

Ministry of Education and Science of Ukraine
National University of "Kyiv-Mohyla Academy"
Faculty of Law
Department of General and Public Law

THE MASTER OF LAWS THESIS

specialization 081 “Law”

“BEHAVIOUR INSIGHTS FOR BETTER UNDERSTANDING OF LEGAL SYSTEM”

Author: Faculty of Law Student
Hryshyn-Hryshchuk Roman Bohdanovych
Supervisor: Zvieriev Ievgen Olexandrovych
Ph.D., Senior Lecturer

Reviewer: Selezen P. O.
The Master's Thesis received 91 marks (excellent)
Secretary of State Examination Board Tkachenko V.M
“14” June 2018

Kyiv – 2018

Міністерство освіти і науки України

Національний університет “Києво-Могилянська академія”

Факультет правничих наук

Кафедра загальнотеоретичного правознавства та публічного права

КВАЛІФІКАЦІЙНА РОБОТА

на здобуття ступеня магістра
за спеціальністю 081 “Право”

з теми:

“ПОВЕДІНКОВІ ПІДХОДИ ДЛЯ КРАЩОГО РОЗУМІННЯ ПРАВОВОЇ СИСТЕМИ”

Виконав: студент ФПвН

Гришин-Грищук Роман Богданович

Керівник Зверев Є.О.,

кандидат юридичних наук, старший викладач

Рецензент Селезень П. О.

[прізвище та ініціали]

Кваліфікаційна робота захищена

з оцінкою “91” (відмінно)

Секретар ДЕК Ткаченко В. М.

“14” червня_2018 р.

ЗМІСТ

ВСТУП.....	4
 Розділ I. Економічний підхід до розуміння правової системи.....	8
Вступ до розділу.....	8
1.1. Історія розвитку економічного аналізу права.....	9
1.1.1 <i>Період зародження: XVIII століття – перша половина XX століття</i>	<i>9</i>
1.1.2 <i>Період становлення: 50-ті – 60-ті роки XX століття.....</i>	<i>12</i>
1.1.3 <i>Період розвитку: 70-ті роки XX століття – сьогодення.....</i>	<i>15</i>
1.2. Основні теоретичні засади економічного аналізу права.....	17
1.2.1. <i>Теорема Коуза.....</i>	<i>19</i>
1.2.2. <i>Засада ефективності.....</i>	<i>23</i>
1.2.3. <i>Засада раціональності.....</i>	<i>31</i>
1.3. Економічний аналіз права: судовий процес.....	36
1.3.1. <i>Ринок, правова система і судовий процес.....</i>	<i>36</i>
1.3.2. <i>Економічні цілі судового процесу.....</i>	<i>39</i>
1.3.3. <i>Спір v. мирні переговори.....</i>	<i>44</i>
Висновки до розділу I.....	48
 Розділ II. Поведінковий підхід до розуміння правової системи.....	50
Вступ до розуміння поведінкового підходу.....	50
2.1. Два типи людського сприйняття	53
2.1.1. <i>Зміст та мета двох типів сприйняття.....</i>	<i>54</i>
2.1.2. <i>Теорія гіпотетичного мислення.....</i>	<i>58</i>
2.2. Економічна модель поведінки особи через призму когнітивних обмежень.....	62
2.2.1. <i>Обмежена раціональність.....</i>	<i>65</i>
2.2.2. <i>Обмежена сила волі.....</i>	<i>75</i>
2.2.3. <i>Обмежена егоїстичність.....</i>	<i>77</i>

2.3. Поведінковий підхід: судовий процес.....	80
2.3.1. Поведінковий підхід: ініціювання судового процесу.....	81
2.3.2. Поведінковий підхід: підготовчі дії учасників судового процесу.....	85
2.3.3. Поведінковий підхід: ухвалення судового рішення.....	89
Висновки до розділу II.....	92

Розділ III. Вдосконалення функціонування правової системи за допомогою поведінкового підходу.....94

Вступ до розділу.....	94
3.1. Поведінковий підхід: на шляху до м'якого патерналізму.....	95
3.2. Усунення поведінкових відхилень через матеріальне і процесуальне право.....	106
3.3. Використання поведінкового підходу у публічній політиці: досвід США і Великої Британії. Уроки для України.....	116
3.3.1. Досвід впровадження поведінкових підходів у публічну політику США.....	119
3.3.2. Досвід впровадження поведінкових підходів у публічну політику Великої Британії.....	124
3.3.3. Поведінковий підхід: уроки для України.....	128
Висновки до розділу III.....	132

ВИСНОВКИ.....133

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ.....136

ВСТУП

Актуальність теми, її наукове та теоретичне значення. Економічний аналіз права зайняв важливе місце у правовій науці та знайшов своє втілення у практичній діяльності юристів. За допомогою методології та теоретичних напрацювань, економіка запропонувала власну, самостійну модель поведінки людини у правовій системі та дозволила аналізувати правові інститути та механізми через призму економічної теорії. Засади економічної моделі права лягли в основу правової політики багатьох держав і досі залишаються одними з домінуючих при розробці та імплементації публічної політики.

Однак, протягом останніх років з'явилося чимало наукових досліджень у сфері поведінкової науки, які поставили під сумнів достовірність деяких з постулатів традиційної економічної моделі права та дали поштовх до формування інтердисциплінарного напрямку під назвою “*поведінкові підходи*” (behavioural insights). За допомогою психологічних і когнітивних підходів, підходів з інших поведінкових наук та методів експериментальної психології, вказаний напрямок досліджує моделі поведінки людини та “іраціональні” фактори, які впливають на людські судження та прийняття рішень. У результаті цих досліджень відбувається перевірка традиційної економічної моделі та її вдосконалення, що дозволяє економічній моделі ставати ще більш ефективною для використання її у практичній діяльності.

Відкриття поведінкового підходу дозволило краще зрозуміти поведінку особи та стало причиною зміни традиційних уявлень про те, як людина мислить та приймає рішення (інтуїтивно та рефлексивно), які когнітивні механізми впливають на її сприйняття (евристики) та довело, що людині притаманна обмежена раціональність, обмежена егоїстичність та обмежена сила волі.

Вивчення поведінкового підходу та застосування його до аналізу правової системи дозволяє більш повно зрозуміти економічну модель права, а також правову систему загалом. На відміну від економічного підходу, який фактично аналізував поведінку людини в статичній, поведінковий підхід дозволяє нам пізнати динамічну складову поведінки людини у правовій системі.

Коротка характеристика джерел, огляд літератури, яка стосується теми.

Дослідженням економічного аналізу права присвячено чимало книг (наприклад, Річард Познер “Економічний аналіз права” у 2-х томах, Томас Улен та Роберт Котер “Право та Економіка”), наукових статей (наприклад, Рональд Коуз “Проблема соціальних витрат”, Дмитрій Степанов і Светлана Авдашева “Критерій ефективності в правовому регулюванні економічної діяльності”) та навіть цілі періодичні видання (наприклад, “Журнал правових досліджень”, журнал “Економіка і право”, збірник наукових праць “Економічна теорія та право”). Серед вчених, які займалися вивченням економічного аналізу права слід згадати Рональда Коуза (Ronald Coase), Гвідо Калабрезі (Guido Calabresi), Гарі Беккера (Gary Becker), Генрі Манні (Henry Manne), Річарда Познера (Richard Posner) та багато інших.

Незважаючи на досить коротку історію розвитку, поведінковий підхід об’єднав представників різноманітних сфер, в тому числі економістів (Річарда Талера (Richard H. Thaler), Деніеля Канемана (Daniel Kahneman)); психологів (Герд Гігеренцер (Gerd Gigerenzer)); правників (Касса Санстейна (Cass R. Sunstein), Крістін Джолс (Christine Jolls) та вчених з інших сфер. Наукові роботи вказаних науковців вже стали класичними для теоретичного поведінкового аналізу та емпіричних досліджень правових явищ і процесів.

Зокрема, серед літератури, яка досліджує питання поведінкового підходу в праві слід згадати праці Річарда Талера, Касса Санстейна і Крістін Джолс “Поведінковий підхід до права та економіки” (вивчається питання

вдосконалення економічної моделі права за допомогою знань про фактичну поведінку людини); Деніеля Канемана “Мислення швидке й повільне” (досліджується вплив двох типів сприйняття на формування людиною судження та прийняття рішень); Касса Санстейна і Крістін Джолс “Усунення відхилень через право” (досліджується питання про усунення відхилень від раціональності за допомогою права); Герда Гігеренцер та Крістофа Енгеля “Евристики і право” (досліджується питання про дію когнітивних адаптивних механізмів (евристиків) у правовій системі).

Водночас, незважаючи на підвищений науковий інтерес до поведінкового аналізу правових явищ і процесів у світі, в українських наукових публікаціях відсутні інтегративні дослідження присвячені аналізу правової системи за допомогою поведінкового підходу. Більше того, в Україні поки відсутні узагальнені дослідження присвячені досвіду інших країн по застосуванню поведінкового підходу до вдосконалення публічної політики через право.

Актуальність окресленої проблеми, її недостатнє теоретичне та практичне вивчення в Україні зумовили вибір теми магістерського дослідження “Поведінкові підходи для кращого розуміння правової системи”.

Мета і завдання роботи. Метою дослідження є визначення основних засад економічного аналізу права, застосування напрацювань поведінкового підходу до економічної моделі права для кращого розуміння правової системи, а також дослідження застосування відкриттів поведінкового підходу до покращення функціонування публічної сфери.

У світлі мети роботи, **завдання дослідження** є такі:

- дати характеристику основним засадам економічного аналізу права;

- продемонструвати, як економічна модель права безпосередньо використовується для аналізу правових явищ і процесів (на прикладі судового процесу);
- дослідити основні відкриття поведінкового підходу щодо обмежень притаманних економічній моделі поведінки людини;
- продемонструвати, як поведінковий підхід безпосередньо використовується для аналізу правових явищ і процесів (на прикладі судового процесу);
- дослідити досвід США та Великої Британії по застосуванню поведінкового підходу до покращення функціонування публічної сфери через право;
- запропонувати можливі способи використання поведінкового підходу у публічній політиці України через право.

Об’єкт дослідження – основні засади економічного аналізу права та напрацювання поведінкового підходу.

Предметом дослідження є застосування основних засад економічного аналізу права та поведінкового підходу до аналізу правової системи.

Для розв’язання поставлених завдань та досягнення мети дослідження в даній роботі використовувалися такі **методи дослідження**: історичний метод, діалектичний метод, метод аналізу та синтезу, системно-структурний метод, функціональний метод, метод порівняльного правознавства.

Структура та обсяг магістерської роботи. Робота складається зі вступу, трьох розділів, висновків, списку використаних джерел. Загальний обсяг магістерської роботи становить 149 сторінок друкованого тексту.

РОЗДІЛ I

ЕКОНОМІЧНИЙ ПІДХІД ДО РОЗУМІННЯ ПРАВОВОЇ СИСТЕМИ

Вступ

Початок філософських та наукових досліджень феномену права та правової системи можна вести ще від часів Стародавньої Греції та Древнього Риму. Протягом століть право і правову систему намагались зрозуміти за допомогою природничих наук, точних наук, соціальних наук та з допомогою світоглядних вчень (отнології, гносеології, аксіології, праксеології, антропології). І хоча вказані намагання принесли чимало розуміння що ж собою являє право і правова система, однозначного підходу так і не вдалось виробити.

Серед інтердисциплінарних напрямків, які поставили собі амбітну ціль пояснити феномен права і правової системи чинне місце зайняла економічна теорія. За допомогою методології та теоретичних напрацювань, економіка запропонувала власну, самостійну модель поведінки людини у правовій системі та дозволила проаналізувати правові інститути та механізми через призму економічної теорії. Засади економічної моделі лягли в основу правової політики багатьох держав та досі залишаються одними з домінуючих при розробці та імплементації публічних політик.

Оскільки поведінковий підхід виник та почав розвиватись спочатку як критика економічної моделі права, для того щоб зрозуміти поведінковий підхід до права слід спочатку зупинитись на економічному підході, з'ясувавши, що ж собою являє економічний підхід, як він виник та розвивався, на основі яких засад він функціонує та безпосередньо використовується для аналізу правових явищ і процесів.

Щоб зрозуміти, що приніс в правову науку поведінковий підхід та як змінилось уявлення про правову систему, в першому та другому підрозділах цього розділу, я зосереджу свою увагу на аналізі історії становлення та розвитку економічного підходу і засадничих принципах економічної моделі права, які будуть мною використані в третьому підрозділі для аналізу невід’ємної складової правової системи - судового процесу.

1.1. Історія розвитку економічного аналізу права

Огляд праць на предмет того, від якого часу і наскільки активно почали застосовувати економічні знання до вивчення та дослідження права через економічну теорію свідчить про те, що історію розвитку економічного аналізу права можна поділити на 3 періоди: період зародження (XVIII століття – перша половина XX століття), період становлення (50-ті – 60-ті роки XX століття) та період розвитку (70-ті XX століття – сьогодення).

1.1.1. Період зародження: XVIII століття – перша половина XX століття

Хоча не можливо точно встановити момент в історії, коли вчені почали з допомогою економіки досліджувати право і правову систему, відлік можна почати вести з другої половини XVIII, коли з’явилась праця Чезаре Беккарія “Про злочин та покарання”.¹ У вказаній праці Беккарія здійснив перші спроби аналізу з допомогою економічних понять (пропорційність) найсуворішого виду кримінальної відповідальності– страти. В своїй праці, автор висловив

¹ Veljanovski C. The Economics of Law – London, 2006. – 194 p. – (The Institute of Economic Affairs). [25]

занепокоєння стосовно вказаного виду покарання та вказав на неадекватність та непропорційність такої міри відповідальності, як страта.²

Іншою роботою, яка могла вплинути на формування економічної думки в права є праця англійського філософа і теоретика права Джеремі Бентама “Вступ до основ моральності та законодавства”, яка побачила світ у 1789 році.³ В згаданій роботі, Бентам висловив аргументи, які стали основою утилітаризму - напрямку в етиці, згідно з яким корисність є основою моральності і критерієм людських вчинків незалежно від того, йде мова про окремого індивіда чи про соціум загалом.⁴ Крім утилітаризму, який можна вважати основою економіки неринкових відносин, Бентам фактично заклав основи юридичного реалізму, який в значній мірі вплинув на подальший розвиток економічного аналізу права.⁵

Не можна і не згадати про “батька-засновника” сучасної економіки Адама Сміта. В своїй праці “Дослідження про природу і причини багатства народів” він аналізує основоположні механізми ринку та приділяє значну увагу основі антимонопольного права: конкуренції між гравцями на ринку.⁶

² Beccaria C. Excerpts from An Essay on Crimes and Punishments [Електронний ресурс]. – 1775. – Режим доступу до ресурсу: <http://la.utexas.edu/users/hcleaver/368/368BeccariaExcerpts.html> (дата звернення від 28.05.2018).

³ Bentham J. An Introduction to the Principles of Morals and Legislation [Електронний ресурс]. – 2017. – Режим доступу до ресурсу: <http://www.earlymoderntexts.com/assets/pdfs/bentham1780.pdf>. (дата звернення від 28.05.2018).

⁴ Філософський енциклопедичний словник / НАН України, Ін-т філософії імені Г. С. Сковороди; [редкол.: В. І. Шинкарук (голова) та ін.]. – Київ: Абрис, 2002. 742 с. [52]

⁵ Posner R. Bentham's Influence on the Law and Economics Movement, Current Legal Problems, Volume 51, Issue 1, 1 January 1998, pages 425–439 [10]

⁶ Veljanovski C. The Economics of Law – London, 2006. – 194 p. – (The Institute of Economic Affairs). [25]

Наступним кроком у розвитку економічного аналізу права став вихід у світ монографії професора Університету Відня та австрійського політичного діяча Віктора Матаджа - “Закон про цивільне зобов’язання з точки зору політичної економіки” (1888), в якій австрійський професор аналізує деліктне право з допомогою економічних інструментів. У своїй монографії, Матаджа фактично відобразив основні ідеї економічного аналізу права, що були розвинуті американськими економістами та правниками лише століттям пізніше. Зокрема, Матаджа зосереджує увагу читача на стимулах, які існують в деліктному праві та їх впливі на поведінку діючих суб’єктів. Хоча, зазначені ідеї вплинули на загальний дискурс в процесі підготовки німецького цивільного кодексу, вони не мали значного ефекту на економічний аналіз права в цілому.⁷

Незважаючи на те, що перші спроби здійснити економічний аналіз права датуються XVIII - XIX століттям, розвиток економічного аналізу в першій половині XX століття практично зупинився. Серед причин такої зупинки називають тенденцію до все більшої спеціалізації соціальних наук, вплив позитивізму на економічну науку (детермінізм економічної теорії) та все більша “практична” спрямованість правничої освіти (розв’язання конфліктів, дослідження та вирішення конкретних справ, тощо).⁸

Паралельно із першими спробами розвивати економічний підхід до розуміння права, на початку XX століття, серед наукових кіл Європи просліджується намагання розвивати інші інтердисциплінарні підходи до дослідження правових явищ і процесів. Серед інших, слід згадати про ректора Чернівецького університету Євгена Ерліха (Eugen Ehrlich) і професора Університету Фрайбурга Германа Канторовіча (Hermann Kantorowicz), які здійснили спроби розвинути

⁷ Gelter M.; Grechenig K. History of law and economics. // Max Planck Institute for Research on Collective Goods. – 2015. – №2014. – С. 1-10 [2]

⁸ Veljanovski C. The Economics of Law – London, 2006. – 194 p. – (The Institute of Economic Affairs). [29-30]

напрямок соціологічної юриспруденції. На жаль, їхні спроби розвинути інтердисциплінарний підхід до права зазнали невдачі, співпавши у часі з приходом до влади у Німеччині нациського режиму, а згодом і початком Другої світової війни.⁹

Хоча до 1950-х років деякі з науковців здійснювали спроби пояснити правові явища і процеси через призму економічного аналізу, подібні наукові потуги фактично зводилися до аналізу антимонопольного права та окремих елементів податкового та корпоративного права.¹⁰ І хоча вказані дослідження і служили матеріалом для складання і надання рекомендацій для формування правової політики, вказана діяльність за своїм змістом суттєво не відрізнялась від традиційних спроб економістів пояснити економічні ринки.

