jurisprudence as Narrative: An Aesthetic Analysis of Modern Legal Theory. *New York University Law Review*, 1985, vol. 60, pp. 145–167.
- West R. L. The Anti-Empathic Turn. *NOMOS*, Forthcoming; Georgetown Public Law Research Paper. 2011, no. 11–97, pp. 9–57.
- West R. Law, Rights, and Other Totemic Illusions: Legal Liberalism and Freud's Theory of the Rule of Law. *University of Pennsylvania Law Review*, 1986, vol. 134, pp. 817–882.
- West R. *Normative Jurisprudence: an Introduction*. Cambridge University Press, 2011. 220 p.
- West R. *Toward a Jurisprudence of the Civil Rights Act, in A Nation of Widening Opportunities: the Civil Rights act at 50*. Eds. Samuel Bagenstos, Ellen Katz. University of Michigan Press forthcoming, 2014. 27 p.