

ГНІВ РОЗУМУ І БЛАГОДАТЬ ПОЧУТТІВ: ОБҐРУНТОВУЮЧИ ЕМОЦІЇ У ПРАВІ¹



П. МІНДУС
*доцент практичної філософії
філософського факультету
(Університет Упсали, Швеція)*

У всякої проблеми завжди є рішення — просте, зручне і помилкове.

Генрі Луї Менкен

Вступ

У статті досліджуються деякі загальні описові (дескриптивні) та нормативні вимоги щодо того, чому правосуддя є і має бути байдужим до наших емоцій, проливаючи світло на те, яким чином юриспруденція розглядає емоції крізь призму права. У другому розділі основна увага приділена тому, що юриспруденція зазвичай говорить про емоції. З одного боку, ми розглядаємо позиції тих, хто вважає, що право беземоційне, як машина (робот), і заперечення тих, хто вважає, що це є неправдою. З другого боку, ми розглядаємо твердження тих, хто вірить, що право не може бути подібним до робота, але має прагнути до цього, і заперечення тих, хто вважає, що це є небажаним для права. Таким чином, ми можемо сказати, що традиційна юриспруденція охоплює чотири можливі конфігурації нашої проблематики, які відповідають чотирьом портретам, що зображують ставлення особи, яка приймає рішення, до емоцій. Вони показані у третьому розділі. У четвертому розділі я досліджую філософське розуміння емоцій з точки зору тез, висунутих прихильниками і супротивниками очікуваної чи обов'язкової віддаленості права від емоцій. Традиційна модель юриспруденції спирається на дві широкі теорії емоцій, жодна з яких не може бути сприйнята без критики. На перший погляд, розум — це те, що дійсно важливо. Він може виглядати безжальним, але при встановленні справедливості розум, який є протилежністю емоціям, повинен бути на першому плані. Справедливість повинна бути сліпою і байдужою, як гнів. Ми можемо назвати цю точку зору на право і емоції *гнівом розуму*. Вона побудована на ірраціоналістичному підході до емо-

¹ Patricia Mindus (Патріція Міндус). The Wrath of Reason and The Grace of Sentiment: Vindicating Emotion in Law. Пленарна доповідь на XXVII Всесвітньому конгресі з філософії права і соціальної філософії «Право, розум та емоції» (27 липня — 1 серпня 2015 р., Вашингтон, округ Колумбія, США). Переклад з англійської К. Буряковської.

цій. З іншої точки зору, має значення практична аргументація, яка не може і не повинна бути відділена від емоцій; навпаки, емоційний інтелект повинен включати емпатію. Ми можемо назвати цей підхід *благодаттю почуттів*. Він заснований на когнітивістському підході до емоцій.

Моя загальна мета полягає в огляді того, як юриспруденція трактує емоції. Сподіваюсь продемонструвати, що право та емоції — цікаве поле юриспруденції. Моє завдання у цьому випадку полягає у тому, щоб показати, що сучасні філософські дебати можуть виявитися повчальними і конструктивними для правознавців. Нам потрібен значно інформативніший та більш витончений підхід до емоцій, аніж ті підходи, що переважають сьогодні, якщо ми хочемо змінити існуючу картину.

1. Традиційна модель юриспруденції

Як за традиційної моделі юриспруденції — тобто юриспруденції, що, як правило, представлена для наших студентів у підручниках, — розуміється зв'язок між правом та емоціями?

1.1. Звук тиші

Тиша найкраще описує позицію традиційної юриспруденції з цього питання¹. Загальна згадка про «почуття (не)справедливості» з'являється звичайно, для того, щоб провести розмежування між правом і справедливістю, а також вказати на «внутрішнє ставлення», що при побіжному погляді дозволяє виявити різні значення — йдеться про «психічний стан» або «психологічну складову», що називається «вірою», але не «емоціями». Ототожнення емоцій із тим, як офіційні особи сприймають нормативність права, відволікає увагу від головного. Про деякі емоції може бути згадано, але звичайно їх зображують просто як пережитки минулого: гнів помсти й відплати, що заснований на уявленнях про честь, постає як сумнівна основа права. Нагадаємо, що суди ареопагі в Афінах були створені, щоб стримувати помсту членів сім'ї померлого, і це призвело до визначальної події — за державою було визнано виключне право карати. Схожим чином ми розповідаємо про відмову від закону відплати, хоча таліон, дійсно, є питанням співмірності, що асоціюється із терезами правосуддя і є неможливим без раціональних розрахунків².

Емоції звичайно позиціонуються як протилежність розуму³. Ми говоримо про право в соціологічному аспекті, використовуючи веберівську типологію

¹ Більшість підручників не торкаються цієї теми. Про емоції не йдеться в індексах, глосаріях тощо. Не є винятком ані IVR Енциклопедія, ані недавня *Enciclopedia de Filosofia y Teoría del Derecho* (Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2015).

² *Lex taglionis* (Exodus 21:24) може бути інтерпретований як спроба стримувати прагнення до помсти, як це пропонується Nico H. Frijda у «The Lex Taglionis: On Vengeance» in Stéphanie van Goozen, Nanne van de Poll, Joseph Sergeant (eds.) *Emotions: Essays on Emotion Theory*, Hillsdale, NJ: Lawrence Erlbaum 1994, p. 264. Див. визначну роботу *William Ian Miller, An Eye for an Eye*, CUP, Cambridge 2006. Відмінний аналіз помсти здійснено *Charles L. Griswold, The Nature and Ethics of Vengeful Anger*, in James E. Fleming (ed.) *Passions and Emotions, «Nomos» LIII*, New York University Press, New York 2013, pp. 77–124; *Robert C. Solomon, «Justice v. Vengeance: On Law and the Satisfaction of Emotion»*, in Susan Bandes (ed.) *The Passions of Law*, New York University Press, New York 1999, pp. 123–148; *J. Elster, «Norms of Revenge»* in *J. Deigh* (ed.) *Ethics and Personality: Essays on Moral Psychology*, Chicago Univ. Press, Chicago 1992, pp. 163–165.

³ Аналітична практична філософія не ігнорує емоції і нориви, але часто представляє їх з точки зору ефективності й корисності для раціональності. Дискусія з приводу підстав для дій є парадиг-

формального раціонального права: право є частиною ширшого поняття здійснення соціальної влади, яка характеризується як юридичний раціональний тип¹. Якщо емоції і згадуються, то здебільшого у негативному сенсі, як правило, в ключі поглядів багатьох західних мислителів, які схильні розглядати емоції як перешкоди на шляху до раціональної дії².

Деякі вчені вважають, що таке переважання розуму пов'язане із провідним значенням юридичного позитивізму, який часто визначають як розумоцентричну теорію³. Історія природного права, втім, пропонує багатий матеріал, який

матичним прикладом. Основоположні тексти цієї дискусії (*Donald Davidson*, «Actions, Reasons and Causes», in *Essays on Actions and Events*, OUP, Oxford 1980, pp. 3–19; *Derek Parfit*, *Reasons and Persons*, OUP, Oxford 1984; *Bernard Williams*, «Internal and External Reasons», in *Moral Luck*, OUP, Oxford 1981, pp. 101–113; *Steven Darwall*, *Impartial Reason*, Cornell Univ. Press, Ithaca, NY 1983) враховують характерні мотиви і бажання. Втім усі ці суб'єктивні стани розуміються як властивості, які могли б бути причинами. Подібною є дискусія з приводу вини в авторитетній статті Б. Вільямса: для того, щоб з'ясувати внутрішні підстави дій, недостатньо того, щоб провина відчувалася особою, але вона повинна відповідати підставам, причинам (тобто мати певний об'єктивний вимір). Тільки якщо вина є відповідною, вона може створювати причини дій (див.: *B. Williams*, «Internal Reasons and the Obscurity of Blame», in *Making Sense of Humanity*, CUP, Cambridge 1995, pp. 35–45). Примат раціональності стає ще більш очевидним із кантівської точки зору дискусії (*C. Korsgaard*, *The Sources of Normativity*, CUP, Cambridge, 1996) і, очевидно, більш конкретним на стороні, яка надає першочергове значення зовнішнім причинам. У галузі теорії права найбільш видатний вчений у рамках цієї традиції Джозеф Раз спробував об'єднати елементи внутрішніх і зовнішніх причин через так званий «ціннісно-причинний взаємозв'язок» (in *Value, Respect, and Attachment*, CUP, Cambridge 2001, p. 5). Його підхід, заснований на цінностях, означає, що емоції не є ірраціональними, оскільки вони відповідають підставам, тобто ілюструють певну властивість, цінність якої може захищатись або визнаватись агентом. Цінності можуть мати соціальне походження, але з когнітивної точки зору вони мають об'єктивний вимір. Автономний агент є таким, оскільки діє не за бажаннями, а відповідно до ціннісної концепції: «Ми є собою доти, поки діємо відповідно до ціннісної підстави. Це не є виправданням або обґрунтуванням нашої точки зору, це і є сама точка зору: ми є самі собою, і ми спрямовуємо власне життя до тих пір, поки ми сприймаємо себе як раціональні агенти» (*J. Raz*, *Engaging Reason*, OUP, Oxford 1999, p. 19). Раціональність часто розглядається як «здатність реалізувати нормативне значення нормативних особливостей світу і здатність діяти відповідно» (*J. Raz*, *Engaging Reason*, OUP, Oxford 1999, p. 68). Подібних поглядів на підстави дій, що засновані на цінностях, дотримується і Томас Скенлон (*What We Owe to Each Other*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 1998).

¹ Вебер стверджує, що «чим більш досконало розвивається бюрократія <...>, тим більше їй вдається усунути зі сфери офіційного любов, ненависть і всі суто особисті, ірраціональні та емоційні елементи» (*M. Weber*, *Economy and Society*, Eds. G. Roth, C. Wittich, Univ. of California Press, Berkeley 1978, p. 975). Це підтверджується тим фактом, що відповідно до класифікації легітимної влади, запропонованої Вебером, харизматичний тип влади має емоційний вимір: *Sheldon Wolin*, «Legitimation. Method and the Politics of Theory» in *Political Theory*, 1981, 9:3, pp. 401–424. Емоційно керований тип харизматичної влади є, за антономазією, позаправовим, не підпорядкованим вищій нормі (*sub lege*), таким, що не спроможний створити правило, а лише здатний вирішувати питання від справи до справи (*per leges*): *Francisco J. Laporta*, *El imperio de la ley. Una visión actual*, Trotta, Madrid 2007, pp. 108 ff.

² Негативні погляди на емоції знаходили своє відображення у думках різних мислителів — від Платона до Дарвіна, який у роботі *The Expression of the Emotions* висловив думку про те, що вираження емоцій, яке було корисним у минулому, є подібним до апендиксу: рудиментарний орган, що залишився від більш ранньої фази в нашій еволюційній історії і який більше не є придатним для використання. Річард А. Познер, уподібнюючи емоції до сексуального потягу, поділяє цю думку: «наш емоційний репертуар» був прийнятним у доісторичних умовах, але не може бути добре пристосованим до умов, в яких ми живемо сьогодні» (*R. A. Posner*, *How Judges Think*, Harvard Univ. Press 2008, p. 229). Ця позиція оспорується сьогодні на підставі проведеної емпіричної роботи в межах інших дисциплін, на стику філософії, неврології розвитку, штучного інтелекту, лінгвістики, еволюційної психології та антропології.

³ Наприклад, Мортімер Селлерз стверджує, що «багато самозваних юридичних позитивістів стали жертвою цієї технократичної омани», де «технократи прагнуть взагалі відокремити емоції від права шляхом перевизначення значення правового обґрунтування як простої логіки або дедук-

пояснює, чому така характеристика є непереконливою: зовсім не тому, що позитивізм і юснатуралізм є протилежностями, які дотримуються двох різних світоглядів у дихотомії розум/емоції. Юснатуралізм розглядає справедливість як право розуму (*Recta Ratio*)¹. І для позитивістів, і для юснатуралістів верховенство права має чітко раціональний присмак, якого не вистачає правлінню людей². Якщо коротко, то, за Арістотелем, той, «хто вимагає, щоб панував закон, вимагає того, щоб панував Бог і розум, а той, хто вимагає, щоб панувала людина, привносить у цю свою вимогу свого роду тваринний елемент, бо пристрасність є чимось тваринним, гнів спокушає правителів зійти з істинного шляху, хоча вони можуть бути найкращими людьми; навпаки, закон — це безпристрасна мудрість» (*Pol. III, 1287a*).

Заперечення, однак, можуть пролунати від учених, які займаються проблематикою права й емоцій і які вважають, що «вчення про право та емоції досягло критичного моменту у своєму розвитку»³. Емоції знаходять свій вияв у судовій практиці й доктрині, законодавстві, приписах, законодавчих програмах, державній політиці у цілому. У такому сенсі — «емоція всюди в праві»⁴. Чи не є мовчання з приводу емоцій просто пережитком застарілого вчення? Свого часу це вчення запропонувало глибоку прихильність права до раціоналізму, що призвело до забуття й необізнаності у сфері емоцій, які наповнюють право життям. Сьогодні це традиційне вчення виглядає дивним, адже право звичайно має справу із емоційним життям його суб'єктів. Судова тяганина, як ми добре знаємо, є емоційно насиченим та виснажливим процесом.

Вчення про право і емоції зазнало бурхливого розвитку, від руху, подібного до феміністичного та інших течій, що піддавалися критиці за те, що кидали виклик раціональності та об'єктивності, до міждисциплінарної дискусії, спрямованої на вивчення багатьох аспектів людських емоцій. Правознавці знову звернули увагу на низку емоцій у праві⁵. «Оскільки судові аналітики прагнули

ції». See *Id.*, Law, Reason, and Emotion (June 9, 2014). Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2448000> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2448000>.

¹ *Cicero*, De Re Publica, III, chap. 22, sec. 33.

² Верховенство права виникає шляхом розмежування «правління права» (верховенство права) і «правління людей». Цей класичний топос був розроблений у діалозі Платона «Політик» (див. *Platonis Opera*, ed. John Burnet, OUP, Oxford 1903, 294a). Чужинець там говорить: «Певним чином зрозуміло, що законотворчість — це частина царського мистецтва; однак найкраще, коли сила не у законів, а в руках царюючого мужа, який наділений розумом». Англійська формула від Британської енциклопедії (Edinburgh 1771) є більш традиційною: «правління законів, а не людей», що походить від справи *Marbury vs. Madison*, 5 US 137, 163 (1803). Ця характеристика «верховенства права» включає в себе як *gubernaculum per leges* (правління за допомогою законів), так і *sub lege* (правління, підпорядковане законом). Останнє має тенденцію до отождолення із конституціоналізмом. Як відомо, в Англії на початку XVII ст. Едвард Кук використав цю концепцію для позбавлення короля права участі в обговореннях у судах загального права (Cf. the case «*Prohibition del Roy*», 1608 12 Coke Rep 63). Для з'ясування витоків виразу та його еволюції в загальному праві див. *Theodore Frank, Thomas Plucknett*, A Concise History of the Common Law, Little, Brown & CO, Boston 1956, 48.