1.1.2. Період становлення: 50-ті – 60-ті роки XX століття

Новий етап розвитку економічного аналізу права припадає на другу половину XX століття і пов'язаний з представниками так званої “*чиказької школи*”:¹¹ у цей час на правничому факультеті Університету Чикаго починають викладати економісти Генрі Сімонс (Henry Simons) та Аарон Директор (Aaron Director); видавничий дім Університету Чикаго починає друкувати перше наукове

⁹ Gelter M.; Grechenig K. History of law and economics. // Max Planck Institute for Research on Collective Goods. – 2015. – №2014. – С. 1-10 [2]

¹⁰ Veljanovski C. The Economics of Law – London, 2006. – 194 p. – (The Institute of Economic Affairs). [28]

¹¹ Mordfin R., Nagorsky M. Chicago and Law and Economics: A History [Електронний ресурс]. – 2011. – Режим доступу до ресурсу: <https://www.law.uchicago.edu/news/chicago-and-law-and-economics-history>. (дата звернення від 28.05.2018)

періодичне видання присвячене економічному аналізу права під назвою “Журналу про право та економіку” (The Journal of Law and Economics).¹²

В 60-х роках ХХ століття відбувається стрімкий розвиток дисципліни право та економіка (law and economics), яка за допомогою економічних інструментів починає системно аналізувати такі елементи правової системи як конституційне, цивільне, сімейне право; договірне право; деліктне право; процесуальне право та судову правотворчість. Таке системне застосування інструментів економічної теорії до аналізу галузей права, які не мали безпосереднього відношення до регулювання економічних відносин пов’язують з іменами Рональда Коуза (Ronald Coase) та Гвідо Калабрезі (Guido Calabresi).¹³

Так, в статті “Проблема соціальних витрат”, Рональд Коуз сформулював теорему Коуза - одну з найважливіших концепцій в економічному аналізі права, що в подальшому уможливила позитивний економічний аналіз правової доктрини.¹⁴ У вказаній статті науковець на прикладі американських та британських судових справ дослідив питання транзакційних витрат та дійшов революційного висновку про те, що у разі розподілі права власності, при нульових транзакційних витратах, відбувається поступове зосередження цих прав у руках найефективнішого власника, який здатний найбільш розумно скористатись одержаними правами.¹⁵

¹² Veljanovski C. The Economics of Law – London, 2006. – 194 p. – (The Institute of Economic Affairs). [32]

¹³ Там само

¹⁴ Познер Р. Экономический анализ права : в 2 т. / пер. с англ. ; под ред. В. Л. Тамбовцева. – СПб. : Эконом. шк., 2004. – Т. 1. – 524 с.

¹⁵ The Coase Theorem. Property and Liability: An Introduction to Law and Economics [Електронний ресурс] – Режим доступу до ресурсу: <https://ru.coursera.org/learn/property-law-and-economics/lecture/JYhjv/the-coase-theorem>; (дата звернення від 28.05.2018); Coase, R. H. “The Problem of Social Cost.” The Journal of Law & Economics, vol. 3, 1960, pp. 1–44.

Іншою статтею, яка лягла в основу науки право та економіка стала праця “Роздуми про розподіл ризиків та деліктне право”, в якій Гвідо Калабрезі здійснив перший системний аналіз деліктного права з перспективи економічного аналізу. У вказаній статті, Калабрезі стверджував, що метою правового регулювання пов’язаного з нещасними випадками, є мінімізація ціни інциденту і ціни запобігання його настання.¹⁶

Вказана аксіома Калабрезі пізніше була оформлена в правило запобігання збитків з найменшими затратами (cheapest-cost-avoider’ rule), згідно з яким, відповідальність за правопорушення повинна нести особа, яка знаходилась в найбільш вигідній позиції для запобігання такому правопорушенню. Суд, при встановленні відповідальності за правопорушення повинен встановити, яка зі сторін була в найкращій позиції, щоб здійснити порівняльний підрахунок між ціною інциденту і ціною уникнення інциденту та діяти на основі зробленого аналізу.¹⁷

Значний вплив на становлення науки право та економіка в 60-ті роки XX століття також мали Гарі Беккер (Gary Becker) та Генрі Манні (Henry Manne). Роботи Беккера були присвячені економічному аналізу таких різних за своїм змістом правових явищ як дискримінація, вчинення злочинів та сімейне право.¹⁸ Аналіз цих правових явищ став поштовхом для подальшого розвитку економічного

[Електронний ресурс] – Режим доступу до ресурсу: www.jstor.org/stable/724810. (дата звернення від 28.05.2018)

¹⁶ Veljanovski C. The Economics of Law – London, 2006. – 194 p. – (The Institute of Economic Affairs). [38];

¹⁷ Pardolesi R., Tassone B. Guido Calabresi on Torts: Italian Courts and the Cheapest Cost Avoider. // Erasmus Law Review. – 2008. – №1. – С. 8–40. [12]

¹⁸ Veljanovski C. The Economics of Law – London, 2006. – 194 p. – (The Institute of Economic Affairs). [31];

аналізу “нетипових” для економіки галузей права.¹⁹ В свою чергу, Генрі Манні зосередив свою увагу на економічному аналізі правового регулювання фінансових ринків та економічному аналізу корпоративного права.²⁰ Пізніше, Генрі Манні став засновником Центру права та економіки, та організатором навчальних програм з економічного аналізу права, які протягом років відвідали тисячі суддів.²¹

1.1.3. Період розвитку: 70-ті роки XX століття – сьогодення

Починаючи з 70-тих років XX століття дисципліна право та економіка остаточно оформлюється в науку, а її методологія стає домінуючою серед правничих шкіл США. Здебільшого, в цей час право та економіка починає асоціюватись з ім'ям професора Університету Чикаго та федерального судді Річарда Познера. Саме завдяки Річарду Познеру, в 1972 році світ побачив “Журнал правових досліджень”, в якому друкувались наукові статті присвячені інтердисциплінарним підходам до розуміння правової системи. Вже через рік вийшла фундаментальна наукова праця Річарда Познера “Економічний аналіз права” (1973), яка стала першим системним збірником, в якому проведено економічний аналіз всіх основних галузей права.²²

¹⁹ Познер Р. Экономический анализ права : в 2 т. / пер. с англ. ; под ред. В. Л. Тамбовцева. – СПб. : Эконом. шк., 2004. – Т. 1. – 524 с.

²⁰ Manne, Henry G., et al. The Collected Works of Henry G. Manne. Liberty Fund, 2009. [Електронний ресурс] – Режим доступу до ресурсу: https://books.google.com.ua/books?id=g8o8MwEACAAJ&hl=ru&source=gb_s_similarbooks (дата звернення від 28.05.2018)

²¹ Manne, Henry G. Program in Law & Economics Studies. [Електронний ресурс] – Режим доступу до ресурсу: <http://masonlec.org/divisions/henry-g-manne-program-law-economics-studies/> (дата звернення від 28.05.2018).

²² Gelter M.; Grechenig K. History of law and economics. // Max Planck Institute for Research on Collective Goods. – 2015. – №2014. – С. 1-10 [4]; Posner R. A. The Law and Economics Movement [Електронний ресурс] / R. A. Posner // American Economic Review. – 1987. – Vol. 77. – № 2. – Р.

Найбільшого визнанням наука право та економіка отримала після нагородження в 1991 та 1992 роках основоположників економічного аналізу права – Рональда Коуза та Гарі Бекера – Нобелівськими преміями в сфері економіки.²³ В цей час економічний аналіз права також вже знайшов свій розвиток у Європі, Азії, Канаді, Латинській Америці, Австралії.²⁴ У США економічний аналіз права став домінуючим в правовій науковій думці, і як влучно сказав декан Єльського університету та критик науки право та економіка Антоні Т. Кронмана: *“напрямок право та економіка був і залишається величезною надихаючою силою в американській правовій думці та, дозволю собі сказати, продовжує залишатись на сьогодні єдиною найбільш впливовою юридичною школою в цій країні”* (власний переклад).²⁵

Вплив науки право і економіка не оминув і наукове життя в Україні. Так, в 2000 році в Україні був заснований журнал “Економіка і право” - *“академічне фахове видання в Україні, основною метою якого є популяризація досягнень науки господарського права, а також взаємозв’язку економіки та права відповідно до*

1–13; Познер Р. Экономический анализ права : в 2 т. / пер. с англ. ; под ред. В. Л. Там-бовцева. – СПб. : Эконом. шк., 2004.

²³ The Sveriges Riksbank Prize in Economic Sciences in Memory of Alfred Nobel 1991 Ronald H. Coase. [Електронний ресурс] – Режим доступу до ресурсу: https://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/1991/coase-facts.html (дата звернення від 28.05.2018); The Sveriges Riksbank Prize in Economic Sciences in Memory of Alfred Nobel 1992 Gary Becker. [Електронний ресурс] – Режим доступу до ресурсу: https://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/1992/becker-facts.html (дата звернення від 28.05.2018);

²⁴ Cooter R. “Law and Economics, 6th edition”/ Cooter R, Ulen, T. Berkeley Law Books, (2016). P. 555, [2]

²⁵ Kronman, Anthony Townsend, “The Second Driker Forum for Excellence in the Law” Faculty Scholarship Series. Paper 1056, (1995). P. 116-169, [160]

*напрямів досліджень Відділення економіки НАН України та Інституту економіко-правових досліджень НАН України”.*²⁶

В 2010 році почав виходити Збірник наукових праць “Економічна теорія та право” (видавець - Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого), який переслідує мету “розуміння взаємопов’язаного і взаємозалежного розвитку економіки і права та його синергетичного впливу на суспільні відносини в Україні та світі”.²⁷ Серед українських науковців, що займаються дослідженнями науки право та економіка можна назвати О. А. Гриценко,²⁸ О. О. Набатову²⁹ та інших.

1.2. Основні теоретичні засади економічного аналізу права

Економічний аналіз права можна характеризувати як набір інструментів (принципів мікроекономіки, економетрики, статистики) для дослідження правових явищ і процесів.³⁰ Саме за допомогою принципів та правил економічної теорії, представники науки право та економіка досліджують правову систему та її складові елементи.

²⁶ Журнал “Економіка та право” [Електронний ресурс] – Режим доступу до ресурсу: http://www.iepd.kiev.ua/?page_id=43 (дата звернення від 28.05.2018)

²⁷ Економічна теорія та право. Про збірник. Режим доступу: <http://econtlaw.nlu.edu.ua/про-збірник/> (дата звернення від 28.05.2018)

²⁸ Гриценко О. А. Верховенство права в контексті економічної теорії / О. А. Гриценко // Економічна теорія та право. - 2015. - № 3. - С. 77-88.

²⁹ Набатова, О. О. "Поведінковий підхід до економічного аналізу права." Економічна теорія та право" 4 (2015): 109-121.

³⁰ Ulen, Thomas S. and Garoupa, Nuno, The Market for Legal Innovation: Law and Economics in Europe and the United States. University of Illinois Law and Economics Research Paper No. LE07-009. [12-13]

Для кращого розуміння економічної моделі права та її цілей, слід звернутись до завдань економічного аналізу права та основних (універсальних) засад науки право та економіка, на основі яких проводиться аналіз правового середовища. Так, завдання економічного аналізу права розглядають в двох аспектах: позитивному (відповідає на питання - “як є?”) і нормативному (відповідає на питання “як повинно бути?”).³¹

Позитивний економічний аналіз права ставить собі за мету дослідити та пояснити право і правову систему без спроб змінити таку системи чи покращити її.³² Нормативний економічний аналіз права розглядає право і правову систему з точки зору належного її функціонування та виконання поставлених перед нею завдань, надаючи рекомендації про те, яким чином варто змінити/вдосконалити правове регулювання.³³

Прикладом позитивного економічного аналізу права може служити “*теорія ефективності загального права*”,³⁴ в якій Річард Познер доводить, що такі сфери загального права, як право власності і контрактове право мають економічний зміст, а загальне право в цілому найкраще можна пояснити саме як систему

³¹ Veljanovski C. The Economics of Law – London, 2006. – 194 p. – (The Institute of Economic Affairs). [56]

³² Paccès, Alessio M. and Visscher, Louis T., Methodology of Law and Economics (2011). Bart van Klink and Sanne Taekema (Eds.), Law and Method. Interdisciplinary research into Law (Series Politika, nr 4), Tübingen: Mohr Siebeck 2011, pp. 85-107. [4]

³³ Познер Р. Экономический анализ права : в 2 т. / пер. с англ. ; под ред. В. Л. Тамбовцева. – СПб. : Эконом. шк., 2004. – Т. 1. – 524 с. [33]

³⁴ Paccès, Alessio M. and Visscher, Louis T., Methodology of Law and Economics (2011). Bart van Klink and Sanne Taekema (Eds.), Law and Method. Interdisciplinary research into Law (Series Politika, nr 4), Tübingen: Mohr Siebeck 2011, pp. 85-107. [4]

спрямовану на максимізацію соціальних благ.³⁵ Прикладом нормативного аналізу може бути економічний аналіз нормативно-правового акту (наприклад, про банкрутство) на предмет відповідності його вимогам ефективності та надання рекомендацій, яким чином вказане нормативне регулювання можна покращити з економічної точки зору.

Хоча позитивний і нормативний аналіз є окремими напрямками економічного аналізу та не можуть ототожнюватись, більшість економістів визнають як позитивний, так і нормативний аналіз права,³⁶ теоретичною основою яких виступають теорема Коуза, а також засади ефективності та раціональності.

1.2.1. Теорема Коуза

Як вже згадувалось в попередньому підрозділі, однією з найважливіших концепцій в економічному аналізі права стала теорема Коуза, вперше сформульована в роботі Рональда Коуза “Проблеми соціальних витрат”. Згідно з теоремою, при нульових транзакційних витратах, при розподілі права власності відбувається поступове зосередження цих прав у руках найефективнішого власника, який здатний найбільш розумно скористатись одержаними правами.³⁷

³⁵ Zywicki T. J. and Stringham E. P., Common Law and Economic Efficiency (September 8, 2010). Encyclopedia of law and economics, Francesco Parisi, Richard Posner, eds., 2010; George Mason Law & Economics Research Paper No. 10-43. [4]

³⁶ Rubin P. H., Law and Economics. [Електронний ресурс] – Режим доступу до ресурсу: <http://www.econlib.org/library/Enc/LawandEconomics.html> (дата звернення від 28.05.2018);

³⁷ The Coase Theorem. Property and Liability: An Introduction to Law and Economics [Електронний ресурс] – Режим доступу до ресурсу: <https://ru.coursera.org/learn/property-law-and-economics/lecture/JYhjv/the-coase-theorem>; (дата звернення від 28.05.2018); Coase, R. H. “The Problem of Social Cost.” The Journal of Law & Economics, vol. 3, 1960, pp. 1–44. [Електронний ресурс] – Режим доступу до ресурсу: www.jstor.org/stable/724810. (дата звернення від 28.05.2018).

Вказане правило було сформульоване Коузом при аналізі англійських та американських судових справ, в яких предметом спору були цивільні делікти (nuisance cases). Так, у справі “*Стуржес проти Бріджмена*”, яку Коуз аналізує у своїй роботі, доктор подав позов до кондитера з метою зобов’язати останнього утриматися від використання старого устаткування, яке перешкоджало доктору займатись професійною діяльністю.

За умовами справи, протягом восьми років після того, як доктор оселився неподалік від будинку кондитера, устаткування кондитера його не турбувало. Однак, побудувавши приймальню у своєму саду, який знаходився неподалік кухні кондитера, доктор виявив, що шум і вібрації, створювані старим обладнанням кондитера, ускладнюють йому використання нової приймальної. Розглянувши наявні у справі докази, суд вимоги доктора задовольнив.³⁸

Аналізуючи цю справу, Коуз довів, що у разі нульових транзакційні витрат, вказаний спір між сторонами можна було б вирішити і без суду. Так, у разі, якщо б кондитер виплатив доктору грошову компенсацію, яка перевищувала б втрати доктора (дохід від пацієнтів, інші організаційні витрати), доктор міг би відмовитися від своєї вимоги і дозволити подальшу експлуатацію кондитерського обладнання. При чому, для кондитера було б вигідно заплатити компенсацію у разі, якщо б її сума була меншою, ніж зменшення його доходу від зміни технології на колишньому місці, зміни місця роботи чи повного припинення кондитерської справи.

Вирішення спору в даному разі залежить головним чином від того, чи додає подальша експлуатація обладнання більше доходу кондитеру, ніж скорочує доходи доктора. Так, у разі якщо б справу виграв кондитер та отримав право й

³⁸ Коуз, Р. “Проблема социальных издержек” (1993). Институт свободы. Московский либертариум. [Електронний ресурс] – Режим доступу до ресурсу: http://www.libertarium.ru/l_lib_firm05 (дата звернення від 28.05.2018)

надалі використовувати свою техніку, мирне врегулювання також було б можливим: доктор міг би заплатити кондитерові за відмову від використання своєї техніки.

Таким чином, умови, за яких кондитерові буде не вигідно продовжувати використовувати свою техніку і компенсувати доктору його збитки від шуму та вібрацій (якщо доктор уповноважений заборонити використання вказаної кондитерської техніки) є ідентичними до тих умов, коли доктору буде вигідно заплатити кондитерові, щоб він відмовився від експлуатації його техніки (якщо у кондитера існує правомочність використовувати вказану техніку).³⁹

Однак, з огляду на те, що крім названих обставин, для досягнення мирного врегулювання сторонам часто необхідно здійснити додаткові витрати організаційного, інформаційного чи іншого характеру (транзакційні витрати), юридичні правила та правові інститути (такі як суд) починають мати визначальну роль для оптимального розподілу благ між сторонами. Розвиваючи своє бачення правової системи, Коуз фактично доходить висновку, що одна з причин існування правової системи є позитивні транзакційні витрати:

“Якщо ми переходимо від режиму нульових транзакційних витрат до режиму позитивних транзакційних витрат, одразу стає зрозуміла важлива роль правової системи... Я пояснив в статті “Проблеми соціальних витрат” те, що продається на ринку зовсім не є, як часто вважають економісти, фізичними об’єктами, а являє собою право вчиняти певні дії, і право яким розпоряджаються індивіди, встановлені через правову систему.

³⁹ Коуз, Р. “Проблема социальных издержек” (1993). Институт свободы. Московский либертариум. [Електронний ресурс] – Режим доступу до ресурсу: http://www.libertarium.ru/l_lib_firm05 (дата звернення від 28.05.2018)

Хоч можна уявити в гіпотетичному світі нульових транзакційних витрат, що сторони обміну можуть домовитись про зміну будь-яких положень закону, що перешкоджають їм вчиняти необхідні дії для збільшення вартості, в реальному світі позитивних транзакцій така процедура була б надзвичайно дорогою та невигідною, навіть якщо такі б дії щодо закону були б дозволені.

*Внаслідок цього, права якими володіють індивіди, разом з їх обов'язками і привілеями, будуть в значній мірі такими, як їх визначає правова норма. В результаті, правова система має вирішальний вплив на роботу економічної системи і певною мірою нею управляє”.*⁴⁰

Ідеї висвітлені в статті “Проблеми соціальних витрат” не тільки дали поштовх до нових економіко-правничих досліджень, а й змінили підхід до правового аналізу явищ і процесів. З огляду на те, що юридично значима поведінка має свою ціну та економічне значення, реакція на таку поведінку має бути найбільш оптимальною та ефективною. Іншими словами у світі, де перерозподіл прав, заснованих на законі вимагає витрат, суди вирішуючи конкретні спори, фактично вирішують питання про економічні проблеми та встановлюють способи оптимального використання обмежених ресурсів.⁴¹

З допомогою теорії Коуза, правова норма почала розглядати як механізм спрямований на вирішення проблеми мінімізації транзакційних витрат, тобто загальноекономічну проблему підвищення ефективності використання обмеженого ресурсу.⁴²

⁴⁰ Тамбовцев В.Л. Право и экономическая теория: Учеб. пособие, - М.: ИНФРА-М, 2005. — 224 с, - (Учебник экономического факультета МГУ им. М.В.Ломоносова). [27]

⁴¹ Коуз Р. Фирма, рынок и право / Пер. с англ. М.: Новое издательство, 2007. — 224 с. — (Библиотека Фонда «Либеральная миссия») [126]

⁴² Тамбовцев В.Л. Право и экономическая теория: Учеб. пособие, - М.: ИНФРА-М, 2005. — 224 с, - (Учебник экономического факультета МГУ им. М.В.Ломоносова). [27-28]

Пізніше, теорема Коуза також була використана Нобелівським лауреатом Дугласом Нортом для пояснення інституційної теорії - чому правові інститути мають значення для економічного розвитку держави. Теорема Коуза дозволило краще зрозуміти, чому точні та зрозумілі правові норми (іншими словами правила гри" між діючими суб'єктам) необхідні для вільного обміну між особами та розвитку економічного життя.

Як відсутність належного правового регулювання, так і його надмірна кількість може створювати бар'єри для розвитку ринкових відносин, а тому нормотворцям необхідно досить обережно підходити до питання розробки та встановлення додаткового регулювання та враховувати економічний аспект правового регулювання та його вплив на розвиток суспільних відносин.

1.2.2. Засада ефективності

Ефективність є однією з фундаментальних засад в економічному аналізі права. На основі критерію ефективності, через позитивний аналіз права, відбувається аналіз нормативно-правового акту на предмет того, наскільки він є результативний, а з допомогою нормативного аналізу надаються рекомендації щодо покращення ефективності досягнення визначених цілей.⁴³

Наприклад, на підставі засади ефективності можуть досліджуватись питання того, наскільки правові заходи по боротьбі зі злочинністю задовольняють суспільні потреби та які засоби можуть зробити роботу по боротьбі зі злочинністю більш ефективною. Як зазначає Річард Познер, якщо нормативний аналіз свідчить про те, що можливо досягти суспільно-корисних цілей з

⁴³ Veljanovski C. The Economics of Law – London, 2006. – 194 p. – (The Institute of Economic Affairs). [57]

допомогою інших, менш затратних засобів і методів, у разі якщо більш ефективні методи не входять в розріз з цінностями суспільства, державі слід віддати перевагу саме більш ефективним (і менш затратним) засобам.⁴⁴

Як свідчить аналіз нормативно-правових актів, засада ефективності часто зустрічається як один з невід’ємних критеріїв для оцінки функціонування правових механізмів та використовується при складанні та прийнятті нормативно-правових актів. Так, в Пояснювальній записці до Проекту Закону про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів (набрав чинності 15 грудня 2017 року), автори проекту закону вказали: *“метою законопроекту є нормативне врегулювання процесуальних механізмів, які мають забезпечити ефективний, справедливий, неупереджений та своєчасний захист прав і свобод особи в суді”*.⁴⁵

Вказаним законопроектом було введено ряд процесуальних новел, які можна пояснити саме через засаду ефективності. Так, відповідно до ст. 19 Цивільного процесуального кодексу України *“спрощене позовне провадження призначене для розгляду малозначних справ, справ, що виникають з трудових відносин, справ незначної складності та інших справ, для яких пріоритетним є швидке*

⁴⁴ Познер Р. Экономический анализ права : в 2 т. / пер. с англ. ; под ред. В. Л. Тамбовцева. – СПб. : Эконом. шк., 2004. – Т. 1. – 524 с. [33]

⁴⁵ Пояснювальна записка до проекту Закону України “Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів”. [Електронний ресурс] – Режим доступу до ресурсу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=61415 (дата звернення від 28.05.2018)

вирішення справи”.⁴⁶ Застосувавши телеологічне тлумачення, можна дійти висновку, що такий вид провадження є нічим іншим як механізмом який спрямований на збільшення ефективності судового процесу.

Іншим прикладом, коли законодавець керується засадою економічної ефективності в законотворчій діяльності може бути зареєстрований у Верховній Раді України та вже прийнятий у першому читанні 20 березня 2018 року законопроект № 8060 “Кодекс України з процедур банкрутства”. Як зазначають автори вказаного законопроект в Пояснювальній записці: *“метою проекту є підвищення ефективності процедур банкрутства [...]”*.⁴⁷

Більше того, про важливість економічних критеріїв в законодавстві також може говорити те, що фактичними причинами підготовки вказаного законопроекту № 8060 стали надзвичайно низькі показники України в одному з найбільш відомих рейтингів економічної ефективності “Doing Business”. Як зазначено в Пояснювальній записці *“за оцінками експертів, ухвалення цих змін дасть Україні можливість суттєво підвищити ефективність процедур банкрутства та піднятися в рейтингу Doing Business на 81 пункт за компонентом (із 149-го на 68-ме місце) та на 9 позицій у загальному рейтингу”*.⁴⁸

⁴⁶ Цивільний процесуальний кодекс України (Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2004, № 40-41, 42, ст.492). [Електронний ресурс] – Режим доступу до ресурсу: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/1618-15> (дата звернення від 28.05.2018)

⁴⁷ Проект Кодексу України з процедур банкрутства № 8060 від 26.02.2018 року [Електронний ресурс] – Режим доступу до ресурсу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=63518 (дата звернення від 28.05.2018);

⁴⁸ Проект Кодексу України з процедур банкрутства № 8060 від 26.02.2018 року. Пояснювальна записка. [Електронний ресурс] – Режим доступу до ресурсу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=63518 (дата звернення від 28.05.2018);

В літературі з права та економіки під ефективністю розуміють отримання з розподілу доступних членам суспільства ресурсів максимальної користі.⁴⁹ Одним з підходів для визначення ефективності є *методологічний індивідуалізм*,⁵⁰ який з перспективи конкретного індивіда оцінює те, наскільки правове явище є для такого індивіда корисним. Тобто, соціальне благо правової норми чи інституту визначається на основі користі такого блага для індивідуальних членів суспільства.⁵¹

Оскільки представники економічного підходу часто стикаються з дилемою вибору між кількох можливих опцій, для точності обрання найбільш ефективної (оптимальної) з них використовують Оптимум Парето (Pareto Optimal) та критерій ефективності Калдора-Хікса (Kaldor–Hicks efficiency).⁵²

Автором Оптимуму Парето є італійський економіст Вільфредо Парето, який сформулював зміст своєї теореми наступним чином: ресурси розподілені оптимально, якщо ніхто вже не може поліпшити своє становище без того, щоб в результаті для кого-небудь його не погіршити. Якщо зміна в первинному розподілі благ покращує стан особи без погіршення стану інших, досягається

⁴⁹ Познер Р. Экономический анализ права : в 2 т. / пер. с англ. ; под ред. В. Л. Тамбовцева. – СПб. : Эконом. шк., 2004. – Т. 1. – 524 с. [с. 14]

⁵⁰ Hodgson G. Behind methodological individualism, Cambridge Journal of Economics, Volume 10, Issue 3, 1 September 1986, Pages 211–224

⁵¹ Познер Р. Экономический анализ права : в 2 т. / пер. с англ. ; под ред. В. Л. Тамбовцева. – СПб. : Эконом. шк., 2004. – Т. 1. – 524 с. [с. 15]

⁵² Economic Analysis of Law and the Value of Efficiency forthcoming in Aristides N. Hatzis ed. Economic Analysis of Law: A European Perspective (Cheltenham, U.K.: Elgar 2005) [Електронний ресурс] – Режим доступу до ресурсу: https://www.law.utoronto.ca/documents/Chapman/economic_analysis.pdf (дата звернення від 28.05.2018);

Парето-покращення (Pareto Improvement).⁵³ Парето-покращення в контексті правового регулювання можна продемонструвати на прикладі примусового вилучення нерухомого майна з мотивів суспільної необхідності чи для суспільних потреб.⁵⁴

В Україні можливість вилучити приватне майно для суспільного блага передбачено в ст. 350 Цивільного кодексу України та ст. 147 Земельного кодексу України, а також у спеціальному законі.⁵⁵ Вилучаючи майно у власника (наприклад, для забезпечення національної безпеки і оборони), держава Україна ставить індивіда в гірше становище заради суспільного блага. Водночас, надаючи останньому компенсацію взамін вилучено майну, досягається Парето-покращення: з одного боку, суспільство отримує додаткові блага, а з іншого – індивід, який отримує компенсацію, отримує еквівалент втрачено блага, тобто його економічний стан не погіршується.

У разі, якщо можливості Парето-покращення вичерпані (тобто, розподіл, при якому підвищення добробуту одного індивіда можливе вже лише при зменшенні добробуту інших), такий розподіл благ є Оптимумом Парето.

⁵³ Галкин В.В. Конкуренция и экономическая эффективность. Эффективное распределение ресурсов и оптимальность по Парето [Електронний ресурс] – Режим доступу до ресурсу: <http://vadim-galkin.ru/politics/macroeconomics/pareto/> (дата звернення від 28.05.2018);

⁵⁴ Pareto Efficient and Pareto Optimal Tutorial [Електронний ресурс] – Режим доступу до ресурсу: <http://www.economicswiki.com/economics-tutorials/pareto-efficient-pareto-optimal-tutorial/> (дата звернення від 28.05.2018);

⁵⁵ Закон України “Про відчуження земельних ділянок, інших об’єктів нерухомого майна, що на них розміщені, які перебувають у приватній власності, для суспільних потреб чи з мотивів суспільної необхідності” Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2010, N 1, ст.2) [Електронний ресурс] – Режим доступу до ресурсу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1559-17> (дата звернення від 28.05.2018);

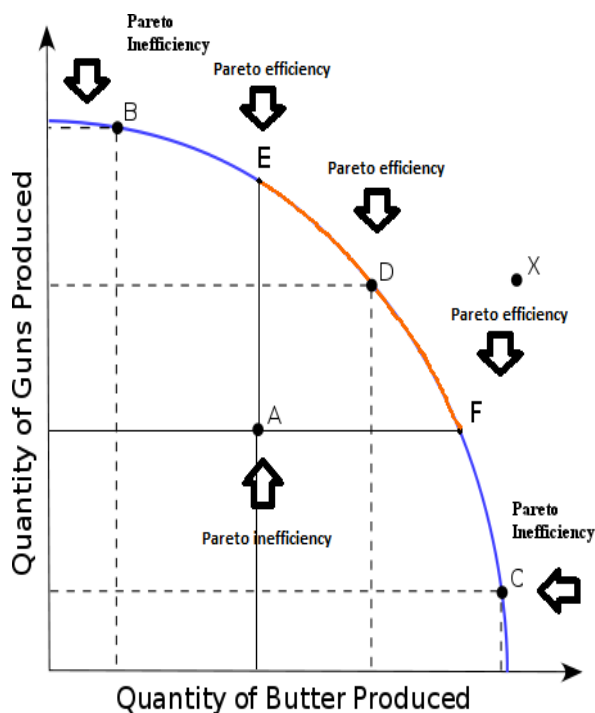
Вказане також можна продемонструвати у вигляді системи координат виробничих можливостей виробників зброї та масла (див. *Систему координат № 1*). Як вказують автори вказаного графіку, всі точки, які знаходяться під кривою, є неефективним розподілом благ. Пункт А є неефективним розподілом благ між виробниками зброї та виробниками масла. Рішення перейти від пункту А до пункту D є поліпшенням Парето, оскільки таке рішення принесе як користь для тих, хто виробляє зброю, так і для тих, хто виробляє масло, без погіршення становища як перших, так і останніх. Таким чином, рух від точки А до точки D є Парето-покращення та буде Оптимумом Парето. Рух від точки А до точки В не буде Парето-покращення, оскільки така дія збільшить виробництво зброї, але зменшить виробництво масла, а відповідно і призведе до погіршення становища одної зі сторін.⁵⁶

Водночас, ефективність за Оптимум Парето при визначенні ефективності елементів правової системи широко не застосовується, адже в реальному житті при встановленні нового правового регулювання, часто становище одних від такого правового регулювання покращується, а інших – погіршується. Більше того, Оптимум Парето хоча і забезпечує ефективний розподіл, сам по собі не завжди є таким, що відповідає фундаментальному принципу правової системи – справедливості.

Однак, на думку деяких з представників економічного підходу, пріоритет між ефективністю та справедливим розподілом необхідно віддати ефективному розподілу та максимізації благ. В такому разі, держава, максимізуючи блага, зможе задовольнити розподільчі міркування та справедливо розподілити вказані блага пізніше.⁵⁷

⁵⁶ Pareto Efficient and Pareto Optimal Tutorial [Електронний ресурс] – Режим доступу до ресурсу: <http://www.economicswiki.com/economics-tutorials/pareto-efficient-pareto-optimal-tutorial/> (дата звернення від 28.05.2018);

⁵⁷ Devlin A. Fundamental principles of law and economics. Routledge, 2014. P. 424 [32]



Система координат № 1. Оптимум Парето. Джерело: *Pareto Efficient and Pareto Optimal Tutorial* [Електронний ресурс] – Режим доступу до ресурсу: <http://www.economicswiki.com/economics-tutorials/pareto-efficient-pareto-optimal-tutorial/> (дата звернення від 28.05.2018).

Хоча Оптимум Парето є важливим інструментом для визначення ефективності, він не завжди задовольняє потреби вибору між кількох альтернатив у правовій системі. В такому разі для визначення ефективності може бути використаний критерій Калдора-Хікса. Відповідно до вказано критерію, зміна у виграві благ вважається ефективною, якщо сума зміни вигравів сторін є позитивна або, що є тим самим, виграві переможців перевищують програші, тих що програли. Головна відмінність ефективного перерозподілу по Калдору-Хіксу від Парето-поліпшення полягає в гіпотетичному характері компенсації сторонам, що програли.⁵⁸

⁵⁸ Stepanov, Dmitry and Avdasheva, Svetlana, Критерий Эффективности в Правовом Регулировании Экономической Деятельности (The Criterion of Efficiency in Legal Regulation of

Для ілюстрації застосування критерію ефективності Калдора-Хікса, нижче наводиться приклад-пояснення наведений в статті “Критерій ефективності в правовому регулюванні економічної діяльності”:

“Уявімо, що заборони на картелі універсально ефективні. Абстрагуємося від витрат правозастосування, включаючи роботу антимонопольних органів і судів. В такому випадку ефектом від заборони картелів буде перерозподіл вигащів від продавців до покупців на ринку. Виграш споживачів становить суму різниць між максимальною ціною, яку вони готові платити, і тією ціною, яку вони фактично платять. Виграш продавців - сума різниць між тією ціною, по якій вони продають фактично, і мінімальною ціною, по якій вони готові продавати.

Відповідно до результатів Дж. Коннора типова ціна картелю перевищує ту, яка встановилася б на ринку у результаті конкуренції тих же самих продавців, які не уклали картельну угоду, і на 20-30% є вищою, ніж ціна на порівнюваному конкурентному ринку.

Подібна політика, спрямована на викорінення картелів, ефективна по Калдору - Хіксу, причому навіть якщо не враховувати витрати для запобігання картелів: вона ефективна при будь-якому перевищенні ціни картелю над ціною, яка встановилася в результаті конкуренції.

Причина - дія закону попиту: зниження ціни призводить до зростання величини попиту. Ось чому при будь-якому зниженні ціни підвищення вигащу споживачів перевершує зниження прибутку учасників картелю.

Приклад ефективності заборони картелю типовий для застосування критерію Калдора - Хікса. Втрати прибутку учасників картелю не компенсуються - покупці не “викуповують право на зміну”. Рівень корисності учасників картелів знижується. Для висновку про ефективність досить перевищення вигащів сторін що виграли, над втратами з боку сторін що програли. Серед доступних альтернатив ефективна та,

*яка забезпечує найбільше перевищення сумарних вигравів над сумарними програшами. Інакше цей критерій відомий як критерій максимуму суспільного добробуту”.*⁵⁹

1.2.3. Засада раціональності

Іншою фундаментальною засадою економічного аналізу права є засада раціональності. Однією з цілей економічний аналіз права є дослідження правових інститутів з точки зору того, як правове регулювання впливає на поведінку особи та суспільства в цілому (які фактори впливають на поведінку, якими мотивами особа керується, тощо). І саме для моделювання та дослідження вказаного, в економічному аналізі права широко застосовується теорія раціонального вибору.

Відповідно до змісту теорії раціонального вибору, діючий суб'єкт є раціональним та завжди приймає свідомі рішення з метою максимізації власних благ. Раціонально прийняте рішення складається з трьох елементів: 1) діючий суб'єкт обирає варіант, який відповідає його очікуванням та має для нього найбільшу цінність; 2) раціональні очікування суб'єкта ґрунтуються на доступній для нього інформації, 3) суб'єкт володіє інформацією в достатньому обсязі для прийняття рішення.⁶⁰

Метою прийнятого рішення є максимізація індивідуальної очікуваної користі, при цьому, очікувана користь визначається шляхом відношення між шансами реалізації доступних альтернатив та наслідком матеріалізації вказаних

⁵⁹ Stepanov, Dmitry and Avdasheva, Svetlana, Критерий Эффективности в Правовом Регулировании Экономической Деятельности (The Criterion of Efficiency in Legal Regulation of Economic Activities) (June 1, 2017). The Herald of Economic Justice of Russian Federation, No.5, 2017, pp. 88-133.: [115-117]

⁶⁰ Paces, Alessio M., and Louis Visscher. "Law and Economics—Methodology." Law and Method: Interdisciplinary Research into Law, Tübingen: Mohr Siebeck (2011): 88 [5]

альтернатив. Тобто, при прийнятті рішення особа керується результатами аналізу витрат-вигод (cost-benefit analysis).⁶¹

З точки зору надання переваги одному варіанту з поміж інших, дії суб'єкта можна характеризувати як такі, що відповідають критеріям повноти і транзитивності. Повнота рішення означає те, що особа зазвичай може належно оцінити та правильно зробити вибір серед наявних альтернатив.⁶² Транзитивність рішення означає, що актор може передбачити та розуміє наслідків прийнятого рішення. Для транзитивного рішення є вірно наступне: якщо який-небудь товар або група товарів, позначені буквою "А" мають перевагу над іншим товаром або групою товарів позначених буквою "Б", і "Б" маю перевагу над третьою групою товарів, позначеною "В", то суб'єкт, приймаючи рішення, розуміє, що варіант "А" має перевагу не тільки на "Б", але і над "В".⁶³

Аналізуючи поведінку суб'єктів в контексті правової системи, Алан Девлін (Alan Devlin) зазначає,⁶⁴ що поведінці раціонального актору у правовій системі притаманні такі презумпції:

- (1) *Стійкість вибору.* У разі, якщо певний продукт чи послуга задовольняє потреби особи та приносить їй користь, з цього слідує, що така особа буде прагнути отримати/спожити більшу кількість такого продукту чи послуги. Тобто, діючий суб'єкт буде вчиняти дії з метою максимізації бажаного продукту/послуги, враховуючи при цьому свої обмеження в можливостях (наприклад, обмеження у допустимих витратах);

⁶¹ Paccès, Alessio M., and Louis Visscher. "Law and Economics—Methodology." *Law and Method: Interdisciplinary Research into Law*, Tübingen: Mohr Siebeck (2011): 88 [2]

⁶² Devlin A. *Fundamental principles of law and economics*. Routledge, 2014. P. 424 [35]

⁶³ Улен, Томас С. "Теория рационального выбора в экономическом анализе права." *Вестник гражданского права* 11.3 (2011): 276. [277]

⁶⁴ Devlin A. *Fundamental principles of law and economics*. Routledge, 2014. P. 424 [35-36]

- (2) *Ігнорування необоротних витрат.* Необоротними витратами слід вважати витрати, які були здійснені в минулому чи будуть здійснені в майбутньому, та на які не можливо вплинути. Тобто, відповідно до економічної теорії, витрати, що вже були зроблені для досягнення поставлених цілей (sunk cost) не повинні впливати на прийняття особою рішення стосовно зміни цілей, сфери інвестування чи припинення інвестування взагалі (у випадку, якщо такі зміни можуть збільшити винагороду для особи).
- (3) *Нейтральність до ризику.* Раціональна особа готова взяти на себе ризики для досягнення більших благ: при оцінці між двох альтернатив, нейтральний до ризику раціональний суб'єкт вибере той із запропонованих варіантів, який забезпечує вищу нагороду. Наприклад, якщо у разі вибору на користь I варіанту, існує 10% шанс отримати \$500, а у разі вибору на користь II варіанту існує 20% шанс отримати \$400, нейтральна до ризику особа вибере останній варіант, оскільки очікувана винагорода II варіанту (\$80) більша, ніж у I варіанті (\$50).
- (4) *Пріоритет максимізації благ над моральними міркуваннями.* Традиційний економічний підхід до розуміння поведінки особи виходить з того, що діяннями особи керує бажання максимізації благ, а мораль (чесність, добросовісність, справедливість) відіграє другорядну роль при прийнятті особою рішення. Таким чином, якщо одна особа пропонує іншій прийняти пропозицію, яка за своїм змістом є нечесною/несправедливою, але приносить користь іншій особі, остання, керуючись мотивами максимізації благ, прийме вказану пропозицію.
- (5) *Існування ринку.* В теорії раціонального вибору існує презумпція, що діючі суб'єкти знаходяться в системі координат ринку. Для того, щоб досягти рівноваги, на ринку з допомогою ціни та інших економічних інструментів

постійно відбувається обмін та розподіл обмеженого ресурсу між діючими суб'єктами.