³ *Kathryn Abramst*, Hila Kerentt, «Who's afraid of law and emotions?», 94 Minn. L. Rev. (2010), pp. 1999–2063.

⁴ *Susan A. Bandes*, «Empathy, Narrative, And Victim Impact Statements», Univ. Chicago Law Review, 1996, 63, pp. 361–392.

⁵ Серед афектів, яким приділялась увага, були не тільки очевидні емоції, такі, як милосердя і бажання помсти, а й такі, як відроза, романтична любов, гіркота, тривога, страх, образа, боягузтво, мстивість, прощення, презирство, жаль, співчуття, співпереживання, ненависть, злість, сором, повага, моральний запал, і нарешті, але не меншою мірою, власне «пристрасність до справедливості»

дiзнатися бiльше про спектр емоцiй, якi зараз вирiзняють, вони частiше зверталися до позаправових сфер, у межах яких придiлено бiльше уваги дослiдженню емоцiй»¹. Сьогодні принаймнi два напрями правової науки заперечують примат традицiйного рацiонального (заснованого на конструкцiї рацiонального агента) пiдходу до права, заснованого на зв'язку права й економiки погляду на право й полiтику². Перший напрям, беручи за основу когнiтивно-психологiчний або поведiнковий економiчний пiдхiд, зосереджується на ментальних вiдкриттях й упередженнях, якi призводять до вiдхилень вiд рацiонального прийняття рiшень. Лiтература, присвячена цьому напрямку, має великий обсяг, який зростає³. Інший напрям правової науки акцентує увагу на ролi емоцiй у прийняттi юридично значущих рiшень судьями, присяжними, чиновниками, законодавцями чи громадянами. Таким чином, вчення про право й емоцiї вiдходить вiд традицiйної концепцiї права як рацiональностi, а її представники отримали ім'я «нових емоцiйних реалiстiв»⁴.

Крiм того, «право i нейронауки можуть розглядатися як головнi союзники в аналізі права та емоцiй, визнаючи неповноту традицiйного погляду на рацiональний вимiр пiзнання»⁵. Вчення про право й емоцiй ставить пiд сумнiв психологiчні припущення, зробленi правознавцями i правовою доктриною, особливо у сферi кримiнального права, у процесуальних питаннях кримiнальної вiдповiдальностi, а також використання тих чи інших технологiй у залi суду. Багато науковцiв стверджують, що вивiльнення наших емоцiй може дати вiдповiдь на безлiч питань щодо навколишнього середовища, охоплюючи малосвiдоме й несвiдоме.

Цi «побiжнi та лаконiчнi» вiдповiдi на «неоднозначнi питання» можуть бути адаптованi й розвинутi⁶.

(William Ian Miller, *The Anatomy of Disgust*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 1997; Martha C. Nussbaum, «The Secret Sewers of Vice: Disgust, Bodies, and the Law», in *The Passions of Law*, cit., pp. 19–61). Тобто iснують певнi емоцiї, якi є специфiчними для сфери права, а також тi, якi є специфiчними для певних сфер права. Кримiнальне право є однією з небагатьох сфер, в якiй дослiдження емоцiй (наприклад, дiї пiдзахисного у «станi афекту», виявлення «каяття», попередження злочинiв шляхом поширення почуття ганьби i сорому серед злочинцiв i т.д.) є характерною рисою доктринального пейзажу. Але вчення про право й емоцiї демонструє, що право та емоцiї є двозначними у багатьох рiзних контекстах, не тiльки, де правовi параметри є емоцiйно навантаженими, наприклад, сiмейне право, кримiнальний процес, цивiльнi правопорушення, а також у тих випадках, коли право пiдштовхує до певної поведiнки через емоцiї, демотивує через «нейтралiзацiю» емоцiй (наприклад, адмiнiстративне право) i т. д.

¹ K. Abramst, H. Kerentt, «Who's afraid of law and emotions?», cit., p. 2010.

² A good example is the Project on Law and Mind Science at Harvard: <http://isites.harvard.edu/icb/icb.do?keyword=k13943&pageid=icb.page63708>

³ Jeremy A. Blumenthal, «Emotional Paternalism», 35 Florida State Univ. Law Review, 2007, Fall, 270. See e.g. Christine Jolls et al. «A Behavioral Approach to Law & Economics», Stanford Law Review 1998, 50, pp. 1471 ff.; Jeffrey J. Rachlinski, «Cognitive Errors, Individual Differences and Paternalism», University of Chicago Law Review, 2006, 73, pp. 207 ff.; Amir & Orly Lobel, «Stumble, Predict, Nudge: How Behavioral Economics Informs Law and Policy», Columbia Law Review 2008, 108, pp. 2098; Richard H. Thaler, Cass R. Sunstein, *Nudge: Improving Decisions About Health Wealth and Happiness*, Yale Univ. Press 2008.

⁴ Terry A. Maroney, «The Persistent Cultural Script of Judicial Dispassion», in California Law Review, 2011, 99, p. 632. See also Id., «Law and Emotion: A Proposed Taxonomy of an Emerging Field», Law and Human Behaviour, 2006, 30, pp. 119–142.

⁵ K. Abramst, H. Kerentt, «Who's afraid of law and emotions?», cit., p. 2027.

⁶ Очевидно, що деякi базовi емоцiї допомагали нашим предкам вижити; здатнiсть до страху є дуже корисною у свiтi, де голоднi хижаки ховаються у кожному кутку. Американський нейробиолог

Це нове розуміння передбачає відступ від погляду на емоції як на щось, що не стосується права. Однак існує багато суперечок із приводу того, яким нормам раціональності цей вид емоційного мислення відповідає, і як цей вид співвідноситься із більш прийнятним, поміркованим видом обґрунтування, який ми звичайно асоціюємо із юридичною аргументацією. У кожному разі такий розвиток вказує на важливість емоцій у процесі практичної аргументації, що підкреслюють дебати з приводу слабкості волі (*Akrasia*), тобто дії всупереч власному судженню про те, як краще вчинити. Паралельно, філософська дискусія з приводу емоцій, яка перебуває на підйомі протягом останніх десятиліть, оскільки застаріла філософія свідомості зазнавала критики¹, побічно підживлювала вчення про право й емоції. У багатьох сферах сьогодні обмежена раціональність залишається в моді.

Навіть якщо ми усвідомимо, як розширився інтелектуальний світогляд, усі заперечення, які ми розглядаємо, будуть подолані, як тільки представники вчення права й емоцій визнають, що «основні правові теорії часто зустрічали [це вчення] з подвійними почуттями»², тому «більш широкі порядки денні поховали ідею про судові емоції»³. Юриспруденція рідко сприймає емоції всерйоз. Тиша зберігається.

1.2. Беземоційність у праві

Що говорить традиційна юриспруденція про пристрасті? По суті, дві речі: що правосуддя є відокремленим, і повинно бути відокремленим, від примх. Тотожність між справедливістю й раціональністю в основному проходить крізь культурний фільтр, який пов'язує пристрасті з відсутністю незалежного суду, упередженістю, наданням переваг, пристрасністю й несправедливістю. Презюмується, що емоції наповнюють аргументацію припливною хвилею. У той час як розум пропонує Архимедовий важіль, емоції схиляють осіб, що приймають рішення, до співпраці зі сторонами процесу в тіні.

Спробуємо викласти відомі описові й нормативні вимоги традиційної моделі юриспруденції. Вони пов'язані з іконографічною традиційною моделлю, де правосуддя зображене в образі жінки із зав'язаними очима, яка є символом неупередженості, виступає за відсутність примх, втілює в собі справедливість, або принаймні таким є бажання її прихильників. Ці вимоги також пов'язані зі складною і дивною метафоричною традицією «юридичної механіки»⁴.

Джозеф Леду (*The Emotional Brain: The Mysterious Underpinnings of Emotional Life*, Simon & Schuster, New York 1996) яскраво продемонстрував, як одні й ті ж нервові механізми опосередковують реакцію страху в усіх видах тварин — від голубів до людини. Він розрізняє довгий і короткий імпульси у корі головного мозку, які сполучають таламус та мигдалеподібне тіло, і призводять до різних емоційних реакцій.

¹ *Peter Goldie (ed.) The Oxford Handbook of Philosophy of Emotion*, cit., p. 1 «Філософія мислення в англосаксонській традиції протягом тривалого часу мала предметом своєї уваги проблему мислення й тіла, включаючи питання про те, як мисленнєві властивості й події можуть виявляти себе в матеріальному світі, але мало цікавилася напрацюваннями феноменологів, які великою мірою включали в себе різноманітні обговорення емоцій. <...> Ця тенденція в англосаксонській філософії мислення прагнула пов'язати емоції з іншими, більш знайомими (і, ймовірно, більш зрозумілими) видами психічного стану, такими як віра і бажання, залишаючи емоції відчуття психологам».

² *K. Abramst, H. Kerentt, «Who's afraid of law and emotions?»*, cit., p. 2010.

³ *T. Maroney, «The Persistent Cultural Script»*, cit., p. 665.

⁴ Я пояснювала цю метафору у *Social Tools and Legal Gears: Hägerström on the Nature of Law*. In Sven Eliaeson et al. (eds.), *Axel Hägerström and Modern Social Thought*, Bardwell Press, Oxford 2014,

1) Право як машина — воно, по суті, є питанням формальної раціональності.

2) Право повинно бути як машина — його часовий механізм підвищує правову визначеність.

Звичайно, юриспруденції відома критика обох цих наборів вимог. Ми маємо заперечення тих, хто вважає описові вимоги помилковими, і заперечення тих, хто вважає нормативні прагнення небажаними.

3) Право не схоже на машину — воно є достатньо невизначеним.

4) Право не повинно бути як машина — воно вимагає практичної мудрості.

Ця класифікація надає нам протилежні погляди двох напрямів: описивна дискусія з приводу природи правового обґрунтування і нормативна дискусія з приводу моделі прийняття кращого рішення. З'ясуємо погляди на емоції, на яких засновані ці твердження.

2. Чотири портрети

Традиційна модель юриспруденції включає в себе чотири можливих варіантів ставлення суб'єктів прийняття правових рішень до емоцій. Таким чином, можна говорити про чотири портрети. Дозвольте їх представити: безпристрасний законодавець Жан-Жак Руссо; залежний у своїх емоціях від сніданку суддя пан Штейгер; самовідданий Геркулес; Соломонів образ судді із загостреним почуттям справедливості.

2.1. Безпристрасний законодавець та залежний від свого сніданку суддя

Для нашого першого образу право є по суті питанням логіки та дедукції (*Zweckrationalität*). Назвемо його *Жан-Жак*, на честь Руссо, *législateur* (законодавець), якого у *Contrat social* (суспільному договорі) представляє цей типовий емоційний типаж¹: «вищий розум спостерігає за всіма пристрастями людей, не відчуваючи якоїсь із них <...>. Цей розум має бути абсолютно непов'язаним з нашою природою, знаючи її досконало; його щастя не залежить від нас, але він готовий зайнятись нашим щастям»². Він схожий на безкровного вулканца Спока. Людина-чужак із загостреними вухами, герой серіалу «*Star Trek*» («Зоряний шлях»), позбавлений емоцій, і який завдяки цьому досягає надлюдського ступеня раціональності. Його рішення продиктовані тільки розумом. Проте, для того, щоб втілювати дійсно великий розум, *Жан-Жак* не є психопатом, який у змозі тільки сформулювати і застосовувати правила, будучи позбавленим когнітивних здібностей, які беруть участь у розумінні того, що інші думають і відчувають. У цьому сенсі він не є комп'ютером³. Він не сліпий емоційно,

pp. 257–282; див. також: *Minsoo Kang*, *Sublime Dreams of Living Machines. The Automaton in the European Imagination*, Harvard Univ. Press, Cambridge (Mass.) 2011.

¹ Не має значення, чи він задіяний у законотворенні чи застосуванні права, бо пізнавальні здібності залишаються незмінними. У першому випадку він виводить зі свого розуміння антропології й особливостей своїх підданих висновок про те, яка конституція їм підходить краще; у другому випадку він виводить висновок із закону, який має бути застосований до конкретної справи.

² *J.J. Rousseau*, *Du contrat social*, Book 2, chap. 7.

³ Це справедливо тією мірою, якою можна говорити, що комп'ютери не мають жодних емоцій, хоча це питання стає дедалі складнішим. Визначення емоцій із нейробіологічної точки зору, або, як кажуть, з точки зору лімбічного процесу головного мозку, виключає комп'ютери за визначенням. Менш вузький підхід свідчить, що емоції є тим, що він робить. Комп'ютери можуть, таким чином, за визначенням мати емоції, які будуть діяти у заданий спосіб. Якщо емоції є соціальним інтерсуб'єктивним явищем, то вони підкорюються правилам; якщо існують правила, то вони

він просто безпристрасний, що робить його незаангажованим. Це відображає два значення безпристрасності: він водночас беземоційний і неупереджений, що є якостями, які перебувають у необхідному зв'язку.

Саме тому законодавці такого ґатунку необов'язково повинні бути частиною спільноти, як у випадку Лікурґа¹, їм необов'язково жити в наш час². Виключення із спільноти є остаточним проявом недоречності співчуття (тут у широкому розумінні відповідно до етимології слова вжито *sym-passion or sympathy*): у безпристрасного законодавця немає потреби відчувати своїх підданих, йому достатньо просто знати своїх «морських свинок». Правове обґрунтування такого законодавця обов'язково позбавлене будь-яких емоційних елементів, які можуть призвести до необ'єктивності. Воно також побудоване на тому, що інтереси різних сторін можуть бути встановлені об'єктивно, і що можливо зробити оптимальний раціональний вибір.

Модель *Жан-Жака* є юридичною версією філософського поняття про те, що моральне обґрунтування є процесом відкриття і застосування системи універсальних законів. Цей «нетворчий» вид застосування, як правило, в континентальній Європі пов'язують із *bouche de la loi* (рупором закону) Монтеск'є³, в американській правовій культурі з Христофором Колумбом Ленгделлом, батьком сучасної юридичної освіти, який ставився до права як до науки, а до правої аргументації — як до дедуктивного процесу⁴. Прихований за цим зображенням всезнаючий суддя і право задумані як закриті система, яка забезпечує відповіді на поставлені запитання, без посилення на зовнішні, або неправові, елементи.