Засада раціонального вибору має важливе значення для правозастосування, оскільки забезпечує регулятора чіткою моделлю, на яку останній опирається при розробці та імплементації правової політики. Більше того, раціональна модель поведінки особи також відіграє значну роль у судовій правотворчості, адже оцінюючи обставини справи та діяльність сторін справи, за допомогою моделі раціонального вибору, суддя визначає, чи відповідали дії осіб раціональній моделі, якщо ні – чому таке відхилення мало місце, якими мотивами керувалася особа, тощо.

Для ілюстрації використання засади раціональності для вирішення правового конфлікту, наведемо коротку цитату з рішення Вільнюського арбітражу, який вирішуючи питання про справжність однієї з двох версій договору, які були надані сторонами, зазначив: *“арбітражний суд також зазначає, що умови в наданому Відповідачем оригіналі Договору, які відсутні в наданому Позивачем варіанті Договору, виключно сприятливі тільки для Відповідача. Така зміна Договору на користь Відповідача по відношенню до Позивача не могли бути підтримана жодною логікою підприємництва”*.⁶⁵

За економічною моделлю права, модель прийняття рішення актором у правовій системі досить подібна до ринкової системи.⁶⁶ Так, правові норми встановлюють ціну можливої юридично значимої поведінки, а діючий суб'єкт з урахуванням аналізу витрат-вигод приймає рішення про вчинення юридично значимих дій.

⁶⁵ Рішення Вільнюського комерційного арбітражного суду від 16 квітня 2018 року у справі № 368. С. 29 [Електронний ресурс] – Режим доступу до ресурсу: <http://www.arbitrazas.lt/naujienos.htm> (дата звернення від 28.05.2018);

⁶⁶ Улен, Томас С. "Теория рационального выбора в экономическом анализе права." Вестник гражданского права 11.3 (2011): 276. [2]

Наприклад, якщо нормативно-правовим актом встановлена міра відповідальності за вчинення певного правопорушення (штраф), раціонально діючий суб'єкт приймаючи рішення про вчинення дій, які можуть кваліфікуватись як таке правопорушення, шляхом аналізу витрат-вигод вирішує, що для нього буде більш вигідним – вчинити правопорушення, отримати з цього певну для себе вигоду і заплатити відповідну ціну (санкцію) чи утриматись від правопорушення та витрат, але відповідно і не отримати вигоду.

Більше того, саме раціональними міркуваннями можна пояснити деякі із загальних принципів правової системи. Наприклад, раціональним поясненням принципу *ignorantia juris non excusat* - незнання закону не звільняє від відповідальності - (в українському законодавстві вказаний принцип закріплений в ст. 68 Конституції України)⁶⁷ є надзвичайно великі державні витрати на з'ясування факту того, чи особа, яка підозрюється у вчинення правопорушення, знала на час прийняття нею рішення про вимогу, яку в результаті її дій/бездіяльності було порушено. У разі, якщо б такий принцип був би відсутність, а незнання закону звільняло б від відповідальності, таке правило втратило б свою суть, адже довести знання особи про певні обставини, у ситуації коли особі вигідно приховувати такі знання, було б фактично неможливим.⁶⁸

Саме для того, щоб уникнути необґрунтовано високих витрат на доведення до відома кожної особи всіх нормативно-правових актів та забезпечити ефективне функціонування правової системи, регулятор намагається довести до відома осіб лише одне правило про те, що незнання закону не звільняє від юридичної відповідальності. Цим самим витрати на вивчення нормативних правил

⁶⁷ Конституція України. Відомості Верховної Ради України (ВВР), 1996, № 30, ст. 141 [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80> (дата звернення від 28.05.2018);

⁶⁸ Тамбовцев В.Л. Право и экономическая теория: Учеб. пособие, - М.: ИНФРА-М, 2005. — 224 с, - (Учебник экономического факультета МГУ им. М.В.Ломоносова). [17]

переносяться на раціонального індивіда, що діє в рамках даної правової системи, в той час як держава бере на себе витрати по забезпеченню можливості особи ознайомитись з відповідними нормативними актами шляхом обов'язкового опублікування нормативного акту в публічно доступних джерелах.⁶⁹

Для демонстрації того, як економічна модель права безпосередньо використовується для аналізу правових явищ і процесів, я в наступному підрозділі детально зупинюсь на економічній моделі судового процесу, як складовій правової системи: проаналізую економічні завдання судового процесу, а також поясню, як судовий процес впливає на ефективний перерозподіл обмеженого ресурсу та якими мотивами (з точки зору економічної моделі права) керуються діючі суб'єкти при прийнятті рішень в судовому процесі.

1.3. Економічний аналіз права: судовий процес

1.3.1. Ринок, правова система і судовий процес

Одним з концептуальних завдань економічної теорії є вирішення проблеми ефективного розподілу обмеженого ресурсу. Універсальним способом вирішення цієї проблеми є розподіл ресурсу з допомогою ринкових механізмів. Саме безсторонній за своїм характером ринок, може з допомогою економічних інструментів (ціни та економічних стимулів) найбільш ефективно розподілити обмежений ресурс серед раціонально діючих осіб.

⁶⁹ Тамбовцев В.Л. Право и экономическая теория: Учеб. пособие, - М.: ИНФРА-М, 2005. — 224 с, - (Учебник экономического факультета МГУ им. М.В.Ломоносова), [18]

Однак, розподіл обмеженого ресурсу з допомогою ринку є не завжди можливим. Перш за все, це пов'язано з тим, що прийняття рішення щодо розподілу ресурсу може тягти за собою надмірні транзакційні витрати як для держави, так і для діючих суб'єктів. Тому, для запобігання надмірних витрат та збільшення ефективності, блага починають розподіляти з допомогою правової системи (див. *теорема Коуза*).

Як вже зазначалось вище, правова система є подібна за ринку. Зокрема, одним з ключових факторів для розподілу обмеженого ресурсу є ціна юридично значимих дій. Так, у разі порушення норм права, правопорушник зобов'язаний сплатити компенсаційні витрати - ціну (теоретично рівну) альтернативним витратам, що були затрачені на правопорушення. При цьому, правова система залишає за діючими суб'єктами свободу у прийнятті рішення щодо діяльності по отриманню тих чи інших благ та по їхній готовності платити за них.

Саме ціна допомагає створити належні стимули для запобігання вчиненню правопорушень. Так, у разі якщо ціна правопорушення менша від цінності, яку правопорушник отримує в результаті вчинення протиправних дій, ефективність діяльності особи максимізується при вчиненні правопорушення, іншими словами, правова система по суті заохочує вчиняти протиправних дій. Натомість, якщо ціна правопорушення для потенційного порушника вища від цінності, яку правопорушник отримає в результаті вчинення протиправних дій, для особи більш ефективним буде не вчиняти правопорушення.⁷⁰

Щоб максимізувати ефективність, судовий процес подібно до ринку, у своєму функціонуванні покладається на приватних індивідів, які переслідують власні цілі та інтереси. Саме особи з раціональними, егоїстичними мотивами (позивачі,

⁷⁰ Познер Р. Экономический анализ права : в 2 т. / пер. с англ. ; под ред. В. Л. Тамбовцева. – СПб. : Эконом. шк., 2004. – Т. 2. – 454 с. [177]

відповідачі, інші учасники судового процесу) є найбільш зацікавлені в правильному вирішенні справи (об'єктивному і неупередженому аналізі наявних у справі доказів, винесенні справедливого рішення та фактичному його виконанні). Змагальність судового процесу є ефективною не тільки для сторін у справі, а також і для держави, адже дозволяє мінімізувати адміністративні витрати для вирішення конкретних справ.⁷¹

Іншою ринковою характеристикою судового процесу є його безсторонність. Подібно до невидимої руки ринку, вершители правосуддя є незалежними та незаінтересованими особами в результаті вирішення конкретної справи. Механізм обрання суддів на посади, фінансове забезпечення суддів, а також правила судової етики розроблені таким чином, щоб запобігти фінансовій чи іншій зацікавленості суддів в результаті вирішення справи. Натомість, процес побудований таким чином, щоб забезпечити симетричність сторін в процесі (мова йде про цивільний процес), тобто рівність прав та обов'язків сторін та на основі наявних в матеріалах справи обставинах (тобто, тих обставинах, до яких має доступ кожний з учасників процесу) вирішити проблемні питання.⁷²

Хоча наведене вище і свідчить про те, що як ринку, так і судовій системі, як частині правової системи притаманні методи алокації (розподілу) обмеженого ресурсу, між ринком та правовою системою існує ряд важливих відмінностей. Найбільш суттєвою відмінністю є те, що ринок (на відміну від правової системи) дозволяє більш точно визначити того, хто готовий найбільше платити за обмежений ресурс (діючі суб'єкти на ринку повинні підкріпити свої доводи (претензії) готовністю платити гроші чи його еквівалент, що надає таким претензіям більшої правдоподібності, чим претензіям підкріпленим тільки правовими доводами).⁷³

⁷¹ Там само

⁷² Там само

⁷³ Там само

Інша відмінність між правовими і ринковими транзакціями полягає в тому, що особа, якій передається певна річ, не отримує компенсації в першому випадку, і отримує її в другому. Так, якщо особа 1 купує автомобіль в особи 2, особа 1 повинна заплатити особі 2 за автомобіль. Водночас, у разі якщо особа 1 розбиває автомобіль в аварії, в якій ніхто зі сторін спору не є винним, особа 1 може трактувати вартість машини особи 2 як вихідні ресурси для водіння та не повинна нічого платити за знищену машину. Зазначене, однак, не слід трактувати таким чином, що начебто ринок забезпечує постійний вигравш кожної зі сторін. Як і в правовій системі, так і на ринку практично завжди існують як переможці, так і переможені.⁷⁴

1.3.2. Економічні цілі судового процесу

Як зазначає Річард Познер, однією з головних цілей судового процесу є мінімізація судових витрат.⁷⁵ Одним з видів судових витрат можна вважати прийняття помилкових судових рішень. З економічної перспективи, помилкові судові рішення мають декілька негативних наслідків, в тому числі приносять додаткові витрати сторонам, фактично заохочують суб'єктів права до протиправної поведінки та несуть додаткові соціальні витрати на запобігання правопорушенням.

Наслідки прийняття помилкового судового рішення можна продемонструвати у формі задачі. Уявімо, що ціна запобігання настання нещасного випадку становлять \$100, а витрати потенційного правопорушника на запобігання нещасного випадку становлять \$90 (для цілей задачі, припустімо, що витрати по запобіганню нещасного випадку для потенційного потерпілого становлять

⁷⁴ Там само

⁷⁵ Познер Р. Экономический анализ права : в 2 т. / пер. с англ. ; под ред. В. Л. Тамбовцева. – СПб. : Эконом. шк., 2004. – Т. 2. – 454 с. [732]

більше \$100). Простий аналіз умов наведеної задачі свідчить про те, що для потенційного правопорушника більш вигідним буде вчинити витрати на запобігання правопорушенню, ніж понести міру відповідальності, ціна якої більша від ціни запобігання правопорушенню.

Водночас, якщо існує 15% вірогідність уникнути юридичної відповідальності за вчинене правопорушення внаслідок судової помилки та, як наслідок, ухвалення помилкового судового рішення, в такому разі ціна запобігання правопорушенню (\$90) для потенційного правопорушника буде більшою від ціни відповідальності за правопорушення (\$85). Таким чином, в результаті судової помилки, як сторони, так і суспільство загалом будуть нести додаткові витрати на запобігання правопорушенням.⁷⁶

Водночас, для належного функціонування ефективної судової системи, держава затрачає адміністративний ресурси. З огляду на це, хоча запобігання вчиненню судових помилок є важливим завданням, на думку Річарда Познера, питання про те, чи варто затрачати ресурси на запобігання судових помилок повинно вирішуватись в кожному конкретному випадку з урахуванням аналізу витрат-вигод.⁷⁷ Якщо вказане імplementувати у наведену задачу і припустити, що витрати для зменшення вірогідності настання судової помилки з 15% до 10% будуть становити \$20, з економічної точки зору більш вигідним є допустити можливість помилки, оскільки ціна помилки (\$10) менша від ціна на її запобігання (\$20).⁷⁸

⁷⁶ Познер Р. Экономический анализ права : в 2 т. / пер. с англ. ; под ред. В. Л. Тамбовцева. – СПб. : Эконом. шк., 2004. – Т. 2. – 454 с. [732]

⁷⁷ Познер Р. Экономический анализ права : в 2 т. / пер. с англ. ; под ред. В. Л. Тамбовцева. – СПб. : Эконом. шк., 2004. – Т. 2. – 454 с. [732]

⁷⁸ Там само

Отже, при аналізі правової політики в сфері судочинства необхідно враховувати, що економічний підхід ставить собі за мету не тільки мінімізувати судові помилки, але забезпечити максимальну ефективність судового процесу при мінімальних адміністративних витратах.⁷⁹

Продемонструвати правові механізми по запобіганню помилок в судовому процесі можна на прикладі процедури доказування у судовому процесі. Так, доказування у судовому процесі відбувається через доведення сторонами тих обставин, на які вони посиляються як на підставу своїх вимог та заперечень. *“За загальним правилом, обов'язок (тягар) доказування певних обставин покладається на особу, яка посиляється на ці обставини. При цьому доказування полягає не лише в поданні особами доказів, а й у доведенні їх переконливості. Розподіл між сторонами тягара доказування визначається предметом спору”*.⁸⁰

Обов'язок (тягар) доказування має важливу економічну функцію, оскільки стимулює заінтересованих учасників судового процесу збирати докази для підтвердження власної правової позиції. Більше того, оскільки витрати позивача, який заслуговував на перемогу у спорі, але його програв, є меншими чим витрати відповідача, який заслуговував на перемогу у спорі, але його програв (*закон спадної граничної корисності*),⁸¹ обов'язок позивача довести свої доводи дозволяє уникнути судових помилок та проводить певну лінію рівноваги між сторонами спору.⁸²

⁷⁹ Там само

⁸⁰ Постанова Верховного Суду від 29.03.2018 року у справі № 905/684/17. [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/73081461> (дата звернення від 28.05.2018);

⁸¹ Закон спадної граничної корисності - у міру того як споживач збільшує споживання товару або послуги, гранична корисність кожної додаткової одиниці даного продукту скорочується.

⁸² Познер Р. Экономический анализ права : в 2 т. / пер. с англ. ; под ред. В. Л. Тамбовцева. – СПб. : Эконом. шк., 2004. – Т. 2. – 454 с. [738]; Закон спадної граничної корисності.

Надмірна кількість доказів чи прийняття докази в порушення процесуальних вимог можуть мати негативний ефект та призвести до помилкових судових рішень. Щоб уникнути таких помилок, законодавець встановлює спеціальні правила, коли докази повинні прийматись судом до уваги, а коли - ні. В різних правових системах така процедура прийняття доказів в значній мірі відрізняється: в континентальній системі більш поширеним є імперативні норми про недопустимість доказів, в той час, як в романо-германській сім'ї суддя має більшу дискрецію по прийняттю доказів до справи.

Якщо звернутись до цивільного процесуального законодавства України, то можна побачити, що в ньому також закладені механізми, що сприяють більш точному з'ясуванню обставин справи та мінімізують допущення судових помилок. Зокрема, аналіз Глави 5 Цивільного процесуального кодексу України свідчить, що докази бути допустимими, належними, достовірними та достатніми. У разі, якщо докази одержані з порушенням порядку, встановленого законом чи подані в пропущення в строків встановленим законом і судом для їх подачі, такі докази не повинні долучатись до матеріалів та братись судом до уваги при винесенні рішення.⁸³

В 2017 році український законодавець прийняв ряд змін до господарського, цивільного та адміністративного процесу, що можна пояснити з точки зору

Мікроекономіка в питаннях і відповідях. [Електронний ресурс] – Режим доступу: https://studme.com.ua/2006092313510/ekonomika/zakon_ubyvayuschey_predelnoy_poleznosti.htm (дата звернення від 28.05.2018);

⁸³ Цивільний процесуальний кодекс України, Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2004, № 40-41, 42, ст.492 [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1618-15> (дата звернення від 28.05.2018);

економічної моделі.⁸⁴ Одним з прикладів змін в адміністративному процесі може бути введення інституту типових та зразкових справ. За своєю суттю ця новела передбачає процесуальний механізм розгляду справ, у яких відносини сторін та правові норми, якими вони регулюються, є схожими (типові справи), за прикладом рішення Верховного Суду в одній з таких справ (зразковій справі).⁸⁵

Так, Кодексом адміністративного судочинства передбачено (ст. 290 Кодексу адміністративного судочинства), що якщо у провадженні одного або декількох адміністративних судів перебувають типові адміністративні справи (адміністративні справи, відповідачем у яких є один і той самий суб'єкт владних повноважень, спір у яких виник з аналогічних підстав, у відносинах, що регулюються одними нормами права, та у яких позивачами заявлено аналогічні вимоги), кількість яких визначає доцільність ухвалення зразкового рішення, суд, який розглядає одну чи більше таких справ, може звернутися до Верховного Суду з поданням про розгляд однієї з них Верховним Судом як судом першої інстанції. Рішення у зразковій справі повинно бути враховане судами, що розглядатимуть аналогічні типові справи.⁸⁶

Все вказане вище безпосередньо відповідає двом завданням економічної моделі права: вказана процедура мінімізує допущення суддями помилок, а також

⁸⁴ Закон України “Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів”. Відомості Верховної Ради (ВВР), 2017, № 48, ст.436 [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/2147-19> (дата звернення від 28.05.2018);

⁸⁵ Савчук М. Зразкове судочинство: типові та зразкові справи за новим КАСУ. Юридична газета. [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://yur-gazeta.com/dumka-eksperta/zrazkove-sudochinstvo-tipovi-ta-zrazkovi-spravi-za-novim-kasu.html> (дата звернення від 28.05.2018);

⁸⁶ Кодекс адміністративного судочинства України. Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2005, № 35-36, № 37, ст.446 [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2747-15> (дата звернення від 28.05.2018);

зменшує адміністративні витрати. Самі автори вказаних новел у пояснювальній записці до законопроекту зазначали, що впровадження вказаної процедури *“дасть змогу зменшити навантаження на суддів, забезпечити єдність правозастосовчої практики та сприятиме швидкому розгляду великої кількості однотипних справ”*.⁸⁷

1.3.3. Спір v. мирні переговори

Відповідно до постулатів теорії раціонального вибору (див. підрозділ 1.2.3. вище), учасникам судового процесу, як і іншим особам, притаманна раціональність та егоїстичність, яка виявляється в бажанні учасників судового процесу максимізувати власні блага при мінімальних витратах. Теоретично, найбільш вигідним способом вирішити конфлікт є мирні переговори, в яких сторони повинні дійти згоди про найбільш ефективний розподіл благ. В такому разі, найбільш ефективний власник повинен був би отримати благо, а інша сторона – компенсацію.