Зауважте, що тут питання не у психологічному реалізмі. Цей образ законодавця ґрунтується на припущенні, що необтяжливе обмірковування не тільки можливе, а й є життєздатним рішенням (принаймні для деяких істот). Пояснення цього загадкового факту полягає в тому, що суб'єкт прийняття рішення задіяний не стільки у процес обґрунтування, скільки у процес створення рішення. Хоча сам процес міркування може включати несвідомі елементи або інтуїтивні здогади, такого не можна сказати про рішення, прийняте постфактум. Ті, хто

можуть бути закодовані. Цей сформований підхід розкриває те, що люди навчають машини виявляти правила, які відображають зв'язки між конкретними комбінаціями ознак і конкретними станами. Утім «способи, в які люди зазвичай говорять і думають про емоції, є значущими для більшості практичних цілей, чого більшість людей не мала до недавнього часу. Розвиток емоційно зорієнтованих обчислень демонструє, що є практичні цілі, для яких вони не є достатніми» (див.: *Roddy Cowie, Describing the Forms of Emotional Colouring that Pervade Everyday Life, in The Oxford Handbook of Philosophy of Emotion, cit., p. 67*). Сьогодні це питання виходить далеко за межі дилеми робота Герберта Саймона 1967 р.

¹ Лікурґ не був спартанцем. Він займався створенням *Ewigkeitsklausel* для спартанської конституції, оскільки він змусив місто запрягнути не змінювати будь-які закони, поки він перебуває в Дельфах. Він ніколи не повернувся.

² Йому наказано було «працювати в одному столітті, щоб мати можливість користуватися в наступному» (*J.J. Rousseau, Du contrat social, Book 2, chap. 7*).

³ Йдеться про *Esprit des Lois*, book 11 § 6, де «англійська» модель судді описана як відмінна від французької моделі, де в умовах монархічної влади дискреційні межі тлумачення мають анти-деспотичну функцію стримання, у зв'язку з тим, що судова влада аристократична і, таким чином, залежить від Короля, керованого честю, «*le ressort du gouvernement monarchique*» (див.: *Marco Goldoni, Montesquieu and the French Model of Separation of Powers, in «Jurisprudence», Volume 4, Number 1, June 2013, pp. 20–47; Lando Landi, L'Inghilterra e il pensiero politico di Montesquieu, Cedam, Padova 1981*).

⁴ *Christopher C. Langdell, A Selection of Cases on the Law of Contracts (1871)*.

дотримуються цієї моделі, розрізняють питання про те, як судді приходять до своїх рішень, і питання про те, чим ці рішення підкріплюються; суть підходу полягає в тому, що рішення не повинні бути підтримані посиленням на емоції.

З цієї точки зору, емоції зайві. Почуття ірраціональні або навіть просто нерациональні; і для них немає місця в практиці обґрунтування, до якої залучений *Жан-Жак*. Контекст відкриття, в якому емоції можуть відігравати відповідну роль, просто не має значення. Модель фокусується виключно на контексті обґрунтування. Таким чином, «суддівство ґрунтується на концепції права, безвідносного до часу і місця».

Багато хто вважає таку неситуативність непереконаливою¹. Для критиків *Жан-Жака* право — це не просто логіка; це не машина, яка здатна видати певний результат, передбачувана у своїх обчислювальних юридичних операціях. Образ судді як *рупору закону* пропонує принципово неповноцінний опис правової аргументації. Образ права як простого обчислення є неправдивим. Не існує «точки зору нізвідки». Швидше за все, юридична аргументація повинна включати цілу низку додаткових правових цінностей, міркувань і визначень.

Усі види градуалістських позицій пролягають, з одного боку, між надзвичайною справою (або справою, в якій призначена найвища міра покарання) судді, який просто відкриває писане право і застосовує його з тим же рівнем участі, як комп'ютер застосовує алгоритм, де — принаймні, в ідеалі — всі результати заздалегідь задані; а, з другого боку, випадковим випробуванням («судом божим») та/або довільним вирішенням справи *case-to-case* відповідно до «по суті ірраціонального права», тобто тим, що Макс Вебер назвав «юстицією каді». Утім теоретики виступають проти позиції *Жана-Жака* не теоретизувати правове обґрунтування з точки зору формального ірраціонального права, наприклад, з точки зору випадків суду божого або оракула, де рішення приймаються на основі випробувань, що, як прийнято вважати, знаходяться поза контролем людського інтелекту. Швидше за все, противники формалізму зацікавлені у правових системах, де рішення приймаються на основі випробувань, які (ймовірно) є зрозумілими й знаходяться під контролем людського інтелекту, але які, як видається, уникають його. Таким чином, наш другий образ — *пан Штейгер* — є втіленням позиції, за якою право страждає від невизначеності, а судді — від упереджень. У своїй роботі «Людина-машина» (1747) матеріаліст французького Просвітництва філософ Ламетрі розповідає про пана Штейгера з Віттіхгофена у Швейцарії: він був «судовим виконавцем», який «був справедливим і навіть поблажливим натщесерце», але був здатний повісити невинних після ситного

¹ Такі учені, як Lynne Henderson, Judith Resnik, Martha Minow and Elizabeth Spelman, виступають проти категоричної ревалоризації таких якостей, як відокремленість та неупередженість, які пов'язують із розумом, головним чином, через неситуативність суддів. Наприклад, *L. Henderson*, «Legality and Empathy», *Michigan Law Review*, 1987, 85, 1574 ff.; *J. Resnik*, «On the Bias: Feminist Reconsiderations of the Aspirations for Our Judges», *South California Law Review*, 1988, 61, pp. 1877–1944; *M. Minow*, *E. V. Spelman*, «Passion for Justice», *Cardozo Law Review*, 1988, 10, November, pp. 37–76; *M. Minow*, «Stripped Down Like a Runner or Enriched by Experience: Bias and Impartiality of Judges and Jurors», *William and Mary Law Review*, 1992, 33, pp. 1201 ff. Більш загальні, більш сучасні дослідження у галузі психології судочинства подібним чином як відправний пункт беруть той факт, що судді — люди, які знаходяться під впливом ситуації (див.: *David Klein*, Introduction, in D. Klein, G. Mitchell (eds.) *The Psychology of Judicial Decision Making*, OUP, Oxford 2010, pp. XI–XV).

обиду»¹. *Пан Штейгер* є прикладом упередженого судді, який поснідав, — символом і втіленням теорії, також відомої як «травний реалізм», згідно з якою судові рішення залежать від того, що судді мали на сніданок².

Зверніть увагу на те, що і *Жан-Жак*, і *пан Штейгер* представляють описові позиції. «Травний реалізм» не стверджує, що правильне (або неправильне) вирішення справи залежить від гарного (або поганого) сніданку; вважається, що судді приходять до певних рішень залежно від того, що вони мали на сніданок. «Травний реалізм» говорить нам, що неюридичні чинники, як правило, визначають судові рішення, але він нічого не говорить нам про результат рішення судді (чи він підтримає обвинувачення або захист). Той факт, що неюридичні чинники можуть впливати на прийняття рішення, не становить ані радикальної вимоги, ані вимоги, яку легко підробити. Існує більш цікаве положення, яке стверджує, що неюридичні чинники мають значення при визначенні настрою судді³.

Настрої — «другорядні стани, які підвищують або знижують нашу сприйнятливність до емоційних стимулів»⁴. Настрої тривають довше, ніж емоції, — від декількох хвилин до декількох годин. У німців є спеціальне слово для нього: *Stimmung*. Спеціаліст із настроїв Метью Реткліфф стверджує, що, на відміну від емоцій, настрої є визначеними заздалегідь «неконцептуальними фізичними почуттями», які забезпечують «місця значним можливостям»⁵. З другого боку, цим пояснюється, чому причинний зв'язок між настроєм і результатом судового рішення (на користь відповідача або позивача) є заздалегідь заданим. З іншого боку, ми не впевнені, що настрої дійсно означає настрої. Деякі вчені наполягають, що почуттєві стани зумовлені недостатністю певних об'єктів, за якими вони будуть класифіковані як настрої (людина може бути в дратівливому або тривожному настрої не з якоїсь конкретної причини, а такий почуттєвий стан,

¹ *Julien Offray de La Mettrie*, *L'homme machine* [1747], Eng. Trans. *Machine Man and Other Writings*, CUP, Cambridge 1986, p. 7.

² Говорять, що Джерому Франку належить вислів: «справедливість — це те, що судді з'їли на сніданок». Деякі говорять, що одного разу Джером Франк дозволив собі таке саркастичне зауваження щодо сніданку (*Morton J. Horowitz*, *The Transformation of American Law 1870–1960. The Crisis of Legal Orthodoxy*, OUP, Oxford 1992, p. 176). Інші думають, що, швидше за все, Франк цитував щось сказане жартома Роско Паундом чи суддею Верховного суду (*Owen J. Roberts: Frederick Schauer*, *Thinking Like a Lawyer*, Harvard Univ. Press, Cambridge (Mass.) 2009, p. 129). Невідомо, чи має ця фраза взагалі щось спільне із американським реалізмом (*Brian Leiter*, «Rethinking Legal Realism: Toward a Naturalized Jurisprudence», in *Texas Law Review*, 1997, 76, pp. 267–315, now in *Naturalizing Jurisprudence. Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*, OUP, Oxford 2007, Ch. 1). У будь-якому випадку в окремих роботах (як, наприклад, *Felix S. Cohen* («The Problems of a Functional Jurisprudence», *The Modern Law Review* 1937, 1, pp. 5–26) говориться про «травний реалізм» (p. 9).

³ *Giovanni Tuzet*, «A Short Note on Digestive Realism», *Revus*, 2015, 25, p. 2, available at: <http://revus.revues.org/3226>; Крім того, «описові вимоги є причинними: ця причинність поєднує сніданок і рішення. Але причинність є дещо складнішою: ймовірно, процес йтиме від якості сніданку до настрою судді, а від його настрою залежатиме результат справи. <...> Припустимо, що у судді був великий смачний сніданок, який його повністю задовольнив: він був би в гарному настрої, але цього недостатньо, щоб передбачити його рішення. Ви повинні знати, крім того, його ставлення до відповідача і обвинувача. <...> Процеси травлення породжують ухил: вони викликають пробудження ухилу, якому особи, що приймають рішення, дозволяють визначити результат конкретної справи».

⁴ *D. Evans*, *Emotion. A Very Short Introduction*, OUP, Oxford 2001, p. 47.

⁵ *M. Ratcliffe*, *The Phenomenology of Mood and the Meaning of Life*, in P. Goldie (ed.) *The Oxford Handbook of Philosophy of Emotion*, cit., pp. 348–371.

як злість, вимагає наявності об'єкта)¹. У нашому випадку, сніданок викликає стан, який зрештою не є настроєм. Більш ймовірно, що термін використаний як синонім або заміник, якому Імре Лекетос дав назву «впливова метафізика» («*grosso modo*» — світогляд людини).

Світогляд судді або будь-якої іншої людини зазвичай включає цілий діапазон підсвідомих, часто некритично сприйнятих думок. Удавання, що люди можуть бути безсторонніми, а думки — нейтральними, що риси характеру не дають про себе знати, настрої втрачають свій вплив, що люди не беруть до уваги свої звички під час обмірковування і ухвалення рішень, виглядають так неправдоподібно, що цьому не потрібен жодний коментар. Але це ніколи не було вимогою *Жан-Жака*. «Потрібні були Боги, щоб дати закони людям», — говорить Руссо. *Жан-Жак*, безперечно, схожий на пана Дата в «Зоряному шляху», в якого є «етична підпрограма», впроваджена для того, щоб зрозуміти інших, але який не має власних емоцій. У дебатах між неупередженим законодавцем і суддею, упередженість якого залежить від сніданку, останній перемагає, коли справа доходить до психологічного реалізму, але це успіх поза метою: вся критика, яка спрямована на непереконаливість психології *Жан-Жака*, зазнає поразки.

У прибічників «травного реалізму» є ще одне заперечення проти *Жан-Жака*: невизначеність закону. Невизначеними є не тільки правила, але також і джерела права, і самі висновки щодо юридичного матеріалу, релевантного до даної справи. Твердження полягає в тому, що різноманітність юридичних джерел робить формалістські претензії щодо доктринальної визначеності підступно помилковими². Для критиків *Жан-Жака* немає ніяких легких справ; вибір фактів для дослідження є по суті потенційно нормативною діяльністю, або принаймні питанням, природа якого має бути встановлена. Якщо «авторитетна традиція говорить невизначеною мовою»³, то процес вибору серед конкуруючих між собою правил, які регулюють ситуацію у даній справі, і є основним джерелом невизначеності. Хтось, здається, вважає, що саме рішення щодо доречності джерела або юридичного матеріалу, є невизначеним. Це є набагато більш серйозною загрозою формалізму, ніж невизначеність правила за Хартон або будь-яке припущення, що є невизначені стандарти, такі як розумність чи добросовісність⁴.

¹ Nico H. Frijda, «Mood» in David Sander, Klaus R. Scherer (eds.) *The Oxford Companion To Emotion and The Affective Sciences*, OUP, Oxford 2009, pp. 258–59.

² Окремі вчені стверджують, що той факт, що право піддається сильному впливу невизначеності, указує на саму суть різниці між реалізмом та позитивізмом (*Patricia Mindus*, «Realism Today: On Dagan's Quest Beyond Cynicism and Romanticism in Law», in *International Journal for the Semiotics of Law*, October 2014). Проблема невизначеності не стосується відкритої структури норми права (див. Хартон розуміння проблеми невизначеності у простих і складних справах; див. також *Hanoch Dagan*, *Reconstructing American Legal Realism and Rethinking Private Law Theory*, OUP Oxford 2013, pp. 18–19): «Неминучою причиною невизначеності є наявність декількох, потенційно застосовних доктринальних джерел», що, таким чином, «робить правову доктрину безнадійно невизначеною не через (або, принаймні, не в першу чергу) невизначеність розрізнених доктринальних джерел, але головним чином через їх багатоманітність», отже, «повна оцінка масштабів і глибини доктринальної невизначеності <...> вимагає, щоб ми не брали до уваги лише одне правило. Швидше за все, основним джерелом доктринальної невизначеності є багатоманітність доктринальних матеріалів, які потенційно можуть бути застосовані на кожному етапі в будь-якій справі».

³ *Karl N. Llewellyn*, «Some Realism about Realism», in *Jurisprudence: Realism in Theory and in Practice*, Univ. Chicago Press, Chicago 1962, p. 70.

⁴ Як пояснює Ллевеллін, різниця між *ratio decidendi* та *obiter dictum* полягає у тому, на що спираються судді, — на правило, вироблене у попередній справі, або на релевантні факти (або і на перше, і на друге) (*Karl N. Llewellyn*, *The Bramble Bush* [1930] in *Id.*, *The Case Law System in*

Ця невизначеність вражає самі факти. Це є процесом створення доречності конкретних фактів, що дорівнює реалізації дискреції. У цьому полягає ухил *пана Штейгера*.

Я хотіла би припустити, що здійснення вибору на підставі розгляду певного фактичного аспекту ситуації або особи, які є доречними для даної категорії справи (є релевантними), як-от наділення правом або накладання обов'язку, необов'язково означає, що вибір є свавільним, навіть за умови, що його зроблено в межах розсуду законодавця. Інакше кажучи, не будь-який вибір є дискримінаційним, і не будь-який вибір становить дискримінацію. Таким чином, все ще можливо, що судження про доречність врешті-решт не є судженням нормативного характеру, як того дотримуються прихильники *моделі Штейгера*, а є досконалим звучанням розуму¹.

У будь-якому випадку, справжня суперечка між *Жан-Жаком* і *паном Штейгером* — це не спір між тими, хто думає, що судді дивляться на «факти», і тими, хто думає, що судді дивляться на правила; і це спір не між тими, хто вважає, що факти створюються, і тими, хто вважає, що факти є даними. Швидше за все, це суперечка між тими, з одного боку, хто думає, що судді беруть до уваги формальні правові норми для визначення, які факти є юридично релевантними і який очікується результат на підставі цих фактів, і, з другого боку — тими, хто думає, що судді звертаються до неправової інформації, щоб визначити, які факти є релевантними, і які висновки можуть бути зроблені на основі цих фактів². Таким чином, зрозуміло, які позиції захищає *Жан-Жак* і які *пан Штейгер*.

Для прибічників *Жан-Жака* посилання на емоції є зайвим. Вони подібні до відволікаючих факторів, які з формалістської точки є ірраціональним почуттям, безглуздим сплеском почуттів; вони не є тим, що має значення для юридичної аргументації. Право, як серце, має власні підстави для дії. Цей «стиль зберігає свій вплив, незважаючи на напруженість у відносинах із психологічною реальністю, тому що вона міцно прив'язана до аспекту емоцій. Цей традиційний погляд виражає те, що емоції за своєю природою є ірраціональними, недисциплінованими і унікальними»³.

America, Paul Gewirtz (ed) Univ. of Chicago Press, Chicago 1933; Id., The Common Law Tradition: Deciding Appeals, Little Brown & Co., Toronto 1960, pp. 77-91; esp. p. 25): «Релевантні факти не розглядаються як такі, а, швидше, класифікуються за категоріями, які вважаються суттєвими. Але ані вибір релевантних фактів, ані їх класифікації за категоріями не є самоочевидною або логічною необхідною дією. У всіх цих випадках судді мають значну свободу дій у питанні про те, наскільки широким або вузьким буде *ratio decidendi*, тобто яким буде його обсяг щодо інших правил».

¹ Розглянемо, наприклад, якими особистими характеристиками людина повинна володіти, щоб бути здатною скористатись певним правом, скажімо, правом голосу. Є вагомі причини стверджувати, що вік є важливим критерієм, а колір очей — ні. Адаже звучить аргументованим те, що вік означає повну дїездатність, інтелектуальну зрілість і моральну автономію, необхідні для здійснення права, в той час як такий аргумент не спрацьовує щодо кольору очей. Немає ніякого зв'язку між політичною спроможністю людини і, скажімо, світлим кольором очей. Світлий колір не є розумно обгрунтованим критерієм для доступу до права голосу. Ця теза не залежить від будь-якого естетичного, морального або широко нормативного припущення. Тут не потрібно ніяких конкретних нормативних чи моральних міркувань, достатньо звичайного гносеологічного міркування. Міркування, можливо, навіть зводиться до розрахунку наслідків, що випливають із передумови. Це можливо і без дослідження своїх нормативних переваг або того, що хто їв на сніданок. Ця думка знаходиться у центрі проекту, який я в цей час розробляю (див.: <http://civissum.eu/index.html>).

² F. Schauer, *Thinking Like A Lawyer*, cit., p. 132.

³ T. Maroney, «The Persistent Cultural Script», cit., p. 632.

Для опонентів емоції не є маловажними, але вони їх відносять до неюридичних чинників, які впливають на прийняття правових рішень; емоціям відводиться «місце в недиференційованій нераціональній сім'ї», серед таких різноманітних понять, як «інтуїція», «політика» і несвідоме Фрейда <...>. Коли реалісти звертаються до емоцій, вони це роблять у недиференційованій манері, одночасно залучаючи поняття упередженості, забобонів, особистості, темпераменту, волі, і навіть творчості, «отже, вони згруповують емоції разом з іншими факторами, які так само невпізнані й некеровані»¹. У традиції травного реалізму суддя може бути істотою емоційною, але ці емоції виявляються лише як необґрунтовані переконання й забобони — менш структуровані, ніж це потрібно для обґрунтування прийнятих рішень, — викликані таким легковажним елементом, як меню сніданку. Так що коли справа доходить до емоцій, суддя, настрої якого визначено сніданком, стикається із проблемами: право може бути справді невідзначеним, надаючи тим самим простір для неправових елементів як критерії вибору; але не всі неправові елементи однакові. Як і раніше, потребує доведення той факт, що посилання на емоції буде кваліфікуватися як «неправове»².

Це питання стає більш інтригуючим, коли мова заходить про співчуття: співчуття не розглядається як просто інша змінна, яка може бути або не може бути підставою для прийняття рішення³. Юриспруденції давно відомі дебати про відповідну вирішальну роль моральності або наукове знання. Співчуття трактується по-різному. «Воно розглядається як <...> дикий, нестримний, дестабілізуючий чинник, який не може співіснувати з верховенством права»⁴.

Парадоксально, але чи може *Жан-Жак* бути єдиним, хто може пристосуватися до нераціонального посилання на емоції? Він знає, що, як законодавець, він повинен мати повне розуміння психологічних характеристик реципієнтів його рішень, і таке розуміння включає оцінку наших емоцій. Утім потенційна роль емоцій для *Жан-Жака*, як правило, є невловимою. Справді, у межах цього підходу емоції можуть бути корисними для нашого законодавця тільки з точки зору когнітивних цілей. «Когнітивна функція емпатії виступає як інструмент для розуміння інших; видається, вона не має особливої емоційної валентності. Співчуття такого роду може бути використане для будь-яких цілей взагалі, у тому числі з метою завдання шкоди особі, на яку вони спрямовані»⁵. Когнітивна емпатія може мати важливе значення для правосуддя і законодавства, але вона не є причиною, через яку суддів хвалять за стійкість до емоцій. Ця

¹ Ibid., pp. 666-7.

² Чи можуть, наприклад, такі епістемічні емоції, як цікавість та наполегливість, відігравати позитивну роль у процесі прийняття правових рішень? Їх протилежності, як правило, беруться до уваги, щоб натякнути на недбалість і погано виконану роботу. Це становить, щонайменше, частково, проблему для *Жан-Жака* (див.: Adam Morton, Epistemic Emotions, in P. Goldie (ed.) Oxford Handbook on Philosophy of Emotion, cit., pp. 385–399). Інші розширюють сферу так, щоб включити до епістемічних емоцій почуття тривоги, яке, як кажуть, відіграє важливу роль у раціональності, сигналізуючи про те, що слід гарантовано робити на підставі зібраної додаткової інформації та роздумів. Невизначене припущення щодо значної роботи емоції та права означає те, що емоційно суддя незмінно прагне до недбалості, упередженості та ірраціональності. Проблема полягає у власному праві судді. Тому емоції, яких суддя має позбутись, не повинні включати епістемічні емоції або так звані нестандартні емоції — від більш поширеної цікавості та інтелектуальної чесності до менш поширеного споглядального задоволення.

³ 46 S. Bandes, «Moral Imagination and Judging», cit., p.105.

⁴ Ibid., p. 1.

⁵ Ibid., p. 110.

концепція емпатій зокрема та емоцій в цілому є занадто вузьким підходом. Він зводить емоції до суворо нерелевантних ухилів. Однак, коли ми говоримо про емоції в цілому і, зокрема, про емпатії, слід мати на увазі: емпатія говорить про почуття до інших. Це означає, що вони не просто когнітивні¹. Чим би не були емоції, але вони не повинні бути психічним режимом, який негайно зводиться до переконання. Грубо кажучи, як деякі пропонують: «Емоції, ймовірно, найбільш складні психічні феномени, оскільки включають в себе всі види ментальних сутностей, які знаходяться на різних онтологічних рівнях»². Ані *Жан-Жак*, ані *пан Штейгер* не в змозі побачити це.

2.2. Самовідданий суддя і суддя, який вболіває за справедливість

Традиційна модель юриспруденції пропонує інший набір ідей, на яких ґрунтується уявлення про роль емоцій. У межах цієї критики є дві діаметрально протилежні позиції, хоча їх об'єкти не повністю перекриваються, отже, різниця між ними є ілюзорною. З одного боку, є ті, хто вважає, що хороший суддя не повинен відчувати ніяких емоцій; якщо він так робить, його слід відсторонити. Верховенству права у цілому, а також юридичній визначеності зокрема краще сприяє прийняття рішень, які позбавлені емоцій. Право повинно бути як машина для передбачуваності правосуддя. Судді повинні прагнути до неупередженості, не бути жертвами пристрастей, які заважають винесенню рішень та провокують однобічність. Уїдливи́й образ емоційного судді означає відмову від дисципліни, незалежності та неупередженості. Символічним у даному випадку є погляд Дж. Хатчесона молодшого, спочатку молодого юриста, а згодом федерального окружного судді, який надто переконаний у тому, що «якщо хто-небудь припустить, що суддя має право відчувати або виводити нову категорію, яка стосуватиметься спору, що знаходяться в його провадженні, я відкину це припущення як ненаукове і неспроможне, тоді як судді, який наважиться вчинити так, я кричатиму: “Геть його!”»³. Для цих прихильників непорушної Феміди правосуддя має бути байдужим до пристрастей, щоб не перетворитись на свою протилежність.

З другого боку, противники цієї позиції стверджують, що байдужість до емоцій негативно впливає на прийняття рішення суддею. Суддівство живиться тим, що називається «судовими емоціями», тобто досвідом створення суддею розсудливого, конкретного емоційного стану (страх, гнів, щастя, сум, здивування, відроза тощо) під час виконання своєї професійної ролі. Як правило, це положення обмежене складними справами, політично важливими справами або,

¹ Див. *Robin West*, «The Anti-Empathic Turn», in J.E. Fleming (ed.) *Passions and Emotions*, cit., p. 248; *L. Henderson*, «Legality and Empathy», cit., pp. 1574–1654; *S. Bandes*, «Empathetic Judging and the Rule of Law», in *Cardozo Law Review De Novo*, 2009, pp. 133–148; *S. Bandes*, «Empathy, Narrative, and Victim Impact Statements», cit. Деякі розрізняють співчуття (емпатію) та симпатію: у той час як емпатія є джерелом інформації, симпатія є моральним почуттям, яке мотивує до дій. Навіть допускаючи таке розрізнення, яке може указувати лише на етимологічну різницю, ми досі не в змозі пояснити суть симпатії.

² *Aaron Ben-Ze'ev*, *The Thing Called Emotion*, in P. Goldie (ed.) *The Oxford Handbook of Philosophy of Emotion*, cit., p. 41.

³ *Joseph C. Hutcheson Jr.*, «The Judgment Intuitive: The Function of the ‘Hunch’ in Judicial Decision», *Cornell Law Review*, 1929, 14, p. 278.

що більш традиційно, специфічними категоріями справ про справедливість, які вимагають практичної мудрості¹.

Ця антитеза є нормативною². Дж. Френк наполягав на цьому аспекті: «У мене немає наївного уявлення, що існує суддя без будь-якого «емоційного ставлення», і «у мене немає ніякого бажання жити в суспільстві, в якому такі суб-люди чи супер-люди існують серед суддів, які здійснюють правосуддя»³. Посилаючись на лекцію судді Верховного суду Вільяма Дж. Бреннана (1967), де останній співає гімн «емоціям»⁴, Оуен Фісс справедливо зазначив: «Я не вірю, що суддя Бреннан <...> просто стверджує очевидне: судді є людьми, чим більше вони прагнуть бути раціональним, тим більше емоції і пристрасті неминуче проникають у судовий процес <...>. [Замість цього він відзначає] пристрасть як фактор, який має бути залучений до процесу прийняття рішень»⁵. Для доведення (або спростування) цієї нормативної тези потрібні інші аргументи, ніж ті, що використовувались у першому варіанті критики. Те, що нормативного ідеалу важко досягти, не є аргументом проти нього. Обидві позиції визнають, що емоції дійсно здійснюють вплив на нормативному рівні. Вони незгодні, однак, щодо їх цінності. Тут ми знаходимо наш третій і четвертий образи в нашій портретній галереї: *Геркулеса* і *Соломона*.

Життєва мудрість свідчить, що судді повинні залишити свої особисті пристрасті й емоційні зобов'язання позаду, перед тим, як вони займуть своє місце. Цей погляд на роль емоцій у прийнятті правових рішень добре обґрунтований Головним суддею Робертсом⁶ за допомогою відомої метафори про арбітра, яка говорить про те, що судді повинні залишити свої емоції позаду задля кращого вирішення справи.

Історичним прикладом дотримання таких поглядів є твердження Томаса Гобса у середині 1600-х років про те, що ідеальний суддя позбавлений «страху, гніву, ненависті, любові й співчуття»⁷. Артур Корбін указує на наслідки впливу емоцій на суддю під час здійснення правосуддя: судове право «розвивається в напівтемряві невігластва та емоцій», а не «в яскравому світлі чистого розуму»⁸.

¹ Aristotle, Nic. Ethics, Book V, 1141b.

² На іншому рівні аналізу, однак, диспут має описовий характер, оскільки він залежить від місця, яке відводиться аргументації у різних видах справ; як зауважує Кардосо, «правознавці не змогли домовитися щодо того, наскільки прийняття рішення пов'язане із аргументацією, а наскільки — лише з емоціями» (*Benjamin N. Cardozo, The Nature Of The Judicial Process, Yale Univ. Press, New Haven 1921, pp. 44–45*). Немає нікого, як я можу судити, хто б насправді стверджував, що будь-яка судова практика, на будь-якому рівні вимагає емоцій у розумінні фронеzisу (практичної мудрості). У той час як існують дебати про більш високий поріг (складні справи), немає ніяких серйозних дебатів про низький поріг (легкі справи). Звичайно, інше питання щодо того, де встановити поріг (тобто що є складною, а що є легкою справою). Це питання я залишу поза увагою.

³ Jerome Frank, «What Courts Do in Fact», *Illinois Law Review*, 1932, 26, n. 55, pp. 761–764.