Однак, як було доведено в теоремі Коуза, в реальному житті, сторонам спору несуть транзакційні витрати, які можуть перешкоджати мирному врегулюванню спору. З огляду на це, суд замінює ринок, де відбувається обмін та ефективний розподіл обмеженого ресурсу між сторонами. В свою чергу суддя є тим, хто розподіляє спірне благо з урахуванням того, щоб максимізувати позитивний зовнішній ефект та мінімізувати негативний зовнішній ефект судового рішення.

⁸⁷ Пояснювальна записка до проекту Закону України “Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів”. [Електронний ресурс] – Режим доступу до ресурсу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=61415 (дата звернення від 28.05.2018);

В ході судового процесу, спір, який існує між сторонами у справі, можна уладнати як з допомогою мирних переговорів, де сторони добровільно погоджуються уладнати спір шляхом укладення мирової угоди, так і з допомогою змагального процесу, де сторони відстоюють власну позицію, а суд на основі дослідження доказів, виносить примусове до виконання рішення суду. Хоча, мирне врегулювання спору з економічної точки зору є більш привабливим як для сторін, так і для судової системи, значна кількість справ в судах свідчать про те, що сторони досить часто не можуть та/або не бажають врегулювати спір мирним шляхом.

Економічний підхід вказане пояснює тим, що сторони не можуть мирно врегулювати спір через різницю в ціні, за якої кожна зі сторін буде вважати, що розв'язання конфлікту збільшить її благополуччя. Тому, у разі якщо мінімальна ціна, яку позивач готовий заплатити за відмову від позовних вимог перевищує максимальну ціну, яку готовий заплатити відповідач за задоволення вказаних позовних вимог, переговори про мирне врегулювання як правило приречені на безрезультатність.⁸⁸

Крім фактору ціни, на поведінку особи в судовому процесі різноманітні витрати на ініціювання та участь в судовому процесі, наявні правові механізми врегулювання спору (наприклад, медіація, арбітраж), ризики пов'язані із судовим процесом (наприклад, ризик винесення неправосудного рішення, відсутність довіри до судової гілки влади), сума вимог сторін (чим більша сума позовних вимог, тим більша вірогідність того, що сторони не дійдуть згоди щодо мирного врегулювання спору), вплив судового рішення/результату мирних

⁸⁸ Познер Р. Экономический анализ права : в 2 т. / пер. с англ. ; под ред. В. Л. Тамбовцева. – СПб. : Эконом. шк., 2004. – Т. 2. – 454 с . [743]

переговорів на третіх осіб. В своїй сукупності, перераховані фактори і визначають поведінку особи у судовому процесі.⁸⁹

Як правило, держави в процесуальному законодавстві закріплюють механізми, які сприяють мирному врегулюванню спору та найбільш ефективному розподілу благ. Одним з таких механізмів, який є невід’ємною частиною процесуального законодавства США є розкриття і виявлення доказів до початку судового розгляду шляхом обміну сторонами інформацією, яка може мати доказове значення для справи. Такий обмін інформацією повинен сприяти більш точній оцінці сторонами перспектив судового розгляду, розумінню ходу та наслідків судового процесу та допомагає сторонам спору прийти до спільного рішення шляхом мирних переговорів.

В Україні законодавець також передбачив в процесуальному законодавстві механізми, які повинні сприяти меншому завантаженню судів, а також заохоченню сторін до мирного врегулювання спору. Так, у пояснювальній записці до законопроекту про внесення змін до процесуальних кодексів, його автори прямо зазначають наступне: *“завданнями законопроекту є ... диференціація правил розгляду справ залежно від їх складності, можливості мирного врегулювання спору, складу учасників, ціни позову тощо”*.⁹⁰

В самому законопроекті, який вже вступив в законну силу з 15 грудня 2017 року, імplementовані різноманітні стимули, які повинні заохочувати сторін спору

⁸⁹ Познер Р. Экономический анализ права : в 2 т. / пер. с англ. ; под ред. В. Л. Тамбовцева. – СПб. : Эконом. шк., 2004. – Т. 2. – 454 с .[743]

⁹⁰ Пояснювальна записка до проекту Закону України “Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів”. [Електронний ресурс] – Режим доступу до ресурсу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=61415 (дата звернення від 28.05.2018);

укладати мирні угоди. “Під час закритих нарад суддя має право звертати увагу сторони на судову практику в аналогічних спорах, пропонувати стороні можливі шляхи мирного врегулювання спору” (стаття 188 Кодексу адміністративного судочинства України).⁹¹

Більше того, з урахуванням принципу диспозитивності сторонам надається фактична, а не формальна свобода на будь-якій стадії судового процесу відмовитись від позову або укласти мирову угоду, предмет якої до того ж може виходити за межі предмета спору, якщо це не порушує вимоги закону і права третіх осіб.⁹²

На сам кінець, говорячи про економічні стимули для заохочення сторін спору до мирного врегулювання, автори законопроекту в пояснювальній записці вказують таке: *“законопроектом передбачено посилення ролі судового збору як основного джерела фінансування судової системи та як **економічного стимулу** для сторін використовувати нові процедури розгляду справи (ставка судового збору при зверненні в порядку наказного провадження, подання позову в електронній формі є меншою), досягати примирення без судового рішення (законопроект передбачає повернення 50 % судового збору в такому випадку); утримуватися від зловживання процесуальними правами та порушення процесуальних обов’язків тощо”*.⁹³

⁹¹ Кодекс адміністративного судочинства України. Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2005, № 35-36, № 37, ст.446 [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2747-15> (дата звернення від 28.05.2018);

⁹² Пояснювальна записка до проекту Закону України “Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів”. [Електронний ресурс] – Режим доступу до ресурсу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=61415 (дата звернення від 28.05.2018);

⁹³ Там само;

Висновки до розділу I

Все наведене вище свідчить про те, що економічний підхід став одним з домінуючих інтердисциплінарних підходів до розуміння права та правової системи. Він почав активно використовуватись при розробці та імплементації правової політики, і як свідчить аналіз чинного українського законодавства, економічний аналіз знайшов своє місце і в правовій політиці в Україні.

Однак, теорія раціонального вибору вже неодноразово піддавалась критиці, зокрема, через її вразливість при її застосуванні до реальної моделі поведінки особи.⁹⁴ Так, людина приймає щоденно десятки рішень, серед яких більша частина виконується автоматично та без аналізу витрат-вигод. Ми переживаємо відчуття незадоволення у разі безповоротної втрати коштів (незважаючи на безповоротну втрату), а несправедливі дії контрагента можуть стати причиною для припинення з ним будь-яких відносин, навіть якщо таке рішення є фінансового ірраціональним для особи.

Все перераховане стало причиною нових досліджень та пошуком коректних індикаторів для економічного аналізу та більш передбачуваної моделі поведінки особи та призвело до виникнення напрямку в економіці під назвою “поведінкова економіка права”. Саме поведінковій економіці та поведінковому підходу, складовою якого є поведінкова економіка, присвячено наступний розділ даної роботи.

РОЗДІЛ II

ПОВЕДІНКОВИЙ ПІДХІД ДО РОЗУМІННЯ ПРАВОВОЇ СИСТЕМИ

⁹⁴ Posner R. "Rational choice, behavioral economics, and the law." Stanford Law Review (1998): 1551-1575. [1551];

Вступ до розуміння поведінкового підходу

Хоча людина знаходиться в центрі равової системи,⁹⁵ до останнього часу емпіричному вивченню поведінки людини в контексті права (дослідженню когнітивних механізмів, які впливають на формування сприйняття людини та прийняття нею рішень, мотивів її діяльності) приділялось досить мало уваги як теоретиками, так і практиками. В переважній більшості, поведінкові питання, або віддавались на вивчення іншим наукам (антропології, біології, психології), або вирішувались за допомогою інтуїтивних уявлень про те, як людина мислить, формує судження та приймає рішення.

Економічний підхід до розуміння права, який став одним з домінуючих інтердисциплінарних підходів у праві наприкінці ХХ століття, запропонував модель поведінки людини, яка в економічній літературі отримала назву *homo economicus*.⁹⁶ Відповідно до вказаної моделі, людина поводить себе раціонально, володіє повною інформацією і досконалими пізнавальними здібностями, що дозволяють їй отримати максимальну корисність в умовах заданих обмежених ресурсів.⁹⁷ Хоча економічний підхід та модель *homo economicus* на сьогодні широко застосовується при розробці та імплементації різноманітних напрямків публічної політики та в правовому регулюванні (див. Розділ I), ряд економістів почали вказувати на неповноту економічної моделі та її невідповідність поведінці людини в реальному житті.

⁹⁵ Загальна теорія права: Підручник / За заг. ред. М.І. Козюбри. – К.: Ваіте, 2015. – 392 с. [46]

⁹⁶ Persky, Joseph. 1995. "The Ethology of Homo Economicus." *Journal of Economic Perspectives*, 9 (2): 221-231. [221]

⁹⁷ Комаровская Н.В. Эволюция «homo economicus». Вестник МГИМО-Университета. 2016;46(1):129-142. [130]

Серед економістів - критиків традиційної економічної моделі слід згадати Амартія Сена (пропонував при аналізі прийняття економічних рішень враховувати моральні цінності і загальноприйняті норми); Джорджа Акерлофа і Роберта Шиллера (запропонували теорію ірраціонального начала, відповідно до якої, досконалість моделі ринкових механізмів порушують такі фактори як довіра, почуття справедливості, несумлінність, грошова ілюзія і сприйнятливість до історій); Вернона Сміта (з допомогою експериментальної економіки почав досліджувати поведінкові аспекти людської раціональності); Деніеля Канемана та Амоса Тверські (інтегрували дослідження психології в економічну модель та запропонували теорію перспектив – *див. підрозділ 2.3.3 нижче*).⁹⁸

Згадані вище наукові дослідження поставили під сумнів деякі з елементів традиційної економічної моделі та дали поштовх до нових досліджень поведінки особи за допомогою інтердисциплінарних методів та моделей (експериментальної психології, нейрології). Такі дослідження не тільки дозволили краще пізнати поведінку людини, але й стали основою для формування нових напрямків в економіці: поведінкової економіки, експериментальної економіки, нейроекономіки.⁹⁹

Пізніше, разом з дослідженнями когнітивної науки та психології, перелічені напрямки економіки сформували напрямок під назвою “*поведінкові підходи*” (behavioural insights).¹⁰⁰ За допомогою психологічних і когнітивних підходів,

⁹⁸ Там само [132-135]

⁹⁹ Там само [129]

¹⁰⁰ OECD, Behavioural Insights and Public Policy: Lessons from Around the World, OECD Publishing, Paris, 2017 [Електронний ресурс] – Режим доступу: https://www.oecd-ilibrary.org/governance/behavioural-insights-and-public-policy_9789264270480-en (дата звернення від 28.05.2018) [16]; The European Commission's science and knowledge service. Behavioural Insights [Електронний ресурс] – Режим доступу:

підходів з інших поведінкових наук та методів експериментальної психології, вказана дисципліна досліджує моделі поведінки людей та “ірраціональні” фактори, які впливають на людські судження та прийняття рішень. У результаті цих досліджень відбувається перевірка традиційної економічної моделі та її вдосконалення, що дозволяє економічній моделі ставати ще більш ефективною для використання у публічній та правовій політиці.¹⁰¹

Відкриття поведінкового підходу дозволило краще зрозуміти поведінку особи та стало причиною зміни традиційних уявлень про те, як людина мислить та приймає рішення (інтуїтивно та рефлексивно), які когнітивні механізми впливають на її сприйняття (евристики) та довело, що людині притаманна обмежена раціональність, обмежена егоїстичність та обмежена сили волі. Цим самим, на відміну від економічного підходу, який фактично аналізував поведінку людини в статичній, поведінковий підхід дозволив пізнати динамічну складову поведінки людини.

З огляду на те, що економічний підхід активно використовується в правовому регулюванні, відкриття зроблені поведінковим підходом дають нам можливість більш повно зрозуміти як економічну модель правової системи, так і правову систему в цілому. А головне - поведінковий підхід дозволяє краще пізнати саму людину в праві, її поведінку і те, як вона міркує та приймає рішення.

В наступних підрозділах буде детально описано дослідження поведінкового підходу щодо того, як людина мислить та приймає рішення; які обмеження притаманні економічній моделі поведінки людини (обмежена раціональність,

<https://ec.europa.eu/jrc/en/research/crosscutting-activities/behavioural-insights> (дата звернення від 28.05.2018);

¹⁰¹ OECD Publishing, Paris, 2017 [Електронний ресурс] – Режим доступу: https://www.oecd-ilibrary.org/governance/behavioural-insights-and-public-policy_9789264270480-en (дата звернення від 28.05.2018) [16]

обмежене сила волі, обмежена егоїстичність). В останньому підрозділі цього розділу, на основі вказаних досліджень, я проаналізую, як на прикладі судового процесу вказані поведінкові відкриття допомагають краще зрозуміти правову систему і людину у праві.

2.1. *Два типи людського сприйняття*

Протягом останніх сорока років у психологічній літературі з'явилося чимало праць присвячених дуальності притаманній сприйняттю люди.¹⁰² Відповідно до однієї з домінуючих теорій дуального процесу (due process theory), людині притаманні два типи сприйняття: інтуїтивний тип (**Тип 1**), який можна характеризувати через наступні риси: автоматичний, швидкий, несвідомий, такий, що не потребує значних зусиль та спрацьовує без відчуття вольового контролю і задіяння робочої пам'яті, і рефлексивний тип (**Тип 2**), який можна характеризувати через наступні риси: повільний, гнучкий, такий, що потребує значних розумових зусиль, задіяння робочої пам'яті та концентрації.¹⁰³ В літературі вказані типи сприйняття також називають **Система 1** та **Система 2**.¹⁰⁴ Детальний опис рис та властивостей, притаманних двом типам сприйняття, наведений в Таблиці № 1.

¹⁰² Evans, Jonathan and Frankish, Keith eds. (2009). In Two Minds: Dual Processes and Beyond. Oxford: Oxford University Press. P. 419. [11]

¹⁰³ Там само [12]

¹⁰⁴ Morewedge C. K. and Kahneman D. (2010). Associative processes in intuitive judgment. Trends in cognitive sciences, 14(10), pp. 435-440. Канеман Д. Мислення швидке й повільне [Електронний ресурс] // Наш Формат. – 2017. – Режим доступу до ресурсу: https://books.google.com.ua/books?id=lQFDDwAAQBAJ&printsec=frontcover&hl=ru&source=gb_s_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false (дата звернення від 28.05.2018)

2.1.1. Зміст та мета двох типів сприйняття людини

Досліджуючи причини виникнення, розвитку та існування двох типів сприйняття, деякі з представників поведінкового підходу (Артур С. Ребер (Arthur S. Reber), Джонатан Еванс (Jonathan Evans)) дотримуються думки, що перший тип сприйняття є ранньою еволюційною моделлю, яка була домінуючою у сприйнятті людиною навколишнього середовища. Саме за допомогою автоматичної, несвідомої, потужної системи сприйняття, людина швидко пізнавала та засвоювала життєво-необхідні знання та навички.¹⁰⁵ Лише близько 50 000 – 60 000 років тому, в ході розвитку мозку людини та еволюціонування мовленнєвих процесів, в людини почав розвиватись рефлексивний тип сприйняття.¹⁰⁶

Для кращого розуміння двох типів сприйняття, можна звернутись до таких простих аналогій. Ще з дитинства, ми жваво починаємо пізнавати світ навколо: спостерігаємо за людьми які нас оточують; отримуємо елементарні знання про те, що є правильно/неправильно, безпечно/небезпечно; вчимось комунікувати з іншими не тільки вербально, але й невербально (наприклад, через письмо). З часом, ми швидко та практично не свідомо можемо впізнати рідну нам людину, побачити та зрозуміти її емоційний стан (сміх, плач, крик, тощо), виконати елементарні добре засвоювані дії (написати просте речення).

Все вказане відноситься до першого типу сприйняття, яке постійно знаходиться під впливом імпульсів та асоціацій, і створює враження та почуття, що

¹⁰⁵ Evans, Jonathan and Frankish, Keith eds. (2009). In Two Minds: Dual Processes and Beyond. Oxford: Oxford University Press. P. 419 [26].

¹⁰⁶ Evans, Jonathan and Frankish, Keith eds. (2009). In Two Minds: Dual Processes and Beyond. Oxford: Oxford University Press. P. 419 [26]; Evans, J. S. B. T. (2007). Essays in cognitive psychology. Hypothetical thinking: Dual processes in reasoning and judgement. New York, NY, US: Psychology Press. [16]

допомагають нам сприймати, розуміти та реагувати на навколишній світ при мінімальній затраті когнітивних зусиль. У перелічених ситуаціях, рефлексивний тип сприйняття, практично не задіяний. Однак, як тільки ми скеровуємо нашу увагу на якийсь предмет та починаємо концентруватись на певній діяльності (вирішуємо логічну задачу; перевіряємо текст на помилки; слідкуємо за поведінкою іншої особи, тощо), ми модифікуємо Систему 1 у повільну, свідому і таку, що потребує значних когнітивних затрат - Систему 2.

Інтуїтивний тип сприйняття (Тип 1)	Рефлексивний тип сприйняття (Тип 2)
Визначальні риси	
<i>Не потребує задіяння робочої пам'яті</i>	<i>Потребує задіяння робочої пам'яті</i>
<i>Автоматична</i>	<i>Когнітивне розмежування, ментальна симуляція</i>
Типові співвідношення	
Швидкий	Повільний
Високо потужний	Обмежено потужний
Паралельний	Періодичний
Несвідомий	Свідомий
Уразливий до упереджень	Відповідає нормативам
Контекстуалізований	Абстрактний
Автоматичний	Контрольований
Асоціативний	Заснований на правилах
Незалежний від когнітивних здібностей	Залежний від когнітивних здібностей

Таблиця 1. Характерні риси та властивості, притаманні Tuny 1 та Tuny 2.
Джерело: Evans, J.St.B.T. & Stanovich, K.E. (2013). Dual-process theories of higher cognition: Advancing the debate. *Perspectives on Psychological Science*, 8, 223-241.