⁴ William J. Brennan, Jr., «Reason, Passion, and The Progress of the Law», *Cardozo Law Review*, 1988, 10:3, p. 17: «Найбільша загроза для принципу належного процесу — формальний розум (підстава), позбавлений (а) розуміння почуттів».

⁵ Головний суддя Робертс заявив під час слухання, присвяченого його затвердженню на посаді, що «судді, як арбітри. Судді не створюють правила, вони їх застосовують <...>. Вони запевнюють всіх, що усі грають за правилами» (див: Confirmation Hearing on the Nomination of John G. Roberts, Jr. to be Chief Justice of the United States before the S. Comm. on the Judiciary, 109th Cong. 5 (2005)).

⁶ Owen M. Fiss, «Reason in All Its Splendor», *Brooklyn Law Review* 1990-91, 56, p. 797.

⁷ Thomas Hobbes, *Leviathan* [1651] A.R. Waller (ed.) Cambridge Univ. Press, Cambridge 1904, p. 208.

⁸ Arthur L. Corbin, «The Law and the Judges», *Yale Review*, 1914, 234, 3, p. 250.

Ризик визнання емоційних суддів полягає у тому, що вони страждають від «забобонів і пристрастей всього людства»¹. Симпатії і ворожість є частиною людської психології, але вони не повинні відігравати ніякої ролі у процесі правової аргументації: «поворот обличчям до пристрастей» є помилковою спробою приборкати невизначеність².

Наш третій образ у межах прогресивної юриспруденції втілює цю позицію самовідданого Геракла³. На відміну від присяжних або дітей, судді дисциплінують себе, щоб реагувати на проблеми, які постають перед ними, з ретельною послідовною раціональністю⁴. Геркулес може бути наділений людською психологією, але він взмозі підняти себе над її проявами: він не втомлюється і не стає жертвою примх. Навіть якщо він співчуває одній зі сторін, він не дозволяє співчуттю впливати на нього. Судді — створіння (аж занадто) людські — вони відчують емоції, але повинні, тією мірою, якою це стосується їх професійної діяльності, позбавляти себе особистих схильностей так, як це робить громадянин у Руссо, який позбувається приватних інтересів при голосуванні. У цьому сенсі Геракл є безкорисливим. Емоції, дійсно, мають нормативне значення: вони не повинні враховуватися під час пошуку правильного рішення правової проблеми. Емоції задумані як надбудова, яка не повинна бути задіяна в раціональному процесі обґрунтування. Геракл позбавляється емоцій, не втрачаючи при цьому себе.

Емоції представляють суб'єктивне і химерне; емоції — це питання смаку (*de gustibus*). Ми можемо його відчувати, але це не повинно мати значення, тому що, як смак і аромати, емоції є непроникними для аргументу або розуму. Це питання переваг. У певному сенсі емоції можна порівняти з будь-яким бажанням, що призводить до певного ухилу. Цей спосіб обмірковування емоцій як своєрідного елемента є нормативним тематичним зрізом у межах провідної правової культури.

А втім, інший, але все ж таки доволі широко сприйнятий образ запропонований у вигляді портрета *Соломона*. Він служить, «щоб пізнати мудрість і досвід, сприймати слова про взаєморозуміння; набути досвіду мудрості, справедливості, правосуддя й рівності, щоб надати тонкість простому, молодому знанню й розсудливості»⁵. Він не безкровний вулканець, не безликий адміністратор. Він просить (і отримує) «серце розумне, щоб судити народ Твій, щоб розрізнити добре і погане: адже, хто ще здатний судити Твій такий великий народ»⁶.

¹ George P. Costigan, Jr., «The Supreme Court of the U.S.», Yale Law Journal, 1907, 16, n. 69, p. 266.

² O. Fiss, «Reason in All Its Splendor», cit., pp. 797–98.

³ Тут обов'язковим є посилання на Р. Дворкіна і його суддю з «надлюдськими здібностями, знаннями, терпінням і хваткою», який є «більш вдумливим і сором'язливим, аніж будь-який реальний суддя має бути, або, враховуючи обсяг його роботи, може бути» (Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Harvard Univ. Press, Cambridge (Mass.) 1978, pp. 116–117). *Геракл* розуміє право як безшовну мережу або систему без прогалин, в якій він прагне узгодженості й цілісності; він «вибудовує схему абстрактних і конкретних принципів, які забезпечують узгоджене обґрунтування для всіх прецедентів загального права і, оскільки вони засновані на принципах, конституційних та законодавчих» (Law's Empire, Harvard Univ. Press, Cambridge (Mass.) 1986, p. 265). Як і у випадку *Жан-Жака*, присутня критика *Геракла* за його нереалістичність. Він виступає за нормативний ідеал і не займає ніякої фактичної ніші.

⁴ Richard A. Posner, «Emotion Versus Emotionalism in Law», in *The Passions of Law*, cit., p. 311.

⁵ Proverbs 1, 2–6.

⁶ Kings 3:4-9.

«Великий суддя» Соломон має особистісні риси Платона — «людини царської природи»¹. Він править проти «нерозумних» законів, встановлених законодавцем, і виступає проти тирана, який є таким, наприклад, у силу своєї впертості й негнучкості, нездатності побачити «розумність» інших². Великий суддя використовує благочестя і справедливість проти суворих законів³. Соломон втрачає власну гідність, якщо допускає при застосуванні закону відхилення від справедливості або інших основоположних принципів⁴. «Помилка», притаманна законам, пов'язана із самого початку із законодавцем, який, із наміром або без наміру, не помітивши конкретний набір обставин або навмисно забувши про них, створює універсальні правила, які застосовуються до більшості життєвих ситуацій. Отже, коли закон мовчить або є незастосовним до конкретного випадку, Соломон інтерпретує закон у світлі розглядуваної ситуації. Дві обставини визначають сферу твердження про те, що правосуддя не повинно бути байдужим до пристрастей: Соломон працює на (I) справедливість й керується своєю (II) емпатією (співчуттям).

Свягаючи своїм корінням латинського *principle of aequitas* (принципу рівності) — який урівнює невідповідність між *ius scriptum* (писаним правом) і *ius aequum* (природним правом)⁵, — справедливість робить право невизначеним⁶.

¹ У цьому сенсі він подібний до великого політика: *Kybernetes* або *gubernator* «подібно до того, як керманіч постійно піклується про інтереси судна і моряків, підкоряючись не писаним правилам, але мистецтву, яким є для нього закон, і, таким чином, зберігає життя товаришам з плавання, таким же чином турботами умілих правителів утримується правильний державний лад, бо сила мистецтва ставиться вище законів. (Plato, *Statesman* 296e, trans. Benjamin Jowett). Утім великий суддя відрізняється від великого законодавця: великі законодавці, тобто такі мудрі люди, як Мінос, Лікурґ, Солон, — символи авторитетів — або героїв, як Мойсей, Кір, Тезей, Ромул, — символи рішучості — є прихильниками не «правління чоловіків», але правління законів. (*George Dumézil*, *Mitra-Varuna. Essai sur deux représentations indo-européennes de la souveraineté*, Gallimard, Paris 1948, pp. 37ff). Образ судді, який найкраще відображає політичні погляди таких батьків-засновників, — не *Геркулес* або Соломон, але *Жан-Жак*, який є ідеальним для застосування їх законів. See *Massimo Cuono*, *Decidere caso per caso. Figure del potere arbitrario*, Marcial Pons, Madrid 2013.

² В «Антигоні» Софокла Гемон звинувачує свого батька Креона: «Страх простолюдинові твій погляд вселяє, перериває мову слова, що вражають слух твій, а я, в тіні, і бачу все, і чую, я чую, як всі її жалюють, усі кажуть: “невже загине та, що менш за всіх заслуговує загибелі, за подвиг, настільки прекрасний, кару, настільки жалісну понесе вона, та, що, рідного брата в калюжі крові знайшовши, непохованим не залишила, щоб не зазнав він від псів голодних або яких-небудь птахів приниження; чи не заслуговує вона вшанування золотим вінком?”» (*Sophocles*, *Antigone*, 680; Trans. Richard C. Jebb, CUP, Cambridge 1917).

³ *Ius strictum*, *equitas* та *pietas* мають доволі складні відносини: тріада природного права Ульпіана була в центрі багатьох дискусій. Наприклад, Лейбніц критикує Гоббса для зведення права *Ius strictum* за рахунок *equitas*. (*G. W. Leibniz*, *Meditation on the Common Concept of Justice*, 170203).

⁴ Ідея про те, що суддя розуміє намір закону, а не просто змінює правила через їх несправедливість, виходить з її імплементації і є інтерпретацією справедливості, яка виникла в англо-американській традиції завдяки діалогу *Christopher St. German dialogue Doctor and Student* [1532] and (*Edward Hake*, *Epieikeia: A Dialogue On the Equity in Three Parts* [1600 ca], ed. D.E.C. Yale, Yale University Press, New Haven, Conn. 1953. *Dennis R. Klinck*, *Conscience, Equity, and the Court of Chancery in Early Modern England*, Ashgate, Burlington 2010).

⁵ Cicero, *De Officiis*, I 10, 33; II 12, 24; *De Oratore*, 1.57; *Digesto*, D.1.1.7.1.

⁶ В Англії протягом XVI–XVII ст. право справедливості намаглося виправити недоліки загального права, яке сприймалося як система жорстких і обов'язкових правил, у чому іноді звинувачується континентальна правова система (див.: *Bernadette Meyler*, «Equity over Empathy», in J. E. Flemings (ed.) *Passions and Emotions*, cit., p. 316; *Stephen H. Subrin*, «How Equity Conquered Common Law: The Federal Rules of Civil Procedure in Historical Perspective», *University of Pennsylvania Law Review*, 1987, 135, pp. 909 ff.).

Наполягаючи на індивідуальності справи і, отже, на прояві творчих підходів, *epieikeia* (милосердя) є засобом виправлення помилки, зумовленої жорстким застосуванням негнучких правил у конкретному випадку (*Aristotle, Nic. Ethics, Book V, 1137b*). Знаходячись між виведенням винятків і створенням правил, воно стосується створення норм, виведених із конкретних випадків шляхом узгодження універсальності закону і випадковості конкретних обставин (*1137b*). Ось чому справедливість вимагає практичного обґрунтування, щоб пом'якшувати суворість закону: *phronesis* є «практичною мудрістю, яку цікавить не лише загальне — для неї також важливими є особливості, бо це є практичним, а практика пов'язана з особливостями. Ось чому ті, хто не знає, і особливо ті, хто має досвід, більш практичні, ніж інші, що володіють знаннями»¹. *Соломон* має бути обдарованим певними здібностями: навиками співпереживання.

Соломон не просто розуміє мотиви інших людей. Він також відчуває те саме, що і вони, відчуває симпатію чи співчуття². Прихильники *Соломона* вважають, що «наші інтуїція, емоції і совість є належними факторами для юридичного мислення»³. Міф безпристрасності «заснований на двох фікціях: 1) емоції обов'язково призводять до несправедливості і 2) справедливий суб'єкт прийняття рішення обов'язково є безпристрасним»⁴. Для багатьох співпереживання сприяє обґрунтованості рішення: ось чому «співчуття і моральна фантазія, при їх правильному розумінні, є частиною вирішення проблеми безвідповідальних суддів при інтерпретації ними невизначеного закону, а не частиною проблеми»⁵. Емпатія є необхідною умовою для фронетичних здібностей, які характеризують нюанси судочинства, з якими має справу правосуддя.

Емоційно спустошені суб'єкти, які приймають рішення, погано справляються з такими особливими випадками, тому що цей вид судочинства вимагає емоційного розуму⁶. Ті, хто, як і *Жан-Жак* або *Геракл*, «знають», як люди поведуться, але тримаються осторонь емоцій, є «менш практичними» у цій діяльності. *Геракл* не вирішив би справу про матерів, які ділили дитину, слідуючи такому абсолютно незаконному методу, який припускав поділити дитину. Здатність *Соломона* відчути відчай матері вже при одному уявленні мертвої дитини — це те, що керує ним при прийнятті рішення. Його здібність до співпереживання дозволяє йому вибрати сторону в суперечці, у той час як *Геракл* або *Жан-Жак* залишилися б, інтелектуально кажучи, на місці Буриданова віслюка.

У цьому полягає сенс твердження, що «здатність розуміти цілі інших є суттю мистецтва судочинства»⁷. *Соломон* дозволяє нам зрозуміти, що «прийняття правових рішень є збагаченим і пронизаним емоційними операціями, тому що вони звертають увагу на конкретні особливості випадку, або форму-

¹ *Aristotle, Nic. Ethics, Book VI, 1141b* (in Ross' trans.)

² *Benjamin C. Zipursky, «Anti-empathy and Dispassionateness in Adjudication», in J. E. Fleming (ed.) Passions and Emotions, cit., esp. p. 309.*

³ *Irving R. Kaufman, «The Anatomy of Decision-making», Fordham Law Review, 1984, 53:1, p. 16.*

⁴ *Samuel H. Pillsbury, «Emotional Justice: Moralizing the Passions of Criminal Punishment», Cornell Law Review, 1989, 74, p. 655.*

⁵ *S. Bandes, «Moral Imagination and Judging», cit., p. 101.*

⁶ *Peter Salovey, John Mayer, «Emotive intelligence» in Imagination, Cognition and Personality, 1990, 9, pp. 185–211. See also Daniel Goleman, Emotive Intelligence, Bantam Books, New York 1995.*

⁷ *R. West, «The Anti-Empathic Turn», cit., p. 243. 78 K. Abramst, H. Kerentt, «Who's afraid of law and emotions?», cit., p. 2004.*

ють здатність осіб, які приймають рішення, зрозуміти перспективи, або ставки кожної сторони у справі. Зусилля, спрямовані на витіснення афективного рішення, є результатом історичної дихотомізації, внаслідок чого можуть вироблятися поверхові, шаблонні, нічого не варті, безвідповідальні судові рішення»¹.

Зверніть увагу, що *Соломон* не зміг позбавити себе цих емпатичних здібностей. Якби він був позбавлений фронетичних навичок, він не був би *Соломоном*. Емоції не можна залишити осторонь, тому що хтось займає місце судді. Це ідентифікуюча ознака, а не проста особиста схильність. Співчуття *Соломона* — це не суб'єктивна індивідуальна характеристика, як-от смак або уподобання. Це не захоплення. Воно не заховане в інший вузький процес обґрунтування. Це те, що робить його судження мудрим.

Так само, як прихильники *Жан-Жака і пана Штейгера* використовують широке (розпливчате) поняття емоцій, прихильники *Соломона* також є неточними в тому, що вони мають на увазі: кажуть «емоції», але мають на увазі «інтуїція», «передчуття» — напів- або підсвідома когнітивна здібність, яка впливає з досвіду; точніше, від фронетичної мудрості досвідчених людей². Емоції є синонімом повної і достовірної оцінки соціальної реальності. Гарним прикладом такої позиції є позиція С. Бандеса, який вважає, що судді «роблять припущення» про цілий ряд речей, в яких досвід відіграє важливу роль: «як повинні діяти жертви насилля в родині або жертви зґвалтувань чи жертви жорстокості в поліції. Вони роблять припущення про те, як вагітні жінки відчувають себе щодо своїх ненароджених немовлят, як поліцейські реагують на санкції, як почувасться 13-річна дівчинка в разі її приниження в кабінеті шкільного директора, які почуття супроводжують особу, відправлену до вагону «тільки для чорних»³. Досвід є необхідним для того, щоб мати інтуїцію щодо того, як інші люди відчувають себе в тій чи іншій ситуації⁴. Коли Дж. Хатчесон заявив, що судді «приходять до своїх рішень через відчуття», він описував психічний процес «інтуїції»⁵. Коли Голмс сказав, що «значення фрази слід відчути, а не довести», майорімовірно, що він мав на увазі, що його емоції розкривають для нього значення слів. Він, швидше за все, мав на увазі інтуїцію⁶.

Ці «припущення», або «інтуїція», що впливають із досвіду свого емоційно-го життя або життя інших, можуть бути невиразними, але вони мають мало спільного із суто ірраціоналістичним або підсвідомим поглядом на емоції, як хтось вважає. Стає зрозумілим, чому прихильники *Соломона* вважають, що «традиційна правова історія поглядів на емоції як на щось суто ірраціональне, є просто неправильною. Вирішальна роль емоцій у відображенні й створенні при-

¹ К. Abramst, Н. Kerentt, «Who's afraid of law and emotions?», cit., p. 2004.

² О. Fiss, «Reason in All Its Splendor», cit., pp. 801–02.

³ S. Bandes, «Moral Imagination and Judging», cit., p. 113.

⁴ У моральній філософії сьогодні все більш активними стають дебати про цінність інтуїції (див.: Folke Tersman, «Intuitional Disagreement», The Southern Journal of Philosophy, 2012, 50, 4, pp. 639–659). Інтуїція, яку ми тут обговорюємо, є базованою на досвіді; вона пов'язана із нормативною вимогою до соціального складу судового корпусу.

⁵ Joseph C. Hutcheson Jr., «The Judgment Intuitive», cit., p. 277, що посилається на «шосте почуття», яке має відношення до спалаху прозріння, якому передуює період роздумів.

⁶ T. Maroney, «The Persistent Cultural Script», cit., p. 669.

чин співіснує з можливістю формувати наш досвід і виражати його у відповідності з ієрархією причин»¹.

2.3. Чотири погляди на емоції

Як видається, юриспруденція схильна сприймати емоції спрощено. Вивчення ролі емоцій було ускладнене тенденцією спрощеного погляду на емоції, які розглядалися переважно як набір швидких, сильних, нерелексивних сплесків почуттів. «Воно було утруднене нездатністю вирізнити серед різних видів емоційних прояви, в тому числі <...> одномоментні рефлекторні емоції, довгострокові емоційні вчинки, настрої та емоції, засновані на складних моральних і пізнавальних здібностях»². Тепер ми готові зробити висновок, що у межах традиційної юриспруденції склалися чотири способи інтерпретації емоцій.

По-перше, емоції можуть бути сприйняті як щось зайве для розуміння природи прийняття правових рішень; адже правосуддя постає як формальна раціональність, і судочинство, по суті, є процесом обґрунтування. Емоції, навпаки, є ірраціональним почуттям: вони як відволікаючий фактор. Цей погляд на емоції знаходиться в межах загального твердження про те, що правосуддя є байдужим до пристрастей.

По-друге, емоції можуть сприйматись як сторонній (неправовий) чинник, що впливає на процес прийняття правових рішень. Це пов'язано із тим, що право страждає від серйозної невизначеності, не просто на семантичному рівні, а на рівні добору релевантного матеріалу. Це відкриває шляхи для всіх видів думок, спонукань, закликів і бажань, які впливають на прийняття рішень. Емоції тут постають як помилкове або некритично сприйняте припущення: вони подібні до ухилу. Таке розуміння емоцій знаходиться поза межами твердження про те, що правосуддя є байдужим до пристрастей, оскільки судді, відповідальні за встановлення суті невизначеного права, є необ'єктивними.

По-третє, емоції можуть розглядатись як особиста схильність, яку суддя має залишити поза межами процесу судочинства. Це пов'язано із тим, що правосуддя має бути передбачуваним, і судді повинні прагнути до неупередженості, у той час, як пристрасті затьмарюють правосуддя і провокують однобічність. Для забезпечення верховенства права, принципу законності й визначеності особи, що приймають рішення, повинні, наскільки це можливо, ігнорувати свої емоції. Судді не повинні дозволяти своїм суб'єктивним характеристикам впливати на прийняття ними рішень. Емоційна відстороненість є вимогою неупередженості. Емоції тут виступають як уподобання, як смак. Таке розуміння емоцій знаходиться поза межами загального твердження про те, що правосуддя повинно бути байдужим до пристрастей.

По-четверте, емоції можуть мати важливе значення для практичної мудрості, необхідної для належного судочинства. Адже судочинство вимагає практичного розуму, а не просто формальної дедукції. Парадигматичність — прояв справедливості. У даному випадку співпереживання відіграє важливу роль у пом'якшенні суворості закону. Емоції представлені як когнітивні здібності. Таке розуміння емоцій знаходиться поза межами загального твердження про те, що

¹ Ibid., p. 649.

² Susan A. Bandes, «Emotion and Deliberation: The Autonomous Citizen in the Social World», in J. E. Fleming (ed) *Passions and Emotions*, cit., p. 190.

правосуддя не повинно бути байдужим до пристрастей, щоб не перетворитись на свою протилежність.

Отже, в основі цих чотирьох позицій лежать різні види емоцій: 1) емоція як почуття; 2) емоція як ухил; 3) емоція як уподобання; 4) емоція як здібність.

Ці чотири погляди на емоції можуть бути простежені у двох основних філософських підходах до розуміння емоцій, які ми розглянемо далі.

3. Гнів розуму і благодать почуттів

Дозвольте повернутись до того розуміння емоцій, яке формує підґрунтя для тез прихильників і противників презюмованої або обов'язкової відчуженості права від емоційних явищ. Описові та нормативні аспекти беземоційності у праві у межах традиційної моделі спираються на дві широкі теорії емоцій: ірраціоналістичний та когнітивний підходи, жоден з яких не може бути сприйнятий категорично¹. Філософські дебати з приводу емоцій можуть виявитися повчальними для правознавців також. Опишемо коротко ці широкі теорії емоцій з тим, щоб прив'язати їх до наших чотирьох портретів суддів.

3.1. Гнів розуму

Перше розуміння емоцій обертається навколо набору припущень про те, що розум є протилежністю емоціям у рамках жорсткої дихотомії людської психіки. Це розуміння базується на ірраціоналістичному підході. Розум є провідником, який повинен направляти душі до істини, тим самим піднімаючись над моральними інстинктами і ірраціональними уподобаннями². Ірраціоналістичний підхід розглядає розум як природного правителя нашого хаотичного, неслухняного емоційного життя, що робить нас пристрасними до примх похоті й несвідомих імпульсів. Тут «пристрасті постають як вороги, яких слід перемогти, нейтралізувати або обеззброїти у громадянських війнах Волі <...>»³. З одного боку, ми знаходимо неприборкані, недоступні почуття і інстинкти; а з другого — ми виявляємо зріле знання. Прихильники ірраціоналістичної теорії емоцій можуть сказати про емоції те, що і Кант стверджував щодо намірів (*Neigung*): «Мусить бути <...> універсальне бажання кожної розумної істоти бути повністю вільною від них»⁴. І Кант, і утилітаристська етика сприймають версії цього дихотомічного аспекту; це можна простежити на добре розробленій стратегії в межах традиційної етики — стоїцизму. Цієї позиції дотримуються сьогодні ті, хто вважає, що

¹ Сьогодні ми маємо теорії емоцій, які стирають розрив між ірраціоналістичним і когнітивістським підходами. Наприклад, Пітер Голді і інші стверджують, що емоції свого роду є психічними станами (див.: *P. Goldie, The Emotions: A Philosophical Exploration*, OUP, Oxford 2000; *Ronald De Sousa, The Rationality of Emotion*, MIT press, Cambridge Mass. 1987; *Aaron Ben-Ze'ev, «Emotion as a subtle mental mode»*, in Robert Solomon (ed.) *Thinking about Feeling: Contemporary Philosophers on Emotion*, OUP, Oxford 2004, pp. 250-68). Джон Дей нещодавно висунув варіант «інтенціональної» точки зору, теорію про те, що емоції є спрямованими на сприйняття світу станами (див.: *Concept of Emotions in Modern Philosophy and Psychology*, in P. Goldie (ed.) *The Oxford Handbook of Philosophy of Emotion*, cit., pp. 17-40). Див. також: *Emotions, Values, and the Law*, OUP, Oxford 2008. Для цілей нашого дослідження достатньо розкрити детально дві основні теорії, які тут описано.

² Тут наявне посилання на діалог «Федр» Платона і його знамениту алегорію з колісницею.

³ Remo Bodei, *Geometria delle passioni*, Feltrinelli, Milano 2003, p. 25.

⁴ *I. Kant, Groundwork of the Metaphysic of Morals*, trans. H. J. Patton, New York, Harper Torchbook 1964, pp. 95-96.

емоції є частиною нашої еволюційної спадщини, без якої краще вирішувати питання, що робити¹.

Розум і емоції належать до протилежних полюсів тих чи інших значень². Розум та емоції, таким чином, задумані як «стримуючі пар дескриптори, такі як упереджений — неупереджений, нерепрезентативний — репрезентативний, некогнітивний — пізнавальний, викликаний зовнішніми факторами розуму, фізіологічно-орієнтований — когнітивно-орієнтований, мотивуючий — мотиваційно-інертний тощо»³. Раціоналізм і романтизм вимагають такої дихотомії. Цей перший підхід до емоцій допускає різні пояснення того, що таке нормативні судження і як вони зроблені. Ця теорія сумісна з багатьма моделями морального судження. Ніяких конкретних мета-етичних позицій вона не вимагає. Ірраціоналістичний погляд на емоції сумісний із раціоналістичною моделлю прийняття рішень⁴, згідно з якою спочатку ми розмірковуємо, а потім ми відчуваємо емоції. Можна вірити, що емоції виникають як наслідок розуму, але триматися на позиції ірраціоналістів. Те саме стосується так званої моделі інтуїції, яка стверджує, що емоції являють собою інтуїцію щодо того, що правильно і що неправильно, і що ми використовуємо цю інтуїцію, щоб прийняти рішення; розум забезпечує раціоналізацію постфактум⁵.

Прихильники ірраціоналістичного розуміння емоцій можуть також сприйняти цю модель «подвійного процесу»⁶, згідно з якою нормативні судження іноді зумовлені емоціями, а іноді розумом. Насправді, більшість мислителів, які вірять у «всеосяжне володарювання розуму», з легкістю можуть розглядати «емпіричний сентименталізм» як описову теорію про те, як (більшість людей) формують свої думки: навпаки, філософи, які належать до етичних раціоналістів, навряд чи будуть здивовані тим, що випробовувані керуються більше пристрасно, аніж розумом.

Такий підхід до розуміння емоцій є переважаючим в юриспруденції. Раціональна думка — ось те, що справді важливо: вона може бути жорсткою, проте якщо правосуддя вершиться, то розум повинен вийти на перший план. Правосуддя, як гнів, сліпе: ми можемо назвати це люття розуму. Назва походить від іншої жінки із зав'язаними очима, яка часто з'являється в тій же іконографічній традиції, що і Феміда: Лють, або Сліпа Лють.

¹ Peter Singer, «Ethics and Intuitions», *Journal of Ethics*, 2005, 9, pp. 331–52.

² R. Bodei, *Geometria delle passioni*, cit., в якій представлено історію цієї дихотомії.

³ Cheshire Calhoun, *Reliable Democratic Habits and Emotions*, in J. E. Fleming (ed.) *Passions and Emotions*, cit., p. 214.

⁴ Marc Hauser, *Moral Minds: How Nature Designed our Universal Sense of Right and Wrong*, Harpercollins, New York 2006.

⁵ Jonathan Haidt, *The Emotional Dog and Its Rational Tail: A Social Intuitionist Approach to Moral Judgement*, in «*Psychological Review*» 108 (2001) p. 814–834. Ця психологічна теорія припускає, що емоції передують нормативним судженням, маючи на увазі, що вони не можуть бути компонентами або частинами останнього. Це може залишити незрозумілим, як нормативні судження можуть бути утворені через скептицизм інтуїції щодо ролі розуму: спочатку розум, здається, відіграє принаймні деяку роль в обговоренні. Але все ще залишається несумісними з ірраціональним аспектом емоцій.

⁶ Joshua Greene et al. «An fMRI Investigation of Emotional Engagement in Moral Judgement», *Science* 293 (2001), pp. 2105–2108.

Будучи канонічними відчуттями стародавніх¹ і смертельним гріхом, Гнів фактично став «ознакою сліпоти всіх пристрастей, оскільки він вважається парадигматичною (хрестоматійною) пристрастю сам по собі»². Ірраціональний аспект емоцій часто розглядає сліпу лють як типову для емоцій у цілому. Ця ідея бачення пристрасті корениться в концепції пристрасті як упередженості. Пристрасті «надмірно ясні, але не відмінні, вони здатні збільшувати в розмірі їх об'єкт, але не фокусуватися на його особливостях»³. Розум обмежує, розрізняє і шукає конкретні причини, в той час як пристрасть, як видається, працює як синекдоха з логікою за типом частина-ціле. Характерною рисою несправедливості є нездатність бачити і бажати правильних пропорцій, отже, вирізняти різні частини⁴. Не дивно тоді, що справедливість повинна триматися окремо від пристрастей, у яких є здатність спотворювати.

Існують різні способи викривлення, якими можуть користуватися емоції:

(i) Вони можуть викривляти, відволікаючи увагу подібно до свербіжу, який відволікає від роботи. У такому випадку емоцію можна розуміти як відволікання від формальної дедукції, вона прирівнюється до почуття, фізичної модифікації, які відволікають більш високі пізнавальні здібності.