Пояснюючи функціонування двох системи сприйняття, Нобелівський лауреат з економіки Даніель Канеман зазначає :

“Система 1 і Система 2 активні завжди, коли ми не спимо. Система 1 функціонує автоматично, а Система 2 завжди перебуває в комфортному режимі мінімальних зусиль, коли використовується лише незначна частка її потенціалу. Система 1 постійно продукує пропозиції для Системи 2: враження, передчуття, наміри та почуття. Якщо Система 2 їх схвалює, враження та почуття перетворюються на переконання, а імпульси - на свідомі дії.

Коли Система 1 стикається з труднощами, то звертається по допомогу до Системи 2 для підтримки більш ретельнішого та більш зосередженого розв’язання поточної проблеми.

До компетенції Системи 2 також належить постійний моніторинг вашої поведінки – саме вона змушує вас бути чемним, навіть коли ви розлючені, а також фокусує вашу увагу, коли ви керуєте машиною вночі. Система 2 мобілізується особливо потужно, коли з’ясовується що ви от-от зробите помилку. Пригадайте будь-яку ситуацію, в якій ви вже були готові наговорити комусь грубощів, але стримались, і як важко було потім зібратися і заспокоїтися.

*Якщо підсумувати, то більшість того, що ви (тобто ваша Система 2) думаєте та робите, продукує ваша Система 1, але Система 2 перебирає на себе керування тоді, коли ситуація ускладнюється”.*¹⁰⁷

¹⁰⁷ Канеман Д. Мислення швидке й повільне [Електронний ресурс] // Наш Формат. – 2017. – Режим доступу до ресурсу: https://books.google.com.ua/books?id=lQFDDwAAQBAJ&printsec=frontcover&hl=ru&source=gb_s_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false. (дата звернення від 28.05.2018)

Хоча в літературі існує декілька теорій про те, як функціонують дві системи сприйняття (існують думки, що два типи сприйняття конкурують між собою; взаємодіють між собою; існують паралельно), найбільш правильним видається підхід Джонатана Еванса, який пропонує розглядати два типи сприйняття як взаємозалежні системи.¹⁰⁸ Зокрема, рефлексивний тип сприйняття залежить від висхідних даних, якими його забезпечує інтуїтивне сприйняття.

Вказане може проявлятися в тому, що ми починаємо концентрувати свою увагу на конкретній проблемі вже після завершення інтуїтивних процесів, які допомогли нам визначити, на яку проблему слід звернути увагу та які інструменти використати для вирішення вказаної проблеми. Взаємозалежність також проявляється в тому, що наші свідомі дії перебувають під впливом підсвідомих когнітивних процесів, які можуть визначати модель свідомого аналізу, спрямовувати нашу увагу чи впливати на наші сенсорні системи.¹⁰⁹

Вплив інтуїтивного типу сприйняття на рефлексивний тип також відбувається за допомогою *евристиків* – адаптивних механізмів, що дають нам змогу економити час та зусилля в процесі прийняття щоденних рішень (*див. підрозділ 2.2.2. нижче*).¹¹⁰ Саме вплив різноманітних евристиків може призводити до того, що рефлексивна система, керуючись даними інтуїтивної системи, буде скеровувати нашу увагу на помилкову інформацію як на релевантну та призводити до

¹⁰⁸ Evans, Jonathan St BT, and Keith Ed Frankish. In two minds: Dual processes and beyond. Oxford University Press, 2009. 382 pages [105].

¹⁰⁹ Там само [105].

¹¹⁰ Ілляшенко, Павло. "Поведінкові фінанси: історичний огляд і основні засади." Вісник Національного банку України 239 (2016): 30-57. [40]

когнітивних упереджень та помилок (*евристично-аналітична теорія мислення*).¹¹¹

2.1.2. Теорія гіпотетичного мислення

Досліджуючи питання взаємодії інтуїтивної та рефлексивної системи сприйняття, а також питання впливу евристиків на мислення людини, наприкінці 80-х років XX століття була сформульована *теорія гіпотетичного мислення* (hypothetical thinking theory),¹¹² яка розвиваючи тему дуалізму сприйняття, дозволила краще зрозуміти процес абстрактного мислення людини та вплив інтуїтивного сприйняття на міркування та судження людини.

Відповідно до змісту вказаної теорії *“на міркування і судження впливає формування епістемічних ментальних моделей, які генеруються по одній на кожний раз (сингулярний принцип) підсвідомими евристичними процесами, які контекстуалізують проблеми таким чином, щоб максимально досягти поточних цілей (принцип релевантності). Аналітичні процеси оцінюють ці моделі, але схильні їх приймати, якщо немає вагомих підстав відхиляти їх (принцип достатності). Як мінімум, аналітична обробка моделей потрібна для формування висновків або суджень, що відносяться до поставлених завдань,*

¹¹¹ Evans, Jonathan St BT, David E. Over, and Simon J. Handley. "A theory of hypothetical thinking." Thinking: psychological perspectives on reasoning, judgment and decision making (2003), 392 p. Chapter 1 [4]

¹¹² Evans, J. S. B. T. (2007). Essays in cognitive psychology. Hypothetical thinking: Dual processes in reasoning and judgement. New York, NY, US: Psychology Press; Evans, Jonathan St BT, David E. Over, and Simon J. Handley. "A theory of hypothetical thinking." Thinking: psychological perspectives on reasoning, judgment and decision making (2003), 392 p.

*але більш активне втручання може призвести до модифікації або заміни моделей за замовчуванням, що генеруються евристичною системою”.*¹¹³

За допомогою наведеної теореми її автори доводять, що процес формування наших міркувань та суджень (мова йде перш за все про гіпотетичні міркування, що можуть виражатись в таких формах, як перевірка припущення, прогнозування настання певної події, прийняття рішень) відбувається за допомогою трьох принципів: принципу сингулярності, принципу релевантності та принципу достатності, а також ментальних моделей, що сформовані Системою 1, однак можуть бути змінені під впливом Системи 2.

Одним з авторів теорії гіпотетичного мислення, Джонатан Еванс, пояснює¹¹⁴ вказані принципи наступним чином:

- Відповідно до принципу сингулярності, ми розглядаємо одну гіпотезу за один раз і підтримуємо її, поки не знайдемо вагому причину відмовитися від неї. Вказане пов'язане з обмеженнями у наших когнітивних ресурсах, які дозволяють інтуїтивній системі забезпечувати людину однією ментальною моделлю за один раз.
- Принцип релевантності стосується генерації евристичною системою таких ментальних моделей і гіпотез, що є найбільш релевантними для поставленої людиною мети. Основою цього принципу є схильність інтуїтивного типу

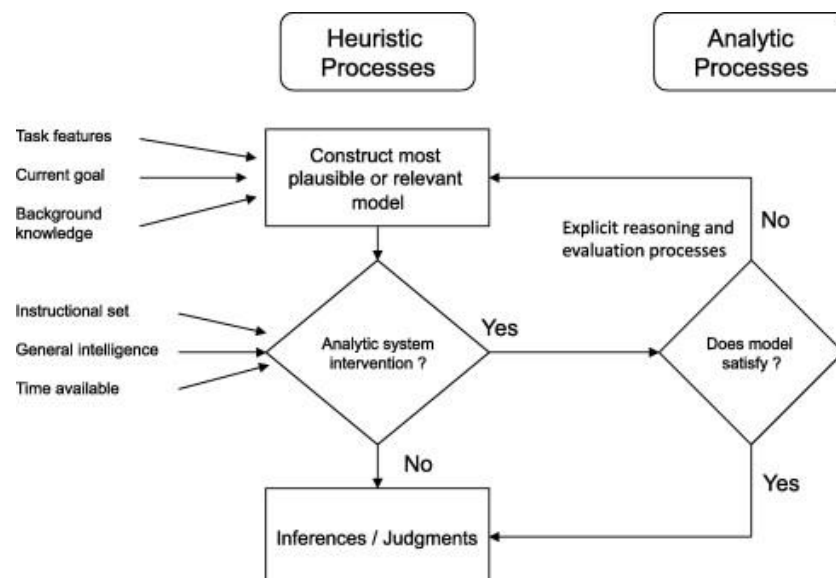
¹¹³ Evans, Jonathan St BT. "The heuristic-analytic theory of reasoning: Extension and evaluation." *Psychonomic Bulletin & Review* 13.3 (2006): 378-395. [378]

¹¹⁴ Evans, J. S., Over, D. E. and Handley, S. J. (2005). A Theory of Hypothetical Thinking. In *Thinking: Psychological Perspectives on Reasoning, Judgment and Decision Making* (eds D. Hardman and L. Macchi). [18-19]; Evans, Jonathan St BT. "The heuristic-analytic theory of reasoning: Extension and evaluation." *Psychonomic Bulletin & Review* 13.3 (2006): 378-395. [379-80]

сприйняття до контекстуалізації всіх проблем з відсилкою до здобутих релевантних знань, а також цілей, які переслідує особа.

- Принцип достатності означає, що через рефлексивну систему відбувається оцінка ментальної моделі на предмет того, чи обрана модель в достатній мірі задовольняє мету, яку поставив перед собою суб'єкт сприйняття.

Схема гіпотетичної моделі, через яку відбувається застосування принципів та ментальних моделей, наведена у Таблиці 2.



Таблиця 2. Схема гіпотетичної моделі. Джерело: Pierre Barrouillet, *Dual-process theories of reasoning: The test of development*, *Developmental Review*, Volume 31, Issues 2–3, 2011, Pages 151-179

За допомогою теорії гіпотетичного мислення було доведено, що при формуванні наших суджень та міркувань, ми покладаємось на ментальні моделі (стани переконань та знань),¹¹⁵ які формуються під впливом інтуїтивної системи та системи адаптивних механізмів (евристиків) та застосовуються усталено, якщо

¹¹⁵ Evans, Jonathan St BT. "The heuristic-analytic theory of reasoning: Extension and evaluation." *Psychonomic Bulletin & Review* 13.3 (2006): 378-395. [381]

рефлексивний тип сприйняття (Система 2) не втручається в процес обрання моделі.

Факторами, які впливають на ймовірність втручання рефлексивної системи у зміну усталеного механізму (“за замовчуванням”) є пізнавальні здібності (робоча пам'ять); слідування інструкціям щодо застосування абстрактних та логічних міркувань в ході формування суджень чи прийняття рішення, та наявність достатньої кількості часу для формування судження чи прийняття рішення (значні обмеження в часі для формування суджень та прийняття рішень сприяють застосуванню людиною типових ментальних моделей).¹¹⁶

Продемонструвати застосування теорії гіпотетичного мислення і роботи ментальних моделей, сформованих під впливом евристик можна на наступному прикладі. В ході дослідження впливу вірувань та переконань на людське сприйняття було виявлено, що людині притаманна систематична *упередження викликане вірою* (belief bias), тобто схильність погоджуватись чи відхиляти аргумент іншої сторони не залежно від їх правильності, а залежно від того, наскільки висновки вказаних аргументів відповідають віруванням та переконанням особи, яка формує своє судження про них.¹¹⁷

Під впливом упередження викликане вірою, в процесі гіпотетичного мислення інтуїтивне сприйняття підбирає таку ментальну модель, яка включає або виключає представлений висновок в залежності від того, наскільки він є правдоподібним. Через дію принципу релевантності, когнітивні процеси в

¹¹⁶ Evans, Jonathan St BT. "The heuristic-analytic theory of reasoning: Extension and evaluation." Psychonomic Bulletin & Review 13.3 (2006): 378-395. [382]

¹¹⁷ Benjamin Martin Bly, David E. Rumelhart. Cognitive Science [Електронний ресурс] // Academic Press. — 1999. — Режим доступу до ресурсу: https://books.google.com.ua/books?id=utBd6yh3NyUC&printsec=frontcover&hl=ru&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false. (дата звернення від 28.05.2018);

такому разі генерують модель, яка найкраще узгоджується з попередніми віруваннями та переконаннями особи (як показуються дослідження, люди більш схильні шукати протилежні приклади, якщо вони не вірять у наведений висновок). Під впливом упередження викликаного вірою, людина схильна формувати судження та міркування, які будуть відповідати вже сформованій ментальній моделі без перевірки її достовірності.¹¹⁸

Знання про існування ментальних моделей, які впливають на формування наших міркувань та суджень, що формуються за допомогою інтуїтивного сприйняття та часто не піддаються зміні за допомогою рефлексивного сприйняття (фактично раціонального сприйняття, про яке говорить економічна теорія) кардинально змінюють та роблять вразливою економічну модель, відповідно до якої, людина завжди за допомогою аналізу витрат-вигод може оцінити всі альтернативні варіанти та обрати ту з альтернатив, яка максимізує її блага.

Далі, ми більш детально поговоримо про те, чому людина використовує евристики та як вони впливають на людську раціональність, силу волі та егоїстичність (складові економічної моделі).

2.2. *Економічна модель поведінки особи через призму когнітивних обмежень*

Відкриття та дослідження двох типів сприйняття дозволили по новому підійти до аналізу поведінки людини в контексті права. Зокрема, теорія існування двох типів сприйняття разом з теорією гіпотетичного мислення піддали сумніву постулати економічної парадигми про те, що людина при формуванні суджень

¹¹⁸ Evans, Jonathan St BT. "The heuristic-analytic theory of reasoning: Extension and evaluation." *Psychonomic Bulletin & Review* 13.3 (2006): 378-395. [390]

та прийнятті рішень систематично керується раціональними мотивами та довели, що з огляду на оптимізацію витрат когнітивного ресурсу, людина переважно більшість часу (на думку Джорджа Лакоффа і Марка Джонсона, 95% і більше всього часу сприйняття)¹¹⁹ перебуває під контролем інтуїтивної системи сприйняття.

Можливо, вказані поведінкові відкриття залишились би лише надбанням психології і не мали б впливу на економічний аналіз права, якби у другій половині XX століття не з'явився цілий напрямок в економіці, який почав досліджувати економічні явища та процеси за допомогою напрацювань поведінкової науки. Представники новоствореного напрямку, який в літературі отримав назву "*поведінкова економіка і право*" (*behavioral law and economics*)¹²⁰ не стали заперечувати цінності та надбань економічного аналізу права, натомість, вирішили інтегрувати напрацювання поведінкової науки в економічну модель права та вдосконалити її передбачувані можливості.¹²¹

Подібно до економічного підходу, поведінкова економіка і право ставить перед собою два типи завдань - позитивні та нормативні:

¹¹⁹ Lakoff G. and Johnson, M. (1999). *Philosophy in the flesh: The embodied mind and its challenge to western thought*. Basic books, New York., xiv+624 [27]

¹²⁰ Cass R. Sunstein, Christine Jolls & Richard H. Thaler, "A Behavioral Approach to Law and Economics" (Coase-Sandor Institute for Law & Economics Working Paper No. 55, 1998). Zamir, Eyal, and Doron Teichman, eds. *The Oxford handbook of behavioral economics and the law*. Oxford University Press, USA, 2014. Sunstein, Cass R. "Behavioral Law and Economics. Cambridge series on judgment and decision making." (2000): 293-325. Jolls, Christine. *Behavioral law and economics*. No. w12879. National Bureau of Economic Research, 2007.

¹²¹ Набатова, О. О. "Поведінковий підхід до економічного аналізу права." *Економічна теорія та право* 4 (2015): 109-121. [113]

- позитивне завдання поведінкової економіки полягає у спробах пояснити через поведінкові дослідження економічну модель права. До питань, які досліджує позитивний поведінковий аналіз права можна віднести питання про те, як діють актори в правовій системі; якими мотивами керуються останні та які фактори впливають на їх судження та прийняті рішення; яка роль економічних та неекономічних стимулів в правовій системі, тощо;¹²²
- нормативне завдання поведінкової економіки і права полягає в тому, щоб не тільки дослідити і пояснити правову систему, а й визначати соціально бажаний результат елементів правової системи. За допомогою робочих моделей (які включають в себе, як економічні, так і поведінкові напрацювання), нормативний аналіз досліджує складові правової системи та надає рекомендації, яким чином вдосконалити елементи правової системи, щоб досягти соціально бажаного результату.¹²³

Використовуючи дослідженнями поведінкової науки про існування двох систем сприйняття та домінування інтуїтивної системи при формуванні людиною суджень, представники поведінкової економіки і права зосередили свою увагу на тому, як евристики (процес впливу інтуїтивного сприйняття) та когнітивні упередження (результат впливу інтуїтивного сприйняття) змінюють наші уявлення про поведінку людини та її раціональність. Так в економічній науці з'явився термін *“обмежена раціональність”*, *“обмежена сила волі”* та *“обмежена егоїстичність”*.¹²⁴

¹²² Cass R. Sunstein, Christine Jolls & Richard H. Thaler, "A Behavioral Approach to Law and Economics" (Coase-Sandor Institute for Law & Economics Working Paper No. 55, 1998). [3-4]

¹²³ Там само [3-4]

¹²⁴ Simon, Herbert A. "Theories of bounded rationality." Decision and organization 1.1 (1972): 161-176.; Cass R. Sunstein, Christine Jolls & Richard H. Thaler, "A Behavioral Approach to Law and Economics" (Coase-Sandor Institute for Law & Economics Working Paper No. 55, 1998). [6-10]

Далі більш детально буде проаналізовано кожне з вказаних обмежень.

2.2.1. Обмежена раціональність

Під обмеженою раціональністю слід розуміти модель поведінки, в якій сприйняття та поведінка людина знаходиться під впливом різноманітних евристик з огляду на те, що людські когнітивні здібності (пам'ять, увага) є обмеженими.¹²⁵ Хоча в попередньому підрозділі вже побіжно згадувалось про евристики в контексті інтуїтивного типу сприйняття, для цілей аналізу обмеженої раціональності, я більш детально зупинюсь на природі вказаного феномену та його ефекті на поведінку людини.

Термін “евристика” походить з давньогрецького “*heuriskein*”, що означає “знаходити” чи “пізнавати”.¹²⁶ В літературу з поведінкової економіки та права, термін “евристики” вперше був введений Даніелем Канеманом та Амосом Тверським у статті “Прийняття рішень при невизначеності: евристики та упередження” (Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases) (1974).¹²⁷ У вказаній статті, автори аналізують ефект на поведінку людини евристиків репрезентативності, доступності і прилаштування в ситуації невизначеності.

Jolls, Christine. "Behavioral economics and the law." *Foundations and Trends® in Microeconomics* 6.3 (2011): 173-263. [183]

¹²⁵ Gigerenzer, Gerd., and Christoph Engel. *Heuristics and the Law*. Cambridge, MA: MIT Press in cooperation with Dahlem University Press, 2006., [2]

¹²⁶ Hertwig, Ralph, and Thorsten Pachur. "Heuristics, history of." *International Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences*. Elsevier, 2015. 829-835. [829]

¹²⁷ Tversky, Amos, and Daniel Kahneman. "Judgment under uncertainty: Heuristics and biases." *science* 185.4157 (1974): 1124-1131.