(ii) Емоція може викривляти, перешкоджаючи неупередженості та відкритості, яка означає розгляд усіх аспектів проблеми; вона подібна упередженій думці, яка базується на традиції чи помилкових переконаннях. Тут емоція може розумітися як ухил, потайки уведений до обмірковування; вона прирівнюється до несвідомого імпульсу, непереборного примусу, не взятих до уваги асоціацій, необгрунтованого припущення, яке ми повністю не усвідомлюємо і ставлення до якого залишається неважливим і нездатним до зміни.

(iii) Вона може викривити, оскільки викликає однобічність, пристрастність до однієї із сторін. Тут емоція розуміється як особиста перевага, прирівнюється до смаку, бажання, переконання.

Ці три різних способи, за допомогою яких емоції викривляють розум, простежуються у перших трьох наших портретах осіб, що приймають правові рішення: безпристрасний законодавець *Жан-Жак* відповідає першій ідеї емоцій

(i). Його емоції відволікають від формальних висновків. Говорячи філософськими термінами, він приймає концепцію емоцій, які є наслідком тілесних змін. Ця теорія бере свій початок у роботі Вільяма Джеймса, який стверджував, що емоції — це тілесні почуття або сприйняття тілесних почуттів⁵. Емоції є афективни-

¹ «Ліада» Гомера починається з окремого слова про гнів, або лють (*mênis*); Арістотель у «Нікомаховій етиці» вважає «рабством» не відповідати злом на зло (див.: *D. Konstan, The Emotions of the Ancient Greeks*, Toronto University Press 2006, esp. pp. 48–56; *S. Braund & G. Most, Ancient Anger: Perspectives from Homer to Galen*, CUP, Cambridge 2003; *R. A. Kaster, Emotion, Restraint and Community in Ancient Rome*, OUP, Oxford 2005; *W. V. Harris, Restraining Rage: The Ideology of Anger Control in Classical Antiquity*, Harvard Univ. Press, Cambridge (Mass.) 2001; *S. Knuutila, Emotions in Ancient and Medieval Philosophy*, OUP, Oxford 2004).

² *R. Bodei, Geometria delle passioni*, cit., p. 38. See also A.J. Greimas, *De la colère. Étude de sémantique lexicale*, in *Du Sens*, II, *Essais sémiotiques*, Paris 1983, pp. 225–246; trad. it. Della Collera. *Studio di semantica lessicale*, in *Del Senso*, II, *Narrativa, modalità, passioni*, Milano 1985, p. 217–238. 98 *R. Bodei, Geometria delle passioni*, cit., p. 37.

³ *R. Bodei, Geometria delle passioni*, cit., p. 37.

⁴ Відсутність пропорцій як одна з форм упередження є ключовим поняттям несправедливості у «Нікомаховій етиці» Арістотеля, книга 5, *pleonexia*.

⁵ *William James, What is an Emotion?* [1884] in *The Principles of Psychology*, Dover, New York 1950, vol. 2, p. 449: «Моя теорія <...> полягає в тому, що фізичні зміни йдуть безпосередньо за сприйнят-

ми станами відповідно до тілесних змін. Джеймс прийняв емпіристичний аспект емоцій як почуттів, але скасував порядок подій у поясненні епізоду почуття: «Згідно із здоровим глуздом людина сприймає нападаючого ведмеда, наприклад, і відчуває страх, блідніє, і біжить, у той час як, на думку Джеймса, сприйняття ведмеда змушує людину бліднути і бігти, почуттям цих рухів тіла є страх»¹. З цієї точки зору різні рухи тіла призводять до різних емоцій. Істота з іншим тілом буде робити емоційні спроби в іншій манері. Для Джеймса емоції є епіфеноменальними. Вони є результатом тілесних змін, але вони самі по собі не викликають яких-небудь дій.

Цей випадок підходить і для *Жан-Жака*. Так само, як емоції для Джеймса, так і пристрасті для *Жан-Жака*, мають значення в поясненні «пружини (спонукання) до дій». Емоції не мають мотиваційної сили. Вони не викликають яких-небудь дій. Це пояснюється тим, що особі, яка приймає рішення, не потрібно бути у тілі суб'єктів, на яких поширюється прийняте нею рішення. Вона повинна зрозуміти їх, але вона може отримати цю інформацію, знаючи про їх тілесні зміни та емоційні реакції (емпатії в епістемічному сенсі); їй не потрібно розділяти ці емоції (емпатії в моральному сенсі, або емоції співчуття).

У даному випадку виникає проблема жертвування мотиваційною силою емоцій, які, як правило, мають важливе значення при поясненні людських дій, але оскільки *Жан-Жак* не повинен мати людського тіла, ми оминемо це питання. Ще одна проблема у тому, що не може бути ніяких емоцій, яких би ми не усвідомлювали. Якщо емоції є почуттями, то ми обов'язково усвідомлюємо їх; вони повинні бути прозорими для нас. Насправді, в той час як, можливо, ми могли б несвідомо емотувати певні пристрасті — несвідома любов, страх, заздрість і т. д. — немає сенсу говорити про несвідомі почуття. Почуття виражають власні стани, але вони не спрямовані на будь-який інший об'єкт. Оскільки це режим свідомості, неможливо бути несвідомими: немає невідчутних почуттів². Це підводить нас до *пана Штейгера*.

Наш залежний у своєму настрої від сніданку суддя відповідає другій ідеї емоцій (ii). Для нього емоції — це упередження, яке проникає у дорадчу практику. Він забуває про те, як його сніданок впливає на сторони у справі. Оперуючи філософськими термінами, слід сказати, що він сприймає концепцію емоцій, розроблену Зигмундом Фрейдом: емоції можуть бути безсвідомим імпульсом, непереборним примушуванням чи поштовхом³. Ця Фрейдова позиція найбільш яскраво виявляється у Джерома Френка⁴. Фрейд сприймає

тям існуючого факту, і наші почуття також змінюються, оскільки вони відбуваються в емоції» *J. Deigh*, «Concept of Emotions in Modern Philosophy and Psychology», cit., p. 20.

¹ *J. Deigh*, «Concept of Emotions in Modern Philosophy and Psychology», cit., p. 20.

² Розмірність почуттів є простим режимом свідомості; на відміну від більш високих рівнів усвідомлення, таких як ті, що перебувають у сприйнятті, пам'яті, мисленні, почуття не мають значущого пізнавального змісту: ми можемо мати причини для переживання емоцій, але не почуттів. Немає сенсу питати людей про їх причини відчувати зубний біль.

³ *Sigmund Freud*, *The Ego and The Id* [1923] and *The Economic Problem of Masochism* [1924] in *Standard Edition of the Complete Psychological Works of Sigmund Freud*, ed. & trans. J. Strachey, Hogarth Press, London 1981, both in vol. 19.

⁴ Дж. Френк пов'язав між собою підсвідомі імпульси, емоції та прийняття юридичних рішень. Він вирізняв вид емоційної незрілості, який міг би викривити особистість судді, і попереджав, що судді, які найбільше наполягають на своїй «механічній логіці», найчастіше «бувають збиті з пантелику впливом їх емоційної природи». Натомість Френк закликав, що судді повинні позбутись

емоції як стани свідомості, які ми сприймаємо через почуття, що їх виражають. Емоції не є почуттями, вони лише висловлюють почуття. Він намагався пояснити почуття, які не мають ніякої очевидної органічної причини, і знайшов пояснення в теорії пригнічених емоцій, згідно з якою ми не усвідомлюємо емоцію, яка виявляє себе через почуття, що видається недоцільним у світлі її об'єкта. Емоції розуміються як інтенціональні стани свідомості, а не епіфеномен. Вони викликають дії і підтримують мотиваційну силу, навіть якщо ми про них не знаємо. Це «непомітні емоції»¹, які мають найбільший вплив на нашу волю, тому що вони є тим, про що ми не знаємо – подібно упередженості, яка охоплює *пана Штейгера*.

Самовідданий *Геркулес* відповідає третій ідеї емоцій (iii). Емоції для нього є невимовним, неосяжним розумом, вищим суб'єктивним досвідом, особистим уподобанням, пристрастю або смаком. Подібно до поглядів романтиків, смакова теорія емоцій будується на ірраціоналістичному аспекті, де емоції докорінно розходяться з розумом. Подібно до романтиків, прихильники смакової теорії емоцій вважають, що секрети настроїв краще розкриваються через поезію, а не науку. Сила цієї позиції у тому, що вона надає значення культурній та індивідуальній мінливості в емоційній атмосфері, проти чого іноді виступають когнітивістська і об'єктивістська теорії. Крім того, ця ідея емоцій пояснює, чому почуття змушують людей змінювати свою думку без аргументів. Але при більш пильному погляді це досить дрібні поняття.

Одна із найсерйозніших проблем полягає в тому, що емоції за своєю суттю є соціальними явищами: і хоча уподобання розрізняються залежно від людини, проте фундаментальні причини, що стоять за ними, ті, що викликають радість чи сум, можуть бути спільними для всіх нас. Тут йдеться про вивчення досвіду інших людей. Еволюційна психологія і антропологія давно намагаються довести, що основні емоції являють собою універсальну мову, яка існує серед людей і яку розділяють нелюдські істоти². Основні емоції виникають швидко і тривають кілька секунд або кілька хвилин. Спільними прикладами є радість, страждання, гнів, страх, здивування, відраза. Вираження цих основних емоцій не буде відрізнятися у межах різних культур, а буде схожим на дихання. Звичайно, той факт, що людські істоти розділяють між собою ті самі базові емоції, не скасовує того факту, що у межах різних культур є люди з різними емоційними настановами. Кожна культура має власні правила, які є соціально прийнятними формами вираження емоцій³. Але це тільки підкреслює вже зазначене вище: припу-

«дитячих емоційних потягів» для того, щоб втілити в законі «сучасний розум» (див.: *Jerome Frank, Law and the Modern Mind*, Bretano, New York 1930, p. 268).

¹ Це термін Д. Юма. Ідея З. Фрейда про несвідомі емоції виникає з доктрини Д. Юма про «спокійні пристрасті», згідно з якою не інтенсивність емоцій впливає на нашу волю, а їх перетворення на «встановлений принцип дії» або «переважаючу схильність душі» (див.: *David Hume, A Treatise of Human Nature*, ed. L. A. Selby-Bigge, Clarendon, Oxford 1978, p. 418).

² Американський антрополог Пол Екман вперше показав у 60-х роках, що культурна теорія емоцій є помилковою. Таким чином, сьогодні одночасно із тим, що немає згоди в питаннях про те, скільки є основних емоцій, багато хто вважає, що основні емоції є універсально вродженими (див.: *P. Ekman, R. Davidson, The Nature of Emotion: Fundamental Questions*, Oxford University Press, Oxford 1994).

³ Можна розглянути, наприклад, емоцію «дикої свині», яка засмутить людей Гурурумба в Новій Гвінеї (див.: *Dylan Evans, Emotion*, cit., p. 13). Патрісія Грінспен показала, що навіть базові емоції мають певний ступінь пластичності, що дає можливість здійснювати на них культурний вплив, формувати наші реакції з раннього віку (див.: *P. Greenspan, Emotions and Reasons: An Inquiry*

щення, що емоції є просто індивідуальною схильністю, далеке від істини. Крім того, ідея *Геракла* про те, що емоції являють собою надбудову, якої людина може позбутись за бажанням, виглядає проблематично. Багато хто вважає, що емоції утворюють загальний стан психічної системи, яку ми не можемо змінити за власним бажанням.

Крім того, враховуючи сьогоденню велику кількість процесів прийняття рішень, які провадяться групами людей, а не тільки законодавцями, соціальний вимір, швидше за все, зберігатиме свою актуальність. Не можна зводити емоції до окремих індивідуальних особливостей, оскільки ми маємо розуміти соціальний, суспільний і колективний вимір емоційних особливостей: це ключ до розуміння впливу емоцій на соціальні установки і зворотного впливу інституційних механізмів на емоційні прояви¹.

Незалежно від того, чи розглядаються емоції як тілесні почуття, несвідомий поштовх або суб'єктивна схильність, факт залишається фактом: *Жан-Жак, пан Штейгер і Геракл* у цілому дотримуються ірраціоналістичного підходу. Залишається питання щодо *Соломона*: яка ідея емоцій відповідає четвертому типу судді? Чутливий до справедливості суддя має зовсім інше розуміння емоцій.

3.2. Благодать почуттів

Інше розуміння емоцій обертається навколо безлічі припущень, які уникають перетворення розуму на протилежність емоціям у межах жорсткої дихотомії; замість цього умови людської свідомості представлені в такий спосіб, щоб показати емоції як форму пізнання, інструмент освоєння інформації, спосіб отримання висновку. Це розуміння тримається на когнітивістському підході. Він є більш тонким, але не менш проблематичним.

З точки зору когнітивістського світогляду полюси розуму і почуттів утворюють структуру, континуум, в якому емоції повинні бути проаналізовані й уведені в контекст, і не можуть бути відкинуті геть як прості ірраціональні пориви. Багато що можна отримати від психологічної етіології наших моральних почуттів. Ця позиція кидає виклик панівному припущенню про те, що пристрасності не відіграють сприяючої ролі в обговоренні. Це акцентує увагу на ролі риторики і переконання, які (всупереч першому погляду) є не тільки інструментами «зловіщого інтересу», але потенційно інформативними методами². Часто звертається увага на партикуляризм або контекстуалізм у процесі прийняття рішень, а також на менш загальні принципи і безкомпромісні правила, ніж ті, що зазначені у межах першого підходу.

into Emotional Justification, Routledge, New York 1988; Id., «Moral Responses and Moral Theory: socially based externalist Ethics» in *Journal of Ethics*, 1998, 2, pp. 103–22; Id., «Learning Emotions and Ethics» in Peter Goldie (ed.) *The Oxford Handbook of Philosophy of Emotion*, OUP, Oxford 2010, pp. 539–559).

¹ Див. *Christian von Scheve, Mikko Salmela* (eds.) *Collective Emotions*, OUP, Oxford 2014.

² Мова є однією з наших провідних емоційних технологій. Мало хто з учених сприймає цю перспективу серйозно, досліджуючи «емоційні» аргументативні здатності, такі як *ad hominem* (стосовно людини), *ad baculum* (щодо працівників), *ad misericordiam* (щодо милосердя), *ad populum* (стосовно народу), які можуть бути слабкими аргументами, але не хибними (див.: *Douglas Walton*, *The Place of Emotion in Argument*, Penn State Univ. Press, University Park Pa. 1992; Id., *Fabrizio Macagno, Emotive Language in Argumentation*, CUP, Cambridge 2014. P. 110).

Ще один важливий аспект когнітивістської теорії емоцій полягає в тому, що вони безпосередньо пов'язані з практичним розумом. Емоції, як і інші когнітивні стани, належать до сфери інтелектуальних думок та дій. Емоції несуть у собі інформацію про об'єкти, на які вони спрямовані. Розглянемо свідому людину, яка діяла неправильно: почуття провини несе інформативний контент про дії людини. Емоції знаходяться на одному рівні з віруваннями, судженнями, рішеннями і висновками. Вони повинні мати зміст висловлювань, і можуть бути обґрунтовані або необґрунтовані, виправдані або не виправдані з точки зору оцінних суджень, в яких містяться емоції, «пасуючи» у цілому або частково¹.

Крім того, когнітивістський підхід розглядає емоції, які включені до процесу практичного міркування, піднімаючись до рівня емоцій, відомих як вищі когнітивні емоції² — кохання, провина, сором, збентеження, заздрість, гордість — які за своєю природою є соціальними, чого не можна сказати про базові емоції. Вони є більш стійкими і культурно більш різноманітними, аніж емоції з протилежного боку спектра емоційного складності, де ми знаходимо емоції, що більш тісно пов'язані з відчуттями, такими як жах і огида.

Право часто має справу з більш високими когнітивними емоціями: емоції у праві мають більш «високе положення» — як у тому сенсі, що вони є специфічними для почуття справедливості, так і в тому, що більшість емоцій, обговорюваних юристами, вказують на розумово (причинно)-почуттєве ставлення (на відміну від, скажімо, переляку чи фобії).

Когнітивістський підхід базується на розумінні емоцій як вищих когнітивних емоцій, оскільки стоїть на інтенціоналістській позиції: емоції, наприклад совість, обов'язково стосуються чогось. Ця особливість відрізняє почуття від відчуттів, емоції від тілесних почуттів³. «Почуття, які виражають емоції, мають значення для відмежування від відчуттів, які просто фіксують певні фізіологічні зміни. Останні, будучи симптомами тілесних змін, нічого не стосуються»⁴. Просте відчуття (наприклад, задишка) позбавлене «наміровості», якщо не пов'язане з емоціями (наприклад, страхом). Емоції обов'язково стосуються чогось, і це щось становить оціночне судження.

¹ «Пасування», або адекватність оціночного судження, часто використовується для відмежування однієї емоції від іншої: «Наміровість» тут є ключем до розуміння різних форм емоцій. Коли ви відчуваєте презирство, ви вважаєте об'єкта презирства негідним вас через його поведінку; коли ви відчуваєте гнів, ви відчуваєте, що ображені ви або ваші інтереси поведінкою об'єкта гніву. Зовнішня спрямованість намірів емоцій дозволяє проводити відмінність між презирством і гнівом.

² Див.: *Paul Griffiths, What Emotions Really Are: The Problem of Psychological Categories, University of Chicago Press, Chicago 1997.* Вищі когнітивні емоції, такі як любов і ненависть, відрізняються від основних емоцій, таких як страх і огида, у багатьох відношеннях. Вони не є автоматичними і швидкими, як основні емоції; і вони повсюдно не асоціюються з одним виразом обличчя. Вищі когнітивні емоції включають в себе набагато більше, ніж коркову обробку базових емоцій. У той час як основні емоції значною мірою обробляються в підкоркових структурах, які знаходяться під поверхнею мозку, опосередкованих набором нейронних структур, відомих як лімбічна система, вищі когнітивні емоції пов'язані з ділянками кори головного мозку, і окремі вчені вважають, що вони, таким чином, більш здатні перебувати під впливом свідомості.

³ *Jesse J. Prinz, «Constructive Sentimentalism: Legal and Political Implications» in J.E. Fleming (ed.) Passions and Emotions, cit., p. 7.*

⁴ *J. Deigh, «Concept of Emotions in Modern Philosophy and Psychology», cit., p. 26.*

Другий підхід сягає своїм корінням стародавньої філософії, а точніше, стоїків¹. Але він був свідком і нещодавнього підйому (нео)сентименталізму². З точки зору цього підходу емоція, як правило, розуміється як «дієспрямований когнітивний стан організму»³. Привабливість цієї теорії – в ідеї про те, що емоції є когнітивними станами зі спрямованими до зовнішнього світу намірами⁴. Сьогодні це розуміння переважає серед філософів, які вивчають емоції⁵. Багато когнітивістів думають, що емоції можуть виконувати пізнавальну функцію і допомогти нам аналізувати існуючі підстави⁶. Сприяння мудрості не вичерпується раціональним керівництвом ізольованих дій у певний момент, але виявляє себе у подальшому розвитку й поліпшенні причин дій протягом довгого часу. Розуміння емоцій як когнітивно цінних для поліпшення нашої казуїстичної «бази даних» добре вписується в ідею *Соломона* про те, що тонка надбудова емоційного інтелекту є корисною для судді, для того щоб стати більш досвідченим.

Навіть якщо цей підхід видається більш складним, ніж перший, когнітивістський підхід є більш уразливим із боку окремих важливих заперечень. Якщо когнітивістська теорія емоцій є правильною, і емоції мають зміст висловлювань окрім «наміровості», стани розуму, які містяться в емоціях, повинні мати істотний пізнавальний елемент. Це вимагає від суб'єкта переживання емоцій бути здатним сприйняти і підтверджувати положення та/або поняття. Для цього потрібна мова. Часто йдеться про те, що право передбачає, що ми лінгвістично компетентні, адаптовані дорослі з нормальною поведінкою. Ця обставина виключає з кола мислячих суб'єктів немовлят і тварин, які, відповідно до підходу когнітивістів, не можуть відчувати емоцій. Однак ми спостерігаємо емоційні реакції навіть у істот, які практично не мають жодних творчих або інтелектуальних здібностей.

¹ Стоїки стверджують, що емоції збігаються з оціночними судженнями. Було б несправедливо приписувати Платону або Арістотелю будь-яке зведення емоцій до простих почуттів, які супроводжують тілесні стани, або до чистого психічного пізнання; вони вважають, що в емоціях беруть участь душа і тіло (див.: *A. W. Price, Emotions in Plato and Aristotle* in P. Goldie (ed.) *The Oxford Handbook of Philosophy of Emotion*, cit., pp. 121–142). Когнітивістський підхід більш міцно вкоренився в стоїцизмі (певною мірою в епікурействі), де емоція має пізнавальний характер (див.: *Christopher Gill, Stoicism and Epicureanism*, in P. Goldie (ed.) *The Oxford Handbook of Philosophy of Emotion*, cit., pp. 143–165).

² *A. Gibbard, Wise Choices, Apt Feelings*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 1990 створив термін «неосентименталіст» (див. також: *Justin D'Arms, Daniel Jacobson, «Sentiment and Value»*, *Ethics*, 2000, 110, pp. 722–748). Неосентименталізм зазвичай розглядається як теорія про роль емоцій у нормативному прийнятті рішень. Моральні судження є судженнями, які стосуються відповіді на питання, чи задоволені емоційні реакції, чи є почуття відповідними.

³ *Jesse J. Prinz, Gut Reactions: A Perceptual Theory of Emotion*, OUP, Oxford 2004, p. 11.

⁴ Проблема теорій, які розглядають емоції як свідомі стани наміру, полягає в тому, що вони не зовсім добре пояснюють випадки, в яких відчуття емоцій стосовно чогось супроводжується емоціями, яким не вистачає властивостей, щоб бути обгрунтованими (скажімо, люди відчувають страх, стоячи біля урвища, хоча вони можуть бути в абсолютній безпеці).

⁵ Наприклад, *Robert Solomon, The Passions*, Doubleday, New York 1976; *Martha Nussbaum, Upheavals of Thought: The Intelligence of the Emotions*, CUP, Cambridge 2001; Id., *Hiding from Humanity: Disgust, Shame and the Law*, Princeton University Press, Princeton NJ 2004.

⁶ *Sabine Döring, Gründe und Gefühle. Zur Lösung «des» Problems der Moral*, de Gruyter, Berlin 2008; *Rainer Reisenzein, Sabine Döring, «Ten Perspectives on Emotional Experience: Introduction to the Special Issue»*, *Emotion Review*, 2009, I, pp. 195–205.

У межах цього другого широкого розуміння емоцій важливе значення має практична аргументація, яка не може і не повинна бути відділена від емоцій; вона займає місце емотивного розуму, який *Соломон* демонструє при прийнятті рішень, які втілюють те, що можна назвати благодаттю почуттів.

Висновки

Ця стаття пропонує опис основних підходів до розуміння емоцій у праві. Здійснено спробу пролити світло на окремі несформовані припущення щодо емоцій у межах традиційної юриспруденції. Продемонстровано чотири режими емоцій: два описових і два нормативних. Кожна позиція, хоча і неявно, пропонує різні погляди на емоції. Ці чотири види можуть бути співвіднесені із двома основними теоріями емоцій: ірраціоналістичною та когнітивістською. У межах цих двох широких підходів до емоцій було виділено більш конкретні поняття емоцій, пов'язані із почуттями, інтенціональними станами, когнітивним змістом. Таким чином, ми змогли оцінити концепцію емоцій, прихильники якої стверджують, що:

(1) Правосуддя є байдужим до пристрастей: правосуддя є пов'язаним із формальною раціональністю, у той час як емоції — із почуттями та відчуттями.

(2) Правосуддя не байдуже до пристрастей: критики виступають проти того, що право страждає від невизначеності і суддів, настрій яких залежить від їх сніданку, що виявляється в несвідомих емоціях.

(3) Правосуддя має бути байдужим до пристрастей: правосуддя дає життя верховенству права, в той час як пристрасті провокують упередженість, тому що емоції є суб'єктивними уподобаннями.

(4) Правосуддя не повинно бути байдужим до пристрастей: критики виступають проти того, що правосуддя вимагає практичного розуму, де емоції схожі на навички.

Незалежно від того, яку ви відстоюєте позицію — (1)–(4), ви, ймовірно, дотримуетесь певного поняття емоцій, що вимагає їх основного визначення та матиме користь у подальшій філософській дискусії. Слід провести ще багато роботи для пояснення взаємодії між емоціями і інституційним механізмом: як емоції підтримують і впливають на соціальні структури і яким чином ці механізми формування емоцій можуть зацікавити правознавців. Ефективність права значною мірою залежить від інтеріоризації норм. Для вирішення цих складних проблем правознавці сьогодні мають краще розуміти роль емоцій у праві.

Міндус П. Гнів розуму і благодать почуттів: обґрунтовуючи емоції у праві

Анотація. Чому від правосуддя вимагається бути байдужим до пристрастей?

Традиційна модель юриспруденції пропонує відповіді у двох напрямках: (1) стосовно правосуддя мова йде про формальну раціональність, і здійснення правосуддя є, по суті, процесом аргументування, у той час як емоції є ірраціональними почуттями; таким чином, правосуддя є сліпим до пристрастей; (2) правосуддя має бути передбачуваним, щоби відповідати верховенству права, і судді повинні прагнути до неупередженості, у той час як пристрасті затьмарюють судові рішення та сприяють упередженості й неабсолютності; отже, правосуддя *повинно* бути байдужим до пристрастей, щоб не перетворити правосуддя на свою протилежність. Прогресивна сучасна юриспруденція також передбачає два основних напрями критики зазначених вимог: (3) заперечення того (1), що право страждає від невизначеності, а судді — від упереджень; (4) заперечення того (2), що безсторонність

вимагає практичного розуму, а не співчуттів, щоби пом'якшувати суворий закон. Ці позиції ґрунтуються на конкретних, але часто необґрунтованих оцінках емоцій. У той час як (1), (2) і (3) ґрунтуються на ірраціоналістичному підході до емоцій, (4) впливає з когнітивістського підходу до них. Обидва вказані підходи є проблематичними. Ця стаття намагається пролити світло на глибинні значення емоцій і висвітлює деякі їх проблемні аспекти. Незалежно від того, чи ви захищаєте (1)–(4), правознавцям сьогодні потрібно глибше зрозуміти значення емоцій у праві.

Ключові слова: емоції, розум, право, правосуддя, суддя, пристрасті, когнітивістський підхід, ірраціоналістичний підхід.

Миндус П. Гнев разума и благодать чувств: обосновывая эмоции в праве

Аннотация. Почему от правосудия требуется быть равнодушным к страстям? Традиционная модель юриспруденции предлагает ответы в двух направлениях: (1) в рамках правосудия речь идет о формальной рациональности, и осуществление правосудия является, по сути, процессом аргументации, в то время как эмоции являются иррациональными чувствами; таким образом, правосудие является слепым к страстям; (2) правосудие должно быть предсказуемым, чтобы соответствовать верховенству права, и судьи должны стремиться к беспристрастности, в то время как страсти затмевают судебное решение и способствуют пристрастности и предвзятости; следовательно, правосудие *должно* быть равнодушным к страстям, чтобы не превратиться в свою противоположность. Прогрессивная современная юриспруденция также предусматривает два основных направления критики указанных требований: (3) отрицание того (1), что право страдает от неопределенности, а судьи — от предубеждений; (4) отрицание того (2), что беспристрастность требует практического разума, а не сочувствия, чтобы смягчать строгий закон. Эти позиции основываются на конкретных, но часто необоснованных оценках эмоций. В то время как (1), (2) и (3) основываются на иррационалистическом подходе к эмоциям, (4) вытекает из когнитивистского подхода к ним. Оба указанные подходы являются проблематичными. Эта статья пытается пролить свет на глубинное значение эмоций и освещает некоторые их проблемные аспекты. Независимо от того, защищаете ли вы (1)–(4), правоведам сегодня нужно глубже понять значение эмоций в праве.

Ключевые слова: эмоции, разум, право, правосудие, судья, страсти, когнитивистский подход, иррационалистический подход.

Mindus P. The Wrath of Reason and the Grace of Sentiment: Vindicating Emotions in Law

Summary. Why is Justice required to be blind to passions? The standard model of jurisprudence offers two lines of answers: (1) it is discussed about formal rationality within the justice and judging is essentially reason-giving, while emotions are irrational feelings, so justice is blind to passions; (2) Justice ought to be predictable to live up to the rule of law and judges should strive towards impartiality, while passions obscure judgment and instigate prejudice and partiality, so *justice* should be blind to passions, lest it decays into its very opposite. The mainstream jurisprudence also incorporates two major lines of criticism against these claims: (3) Detractors argue against (1) that law suffers from indeterminacy and judges from prejudices; (4) detractors argue against (2) that equity requires practical reasoning when not empathy, mitigating strict law. These opinions are all grounded on specific, but often uncritically assumed, accounts of emotion. While (1), (2) and (3) are rooted in an irrationalist approach to emotion; (4) stems from a cognitivist approach to emotion. Both of these approaches are problematic. This paper attempts to shed light on the underlying value of emotions and highlights some of their problematic aspects. No matter if you defend (1)–(4), today lawyers need to understand in detail significance of emotions in law.

Key words: emotion, reason, law, justice, judge, passion, cognitivist approach, irrationalist approach.