Одним з досить поширених підходів до розуміння евристиків є наступне тлумачення: “[евристики це] когнітивні механізми, що автоматично застосовуються людиною та спрощують процес прийняття рішень. У цілому вони, базуючись на досвіді та узагальнюючи певні успішні у минулому пізнавальні дії, дозволяють давати швидкі відповіді, близькі до оптимальних. Замість проходження усього процесу аналізу та прийняття рішень людина одразу переходить до певного висновку, лише “впізнавши” ситуацію, в якій вона опинилася”.¹²⁸

Хоча вже понад 40 років представники поведінкового підходу досліджують вплив евристиків на поведінку людини, в поведінковій літературі відсутня однозначна відповідь на питання, чому людина при формуванні суджень використовує евристики. Традиційним підходом, який відстоюють представники поведінкової економіки і права (Касс Санстейн, Крістін Джолс) є судження про те, що людина використовує евристики у зв'язку з обмеженим когнітивним ресурсом. В такій інтерпретації, евристики розглядають як певні негативні механізми, які існують через обмежені когнітивні здібності людини та призводять до відхилень в судженнях та прийнятті ірраціональних (помилкових) рішень.¹²⁹

Іншої думки дотримуються автори книги “Евристики і Право” Крістофер Енгель та Герд Гігеренцер, які розглядають причини існування евристиків не з точки зору притаманних людській когнітивній системі обмежень, а з перспективи комплексного оточуючого середовища, в якому велика кількість ситуацій не може бути оптимізовані.¹³⁰

¹²⁸ Набатова, О. О. "Поведінковий підхід до економічного аналізу права." Економічна теорія та право 4 (2015): 109-121. [114]

¹²⁹ Gigerenzer, Gerd., and Christoph Engel. *Heuristics and the Law*. Cambridge, MA: MIT Press in cooperation with Dahlem University Press, 2006. [2]

¹³⁰ Там само [3]

В щоденному житті, ми регулярно стикаємось з необхідністю зробити вибір чи прийняти рішення в ситуації, в якій досить важко визначити найкращу з доступних альтернатив чи обрати той варіант, який буде максимізувати наші блага (наприклад, “чи довіряти людині”, “на кому одружитись”, тощо). В такому разі, саме евристики допомагають людині не розгубитись в пошуках гіпотетичних альтернатив і з допомогою доступної інформації та попереднього досвіду прийняти (оптимальне) рішення.¹³¹

Як доводять емпіричні дослідження (на прикладі дії евристики розпізнання), в швидкозмінному середовищі, евристики допомагають приймати оптимальні рішення, а володіння більшим об’ємом інформації може призвести навіть до помилкових суджень та рішень.¹³² За таких обставин, евристики не є чимось негативним, а навпаки - допомагають людині з мінімальними затратами формувати судження та примати рішення.

Вирішенням дискусії про те, що є причиною дії евристиків (обмежені когнітивні можливості чи середовище), може служити точна автора концепції обмеженої раціональності Герберта Саймона, який пояснюючи феномен обмеженої раціональності провів паралель між обмеженою раціональністю та парою ножиць:

*“раціональна поведінка людини формується за допомогою пари ножиць, леза яких є структурою завдання та обчислювальними можливостями актора”.*¹³³

¹³¹ Там само [3]

¹³² Goldstein, Daniel G. & Gigerenzer, Gerd (2002). Models of ecological rationality: The recognition heuristic. *Psychological Review* 109 (1):75-90. [83-84, 88]

¹³³ Gigerenzer, Gerd., and Christoph Engel. *Heuristics and the Law*. Cambridge, MA: MIT Press in cooperation with Dahlem University Press, 2006., [22]

Тобто, подібно до пари ножиць, роботу яких не можливо зрозуміти тільки через розуміння того як працює одне лезо, людську поведінку не можливо зрозуміти тільки через вивчення лише середовища, в якому діє людина, або через людські когнітивні здібності (обмеження), які притаманні особі.

Таким чином, можна дійти висновку, що вивчаючи поведінку людини слід враховувати не тільки закладені людською природою когнітивні обмеження, які впливають на формування наших суджень та прийняття рішень, а й середовище, в якому ми живемо. Більше того, вплив евристиків на людину може мати як негативних ефект (когнітивні упередження та помилкові судження), так і позитивний ефект (швидка адаптація до вихідних обставин та прийняття оптимальних рішень в ситуації невизначеності).

Наведене вище дозволяє нам краще зрозуміти поведінку і дії суб'єктів у правовій системі. Так, правова система по суті являє середовище, що визначає поведінку людини через встановлення меж дозволеної, обмеженої та забороненої поведінки. При цьому, (правове) середовище є тільки одним з факторів, що визначають поведінку людини. Іншим, не менш важливим фактором, є когнітивні здібності притаманні людині, що в кінці кінців формують наші судження та впливають на прийняті рішення.

В поведінці людини, евристики може себе проявляти через *якісну заміну* (attribute substitution), коли для оцінки та прийняття рішення у комплексної ситуації, людина підсвідомо замінює складне завдання більш легким. Вказане відбувається шляхом заміни характеристик завдання чи його окремих рис та вирішенням завдання з допомогою легкодоступних даних, якими володіє

особа.¹³⁴ Якісна заміна тісно пов'язана з *евристикою доступності*, схильністю людини робить поспішні узагальнення на основі доступної інформації.¹³⁵

Одним з прикладів, що може служити демонстрацією дії якісної заміни та евристики доступності може бути дослідження, в якому учасників експерименту просили передбачити вірогідність настання нещасного випадку. Дослідження проводилися серед кількох груп людей, частина з яких була очевидцями нещасного випадку або були проінформовані про такий випадок, а інша частина очевидцями нещасного випадку не були та не володіли інформацією про будь-який нещодавній інцидент.

Результати дослідження довели, що учасники експерименту, які володіли легкодоступною інформацією про нещасний випадок, були більш схильні значно перебільшувати вірогідність настання нещасного випадку в порівнянні до учасників, які не володіли легкодоступною інформацією про нещасний випадок.¹³⁶ Тобто, перша група учасників експерименту (несвідомо) перебувала під впливом якісної заміни та через евристику доступності робили поспішні узагальнення.

Евристики впливають на наше сприйняття через створення різноманітних когнітивних упереджень та відхилень. Серед понад 150 когнітивних упереджень

¹³⁴ Kahneman, Daniel & Frederick, Shane (2005). A model of heuristic judgment. In K. Holyoak & B. Morrison (eds.), *The Cambridge Handbook of Thinking and Reasoning*. Cambridge University Press. pp. 267—293 [269]

¹³⁵ Tversky, Amos & Kahneman, Daniel (1973). Availability: A heuristic for judging frequency and probability. *Cognitive Psychology* 5 (2):207-232;

¹³⁶ Набатова, О. О. "Поведінковий підхід до економічного аналізу права." *Економічна теорія та право* 4 (2015): 109-121. [113]; Tversky, Amos & Kahneman, Daniel (1973). Availability: A heuristic for judging frequency and probability. *Cognitive Psychology* 5 (2):207-232

та відхилень, які вже були зафіксовані станом на 2017 рік,¹³⁷ в контексті застосування напрацьовань поведінкового підходу до розуміння правового підходу, слід більш детально зупинитись на аналізі таких упередження як мислення на користь бажаного (self-serving bias); упередження в оптимізмі (optimism bias) та відхилення хайнсайту (hindsight bias).¹³⁸

Упередження мислити на користь бажаного полягає в тому, що людина більш схильна сприймати інформацію як достовірну у разі, якщо така інформація покращить її становище.¹³⁹ Тобто, “*схильність мислити на користь бажаного призводить до інтерпретації фактів не відповідно до реальних даних, а залежно від бажаних результатів*”.¹⁴⁰ Схильність мислити на користь бажаного може виражатись у таких формах: схильність людини приписувати собі успішний результат, а невдачу перекладати на інших; схильність людини переоцінювати власні здібності; схильність людини займатись самообманом для забезпечення власних інтересів; схильність до переоцінки вірогідності настання бажаної події та недооцінка вірогідності настання негативної події.¹⁴¹

¹³⁷ Pykett, Jessica, et al. Neuroliberalism: behavioural government in the twenty-first century [Електронний ресурс] // Routledge. – 2017. – Режим доступу до ресурсу: https://books.google.com.ua/books?id=l-80DwAAQBAJ&printsec=frontcover&hl=ru&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false. (дата звернення від 28.05.2018);

¹³⁸ Christine Jolls (2011), "Behavioral Economics and the Law", Foundations and Trends® in Microeconomics: Vol. 6: No. 3, pp 173-263.

¹³⁹ Farnsworth, Ward. "The legal regulation of self-serving bias." UC Davis L. Rev. 37 (2003): 567. [2]

¹⁴⁰ Набатова, О. О. "Поведінковий підхід до економічного аналізу права." Економічна теорія та право 4 (2015): 109-121. [114]

¹⁴¹ Farnsworth, Ward. "The legal regulation of self-serving bias." UC Davis L. Rev. 37 (2003): 567. [3]

Перебуваючи під впливом інтуїтивного типу сприйняття та упередження мислити на користь бажаного, суб'єкти в правовій системі схильні діяти ірраціонально та навіть завдавати цим самим собі шкоди. Так, під впливом наведеного упередження, сторони судового процесу можуть інтерпретувати одну й ту ж саму інформацію по-різному залежно від їх ролі в процесі (позивачі, порівняно з відповідачами, мають більш оптимістичні міркування щодо прийняття судового рішення на їхню користь),¹⁴² та під впливом хибного оптимізму приймають поспішні рішення в судовому процесі (відхиляють вигідну для них мирову угоду, нераціонально інвестують значні матеріальні та нематеріальні ресурси в судовий процес, тощо).

Іншим упередженням притаманним поведінці людині є *відхилення в оптимізмі*, тобто переоцінки вірогідності настання хорошої події та недооцінка вірогідності настання небажаної події.¹⁴³ Одним з перших експериментів, які довели існування вказаного відхилення було опитування студентів, в якому учасників експерименту попросили оцінити вірогідність настання дорожньо-транспортної пригоди (1) за їхньої участі та (2) за участі інших студентів. Як показали дослідження, більшість опитуваних систематично переоцінювали власні навички водіння авто (вважаючи, що їхні навички водіння авто є вище середнього), та, відповідно, недооцінювали власні шанси потрапити в дорожньо-транспортну пригоду в порівнянні до інших студентів (у разі, якщо б оцінка студентами своїх навичок була справді правильною, середньостатистичний показник навичок водіння авто та вірогідності настання дорожньо-транспортної пригоди повинен був бути інший).¹⁴⁴

¹⁴² Farnsworth, Ward. "The legal regulation of self-serving bias." UC Davis L. Rev. 37 (2003): 567. [12-13]

¹⁴³ Bar-Gill, Oren. "The evolution and persistence of optimism in litigation." Journal of Law, Economics, and Organization 22.2 (2005): 490-507. [503]

¹⁴⁴ DeJoy, David M. "The optimism bias and traffic accident risk perception." Accident Analysis & Prevention 21.4 (1989): 333-340. [338]

Дослідження, що підтвердили існування відхилення в оптимізмі дають можливість краще зрозуміти природу вчинення правопорушень через необережність. Так, будучи під впливом відхилення в оптимізмі, суб'єкти в правовій системі можуть переоцінювати власні здібності та не вживати необхідних мір безпеки, що призводить до настання шкідливих наслідків.

Так, перебуваючи під впливом інтуїтивного типу сприйняття та упередження в оптимізмі, споживачі схильні детально не вивчати правила користування товаром. Вказане може призвести до негативних наслідків для споживачів у формі завдання їм шкоди. В такому разі, споживачі можуть звернутись до суду про накладення на виробника спожитої продукції відповідальності за завдану їм шкоду, однак, схильність до оптимізму не є причиною, яка безапеляційно свідчитиме про необхідність задоволення вимог споживачів.

Якщо виробник створив товар належної якості та повідомив про всі можливі ризики споживача, в задоволенні позову може бути відмовлено. Саме такого висновку дійшли американські суди у справах *Skyhook Corp. v. Jasper, Sherk v. Daisy-Heddon ma Dugan v. Sears, Roebuck & Co*, відмовивши в задоволенні позовів споживачів до виробників продукції з обґрунтуванням, що споживачі не дотримались мінімальних мір безпеки та проігнорували застереження у використанні придбаних виробів.¹⁴⁵

Водночас, не слід вважати, що відхилення в оптимізмі носить тільки негативний характер. Як вже зазначалось раніше, ірраціональна з традиційної економічної точки поведінка, може вважатись найбільш оптимальною та раціональною поведінкою в комплексній ситуації. Наприклад, дослідження поведінки акторів

¹⁴⁵ Luppi, Barbara, and Francesco Parisi. "Beyond Liability: Correcting Optimism Bias Through Tort Law." *Queen's LJ* 35 (2009): 47. [4-5]

в досудовому процесі свідчить про те, що відхилення в оптимізмі з причин переоцінки власної правової позиції може сприяти досягненню кращих результатів в ході мирного врегулювання спору.¹⁴⁶

Іншим когнітивним упередженням, яке притаманне людині, є *відхилення хайнсайту* (hindsight bias).¹⁴⁷ Досить часто, після того як настала подія, люди починають стверджувати, що передбачали її настання. Однак, якщо попросити таких людей перебачити вказану подію до її настання, останні будуть менш впевнені в своїх передбаченнях. Така схильність людей переоцінювати власні здібності спрогнозувати настання події вже після її настання отримала назву *відхилення хайнсайту*.¹⁴⁸

Відхилення хайнсайту проявляється в таких формах поведінки: збільшення сприйняття неминучості (*“це повинно було статись!”*), збільшення почуття передбачуваності (*“я відчував, що це станеться!”*) та спотворення пам’яті (*“Я передбачив, що це станеться”*). Однією з причин існування відхилення хайнсайту є процес пошуку причинно-наслідкового зв’язку. Людині притаманне бажання пізнати явища і події, що відбуваються у світі. Однак, при пошуку пояснення тих чи інших подій, людина схильна зосереджуватись саме на минулих подіях, що узгоджуються з її розумінням причин настання події,

¹⁴⁶ Bar-Gill, Oren. "The evolution and persistence of optimism in litigation." *Journal of Law, Economics, and Organization* 22.2 (2005): 490-507.

¹⁴⁷ Fischhoff, B. (1975). Hindsight is not equal to foresight: The effect of outcome knowledge on judgment under uncertainty. *Journal of Experimental Psychology: Human Perception and Performance*, 1(3), 288-299.

¹⁴⁸ Arkes, Hal R., et al. "Eliminating the hindsight bias." *Journal of applied psychology* 73.2 (1988): 305-307 [305]

водночас приділяючи мало уваги чи ігноруючи ті фактори, які не відповідають/суперечать уявленню про причини настання події.¹⁴⁹

В правовій системі ми часто стикаємось із необхідністю встановлення причин настання події *ex post* і саме в таких ситуаціях може проявлятися відхилення хайнсайту. Наприклад, в кримінальному процесі, для того, щоб кваліфікувати діяння особи як злочинну недбалість, необхідно довести, що особа, яка вчинила діяння, повинна була і могла передбачити настання суспільно небезпечних наслідків свого діяння (ст. 25 Кримінального кодексу України).¹⁵⁰

Тобто, перед судом стоїть завдання встановити вже після настання самої події, чи обвинувачений міг передбачити настання негативних суспільних наслідків від діяння. Оскільки подія (вчинення злочину, замах) вже настала, то можна припустити, що судді під впливом відхилення хайнсайту можуть переоцінювати здібності обвинуваченого передбачити суспільно небезпечні наслідки діяння та помилково винести обвинувальний вирок.

Наведене вище припущення було вже неодноразово доведено в ході емпіричних досліджень.¹⁵¹ Одним з таких досліджень став експеримент, який проводився серед вісімдесят чотирьох суддів німецьких суддів. Учасників експерименту

¹⁴⁹ Oeberst, Aileen, and Ingke Goeckenjan. "When being wise after the event results in injustice: Evidence for hindsight bias in judges' negligence assessments." *Psychology, Public Policy, and Law* 22.3 (2016): 271. [276]

¹⁵⁰ Кримінальний кодекс України. Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2001, № 25-26, ст.131 [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2341-14> (дата звернення від 28.05.2018);

¹⁵¹ Oeberst, Aileen, and Ingke Goeckenjan. "When being wise after the event results in injustice: Evidence for hindsight bias in judges' negligence assessments." *Psychology, Public Policy, and Law* 22.3 (2016): 271.; Rachlinski, Jeffrey J. "A positive psychological theory of judging in hindsight." *The University of Chicago Law Review* 65.2 (1998): 571-625.; Arkes, Hal R., et al. "Eliminating the hindsight bias." *Journal of applied psychology* 73.2 (1988): 305-307;

поділили на дві групи: першій групі суддів надали справу без результату її розгляду, а другій групі надали справу вже з результатом її розгляду іншими суддями та попросили учасників експерименту (1) встановити чи мала місце злочинна недбалість; (2) ухвалити вирок у справі.

В ході дослідження було встановлено, що судді, які знали про результат розгляду справи були більш схильні, в порівнянні до суддів без інформації про результати розгляду, встановити злочинну недбалість та ухвалити обвинувальний вирок.¹⁵²

Іншими словами, в ході дослідження було доведено, що після настання події (винесення судового рішення іншим суддею), учасники експерименту-судді, перебуваючи під впливом ментальної моделі сформованої інтуїтивним типом сприйняття та упередження хайнсайту, були схильні встановлювати вищу вірогідність можливості передбачити настання суспільно небезпечних наслідків та ухвалювати обвинувальні вироки.

Таким чином, за допомогою поведінкової економіки було продемонстровано вразливість теорії раціонального вибору, та в ході емпіричних досліджень доведено притаманну людині систематичну обмеженість в раціональності при формуванні нею суджень та прийнятті рішень.

2.2.2. *Обмежена сила волі*

Термін “*сила волі*” найбільш часто вживають як синонім до поняття “*самоконтроль*”, тобто, здатності людини утриматись від привабливої для неї діяльності/поведінки заради альтернативи, яка для особи є пріоритетною, при

¹⁵² Oeberst, Aileen, and Ingke Goeckenjan. "When being wise after the event results in injustice: Evidence for hindsight bias in judges' negligence assessments." *Psychology, Public Policy, and Law* 22.3 (2016): 271. [276];

чому такою альтернативою може бути будь-яка діяльність, починаючи від заощадження коштів і закінчуючи підтримкою здорового способу життя.¹⁵³

Одним з факторів, які впливають на обмеження в силі волі є час, адже в різний період часу, одна і та сама діяльність може бути як корисною, так і навпаки, мати негативні наслідки. Однак, складність феномену сили волі полягає в тому, що самоконтроль та, відповідно, надання переваги одній з можливих альтернатив в значній мірі залежить не тільки від часового фактору, але й від індивідуальних мотивів людини та обставин, за яких людина приймає рішення.

Так, за допомогою поведінкових досліджень було доведено, що на самоконтроль в процесі прийняття людиною рішень впливають такі фактори, як невизначеність у майбутньому, змінні обставини у життєвому циклі, ризик смерті, дисконт-фактор.¹⁵⁴ На прикладі останнього, дисконт-фактору, може продемонструвати визначальний вплив інтуїтивної системи на нашу поведінку та брак сили волі людини при виборі між альтернатив.

*“Ефект дисконтування полягає у наданні більш високих переваг поточним благам порівняно з майбутніми, у результаті чого люди діють так, щоб уникнути короткострокових втрат, які вони “не люблять” більше, ніж “люблять” довгострокові вигоди. Обмеженість сили волі проявляється в тому, що люди часто здійснюють певні дії навіть розуміючи, що наслідки цих дій не відповідають їх власним довгостроковим інтересам. Тому вони згодні підтримати колективні дії, які б усували цей недолік, зокрема, [через] впровадження певних юридичних норм”.*¹⁵⁵

¹⁵³ Lee Anne Fennell, "Willpower and Legal Policy" (John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper No. 473, 2009). [2];

¹⁵⁴ Там само [3];

¹⁵⁵ Набатова, О. О. "Поведінковий підхід до економічного аналізу права." Економічна теорія та право 4 (2015): 109-121. [115];

Загалом, дослідження свідчать, що люди усвідомлюють фактори, які впливають на обмеження їхньої сили волі, та навіть схильні встановлювати різноманітні самообмеження для запобігання негативним наслідкам через брак сили волі. Наприклад, у XX столітті були зафіксовані випадки, коли для ефективного заощадження коштів, громадяни США клали гроші на спеціальний рахунок і отримували їх назад лише перед Різдвом. Хоча ці рахунки були безпроцентними, вони стали популярними як частина стратегії зі збільшення заощаджень, що допомагала вирішувати проблему недостатнього самоконтролю.¹⁵⁶

Дослідження обмежень у силі волі людини стали причиною активних дискусій щодо необхідності зміни публічної політики та правового регулювання з метою сприяння прийняттю особою раціонального (правильного) рішення у ситуації, коли особа під впливом обмеженої сили волі не здатна сама прийняти таке рішення.¹⁵⁷ Наведене призвело до виникнення “м’якого патерналізму”, про який детально буде йти мова в третьому розділі даної роботи.

2.2.3. *Обмежена егоїстичність*

При аналізі поведінки особи, традиційний економічний підхід використовує теорію цін, відповідно до якої, при прийнятті рішень, особа керується власними інтересами та егоїстичними мотивами заради максимізації благ. При цьому, фактори чесності і справедливості розглядаються серед індикаторів економічної моделі, що не мають вирішального значення для прийняття особою рішення. Однак, як демонструють поведінкові дослідження (наприклад, у сфері нейроекономіки), особі притаманна обмежена егоїстичність, а саме при

¹⁵⁶ Ілляшенко, Павло. "Поведінкові фінанси: історичний огляд і основні засади." Вісник Національного банку України 239 (2016): 30-57. [42];

¹⁵⁷ Bernheim, B. Douglas, and Antonio Rangel. Choice-theoretic foundations for behavioral welfare economics. NY: Oxford University Press, 2008. [265];

прийнятті рішення, фактор чесності та справедливості можуть переважати серед мотивів прийняття рішення навіть у випадку, якщо вказане призведе до збільшення ціни прийнятого рішення.¹⁵⁸

Хоча самі поняття чесності та справедливості є абстрактними та у великій мірі залежать від суб'єктивної інтерпретації їх акторами, поведінкова економіка визначає, що люди будуть оцінювати результати як несправедливі, якщо вони значно відхиляються від умов “*референтної транзакції*” (reference transaction)-транзакції, яка визначає референтний показник для взаємодії сторін.¹⁵⁹ Референтний показник тісно зв'язаний з концепцією взаємності: якщо поведінка однієї людини до іншої є щирою та справедливою, інша людина схильна відповідати тим же, навіть у разі, якщо з економічної точки зору така поведінка є не вигідною та не відповідає егоїстичним мотивам особи і навпаки, відповіддю на несправедливу та нечесну поведінку людини буде така ж поведінка чи навіть гірша.¹⁶⁰

Одним з хрестоматійних експериментів, на основі якого представники поведінкового підходу демонструють обмежену егоїстичність є гра “Ультиматум”. За правилами вказаної гри, два учасники повинні поділити між собою певну суму коштів. Один з гравців має повну свободу визначити спосіб розподілу грошей, а інший учасників володіє правом або прийняти пропозицію чи відхили її. У разі, якщо другий учасник не погоджується з пропозицією першого, за правилами гри кошти ніхто не отримує.

¹⁵⁸ Chorvat, Terrence R. and McCabe, Kevin A. and Smith, Vernon L., Law & Neuroeconomics (February 2004). George Mason Law & Economics Research Paper No. 04-07 [6];

¹⁵⁹ Christine Jolls (2011), "Behavioral Economics and the Law", Foundations and Trends® in Microeconomics: Vol. 6: No. 3, pp 173-263 [191];

¹⁶⁰ Bosse, Douglas & Phillips, Robert. (2016). Agency Theory and Bounded Self-Interest. The Academy of Management Review. [4];

“Як було показано в поведінкових дослідженнях, в середньому пропонована сума коливається навколо половини (50 %) від загальної кількості грошей; найчастіше явно невигідні пропозиції (менше 20 %) неминуче відкидаються навіть у тих випадках, коли запропонована сума перевищує місячний дохід гравця. З точки зору класичної економіки така поведінка нерациональна, адже невелика сума грошей все ж краще, ніж їх відсутність.

*Таким чином, можна припустити, що респондент, якому робиться невигідна пропозиція, відчуває конфлікт між раціональною та емоційною поведінкою: раціональний підхід передбачає прийняття пропозиції, тоді як емоції вимагають відмовитися від неї через несправедливість розподілу грошей”.*¹⁶¹

В ході дослідження мозкових процесів учасників гри “Ультиматум” в учасників спостерігались активні зміни на корі головного мозку. Зокрема, у випадку несправедливого розподілу, в учасників, які повинні були прийняти чи відмовитись від прийняття пропозиції, спостерігались активації островкової кори, лобної кори правої півкулі і поясної борозни, які відповідають за обробку негативної інформації, а також спостерігаються при запуску когнітивних процесів самоконтролю і при внутрішніх конфліктах відповідно. *“Особливої уваги заслуговує той факт, що за співвідношенням активності островкової і лобної кори можна передбачити, буде отримана гравцем пропозиція прийнята або відхилена. Якщо несправедлива пропозиція відкидалася, то спостерігалася більш сильна активація островкової кори, тоді як у випадку прийняття несправедливої пропозиції, навпаки, велика активація спостерігалася в лобній корі”.*¹⁶²

¹⁶¹ Бакаленко, О. А. Емоційна складова в механізмі прийняття рішень, пов'язаних з ризиком / О. А. Бакаленко // Вісник Харківського університету. Сер. Теорія культури і філософія науки. – Харків, 2014. – № 1092, – С. 186–190. [188];

¹⁶² Там само [188];

Хоча обмежена егоїстичність є лише побічно релевантною для економічного аналізу права, вказані дослідження доводять важливість фактору чесності та справедливості для поведінки людини та прийняття нею рішень. Відкриття обмеженої егоїстичності дозволяє краще зрозуміти як діє людина у правовій системі і навіть можуть пояснити той факт, чому людина заради чесності та справедливості інколи може пожертвувати навіть своїм життям.

Далі, я більш детально зупинюсь на застосуванні поведінкових відкриттів для аналізу функціонування судового процесу, як частини правової системи.

2.3. *Поведінковий підхід: судовий процес*

Економічна модель судового процесу визначає однією з головних цілей судового процесу ефективний розподіл обмеженого ресурсу між особами. Економічний підхід виходить з того, що учасники судового процесу діють раціонально та, керуючись егоїстичними мотивами, обирають ту з альтернатив, яка буде максимізувати їхні блага (див. підрозділ 1.3 вище).

Хоча поведінковий підхід не ставить під сумнів економічні цілі судового процесу, відкриття поведінкової науки дозволили набагато краще пізнати, як людина сприймає інформацію, формує судження та приймає рішення. Більше того, саме за допомогою поведінкового підходу було емпірично доведено, що людська раціональність, сила волі та егоїстичність є обмеженими та постійно перебувають під впливом ментальних моделей, що формуються за допомогою евристиків.

Образ людини з обмеженою раціональністю, обмеженою силою волі та обмеженою егоїстичністю, яка перебуває під впливом евристиків, дозволяє нам

по іншому підійти до розуміння судового процесу як елементу правової системи, що орієнтується на традиційну економічну модель. Володіючи інформацією про те, які когнітивні фактори впливають на формування суджень людини та прийняття нею рішень, ми можемо краще зрозуміти суб'єктів судового процесу, як на них впливає правова система і як вони впливають на правову систему. Тобто, з допомогою поведінкового підходу, ми не тільки пізнаємо саму людину в судовому процесі та правовій системі, але й починаємо розуміти “новий вимір” впливу правових механізмів у нашому житті.

Далі, орієнтуючись на поведінковий аналіз судового процесу, запропонований Крістофером Енгелем та Гердом Гігеренцером в книзі “Евристики і Право”,¹⁶³ я з допомогою поведінкових досліджень спробую у досить стислій формі застосувати поведінковий аналіз до аналізу стадій судового процесу та дій акторів в ньому.

2.3.1. *Поведінковий підхід: ініціювання судового процесу*

У Груповій Доповіді про роль евристиків в судовому процесі виділяють п'ять складових (етапів) цивільного судового процесу (для характеристики судового процесу як в континентальній системі на прикладі США, так і для характеристики судового процесу в романо-германській системі на прикладі Німеччини). На першому, досудовому етапі, юристи та потенційні учасники судового процесу обирають справу для судового розгляду. Далі, якщо справа обрана, відбувається її підготовка для подачі до суду (другий етап). На третьому та четвертому етапі відбувається попереднє судове засідання та розгляд справи по суті (дослідження доказів, дослідження всіх обставин справи та винесення судового рішення). На останньому етапі, сторони, які не згодні із винесеним

¹⁶³ Gigerenzer, Gerd., and Christoph Engel. *Heuristics and the Law*. Cambridge, MA: MIT Press in cooperation with Dahlem University Press, 2006 [343-377];

судовим рішенням, можуть оскаржити його, ініціювавши апеляційний розгляд.¹⁶⁴

В ході перелічених етапів, сторони судового процесу формують судження щодо правової позиції, приймають рішення (про ініціювання, продовження та припинення судового розгляду), а також вчиняють різноманітні юридично значимі дії (за власною ініціативою, вимогою суду, тощо). З огляду на те, як працюють людські когнітивні процеси під час формування суджень, прийняття рішень і вчинення дій, учасники судового процесу, як вже неодноразово демонструвалось в даній роботі, перебувають під впливом інтуїтивного типу сприйняття та евристиків, що можуть як допомагати у прийнятті рішення, так і призводити до різноманітних когнітивних упереджень та відхилень.

Так, на *етапі до ініціювання судового процесу*, юристи та потенційні учасники судової справи вирішують питання про те, чи ініціювати судовий процес. Відповідно до традиційної економічної нормативної моделі, на основі теорії очікуваної корисності можна припустити, що учасники судового процесу, керуючись раціональними міркуваннями, будуть обирати той варіант дій, який буде мінімізувати їхні витрати та максимізувати блага. Тобто, тільки у разі якщо ініціювання судового процесу принесе більше благ ніж мирне врегулювання спору, юристи та потенційні учасники судового процесу будуть ініціювати судову справу (*детально про економічний аналіз судового процесу – див. підрозділ 1.3. розділу I*).

Однак, як доводять поведінкові дослідження, окрім раціональних суджень, на юристів та потенційних учасників справи впливають такі когнітивні фактори як оптимізм, недооцінка настання негативної події (див. розділ 2.2.2 вище),

¹⁶⁴ Gigerenzer, Gerd., and Christoph Engel. *Heuristics and the Law*. Cambridge, MA: MIT Press in cooperation with Dahlem University Press, 2006 [351];

новизна, евристика доступності (*тенденція до оцінювання ймовірності події на основі того, якою розповсюдженою і знайомою вона є у нашому житті*)¹⁶⁵ евристики прив'язки та коригування (*тенденцією до надання занадто великого значення першому наявному фрагменту інформації під час оцінки*),¹⁶⁶ ефект фремінгу (*залежності вибору людини від малозначущих аспектів опису ситуації, в якій він робиться*)¹⁶⁷ та інші когнітивні відхилення.¹⁶⁸

Приймаючи рішення про те, чи ініціювати судовий розгляд, особа опиняється в ситуації невизначеності. Особа зважує ризики (ризик програшу, надмірних витрат, тощо) виходячи з доступної для неї інформації та сформованих альтернатив. При цьому, в залежності від того як будуть сформульовані майбутні перспективи судового розгляду (наприклад, як втрати чи як прибуток) залежить, чи особа вирішить ініціювати справу (позивач), брати участь у справі (позивач, відповідач) чи припинити судовий розгляд (позивач, відповідач). Наведене було доведене з допомогою *теорії перспектив*¹⁶⁹ і численними емпіричними дослідженнями.¹⁷⁰

¹⁶⁵ Ілляшенко, Павло. "Поведінкові фінанси: історичний огляд і основні засади." Вісник Національного банку України 239 (2016): 30-57. [41]

¹⁶⁶ Там само [41]

¹⁶⁷ Капелюшников, Р. И. Поведенческая экономика и новый патернализм [Текст] : препринт WP3/2013/03 / Р. И. Капелюшников ; Нац. исслед. ун-т "Высшая школа экономики". – М. : Изд. дом Высшей школы экономики, 2013. – 76 с. – (Серия WP3 "Проблемы рынка труда"). [24]

¹⁶⁸ Gigerenzer, Gerd., and Christoph Engel. *Heuristics and the Law*. Cambridge, MA: MIT Press in cooperation with Dahlem University Press, 2006 [352]

¹⁶⁹ Tversky, Amos, and Daniel Kahneman. "Advances in prospect theory: Cumulative representation of uncertainty." *Journal of Risk and uncertainty* 5.4 (1992): 297-323.

¹⁷⁰ Wistrich, Andrew J., and Jeffrey J. Rachlinski. "How lawyers' intuitions prolong litigation." *S. Cal. L. Rev.* 86 (2012): 571. Korobkin, Russell, and Chris Guthrie. "Psychological barriers to litigation settlement: An experimental approach." *Michigan Law Review* 93.1 (1994): 107-192.

Технічна сторона теорії перспектив пояснюється через наступні відмінності від стандартної теорії очікуваної корисності: 1) залежністю від референтної точки; 2) неприйняттям втрат; 3) спадною відчутністю (функція цінності є увігнутою по відношенню до виграшів і випуклою по відношенню до програшу, так що її чутливість по відношенню до першого та другого зменшується в міру віддалення від референтної точки); 4) переважуванням ймовірностей (агенти переважають ймовірності таким чином, що переоцінюють шанси малої ймовірності і недооцінюють шанси високої ймовірності результатів).¹⁷¹

Теорія перспектив застосовується в два етапи: (1) фреймування/редагування та (2) оцінка. На першому етапі, людина попередньо оцінює ситуацію, визначаючи ключові задачі та проблеми. Вказаний етап є визначальним, оскільки від нього залежить, яку інформацію буде взято до уваги, яким чином буде представлений вибір та його результати для особи, тощо. На другому етапі, особа оцінює та приймає вибір серед перспективних варіантів. Якщо одна з альтернатив явно переважає, особа схильна раціонально надати перевагу саме вказаній альтернативі. Але якщо однозначний вибір відсутній, особа повинна прийняти рішення на основі відносної оцінки доступних альтернатив. З огляду на те, що відсутня об'єктивна контрольна точка, яка буде визначати вибір, результати будуть вимірюватися з нейтральної референтної точки. Визначаючи точку відліку, визначаються і межі (фрейми), в яких буде здійснюватися оцінка альтернатив.¹⁷²

На основі теорії перспектив Даніель Канеман та Амос Тверські продемонстрували, що людина схильна оцінювати програш набагато сильніше,

¹⁷¹ Капелюшников, Р. И. Поведенческая экономика и новый патернализм [Текст] : препринт WP3/2013/03 / Р. И. Капелюшников ; Нац. исслед. ун-т "Высшая школа экономики". – М. : Изд. дом Высшей школы экономики, 2013. – 76 с. – (Серия WP3 "Проблемы рынка труда") [11]

¹⁷² DiPippa, John. "How Prospect Theory Can Improve Legal Counseling." UALR L. Rev. 24 (2001): 81. [88]

ніж виграш, та з огляду на вказане, зіткнувшись з ризиком втрати того, що у неї вже є, людина є більш схильна брати на себе ризик, ніж у випадку можливості здобути лише додаткову винагороду. Відштовхуючись від цього, залежно від того, як буде представлений вибір – як програш чи як виграш – може залежати і прийняте рішення.¹⁷³

Вказане теорема почала активно застосовуватись до аналізу та оцінки поведінки учасників судового процесу. Так, в ході досліджень поведінки акторів у судовому процесі було продемонстровано, що залежно від того, як сформульований вибір (вплив ефекту фреймінгу) - з точки зору прибутку або збитків - та з огляду на ту інформацію від якої відштовхується особа (ефект прив'язки та коригування), може мати критичний вплив на рішення юристів та потенційні/реальні учасники про мирне врегулювання спору або затяжну участь в судовому процесі.¹⁷⁴

Етап до ініціювання судового процесу має надзвичайно важливе значення, адже саме прийняте рішення на цьому етапі запускає наступні етапи судового процесу разом з усіма наступними вигодами і втратами для сторін судового спору і для держави (адміністративні витрати).

2.3.2. Поведінковий підхід: підготовчі дії учасників судового процесу

На етапі підготовка справи для подачі до суду, юристи готують всі необхідні процесуальні документи (позовну заяву, клопотання, заяву), які будуть подаватись до суду. Робота юристів в цей час зосереджена на фактичній частині (з'ясуванні необхідних фактичних даних, збором доказів) та юридичній частині (виборі матеріального права, пошуком судової практики). На цьому етапі

¹⁷³ Там само [89]

¹⁷⁴ Там само [96-104]

відбувається стратегічне планування: визначаються майбутні процесуальні дії сторони у спорі, порядок та хід представлення правової позиції, тощо.

Для швидкого та ефективного завершення вказаного етапу, юристи часто використовують різноманітні підручники і довідники, в яких вже зібрані рекомендації щодо можливих кроків, які слід зробити при тій чи іншій правовій ситуації. Фактично, вказані поради юристів юристам можна вважати евристичними, тобто адаптивними механізмами, які спрощують процес прийняття рішень на основі вже знайомих ситуацій. Наприклад, для судових юристів в Німеччині розроблені тактичні рекомендації, які допомагають у формуванні правової позиції, пошуку доказів, допиті свідків, тощо. Метою таких рекомендацій є уникнення надмірної кількості матеріалу, ненадійних свідків, непотрібних доказів чи слабких юридичних аргументів.¹⁷⁵

Хоча в Україні не має певних уніфікованих для всіх правил чи рекомендацій, які слід використовувати при підготовці справи до суду, однак, з власного кількарічного професійного досвіду автор даної роботи може стверджувати, що при виконанні професійних завдань, судові юристи постійно використовують різноманітні адаптивні механізми, наприклад, шаблони документів, розроблені колегами; стратегії допиту свідків; порядок подачі процесуальних документів до суду, тощо.

На етапі попереднього судового засідання, суддя вчиняє дії по підготовці справи до судового розгляду: визначає, чи подані процесуальні документи (позов, клопотання, заява) відповідають вимогам передбаченим в законах та чи підкріплені твердження сторін нормою права. У разі відповідно процесуальних документів позивача вказаним вимогам, суддя надає можливість іншій стороні

¹⁷⁵ Gigerenzer, Gerd., and Christoph Engel. *Heuristics and the Law*. Cambridge, MA: MIT Press in cooperation with Dahlem University Press, 2006 [354]

спору надати свою думку щодо позовних вимог (подати відзив на позов, заперечення, пояснення чи заяву про визнання позову).

Аналізуючи правила ведення попереднього судового засідання, у Груповій Доповіді про роль евристиків в судовому процесі представники поведінкового підходу зазначають, що процедуру попереднього судового засідання можна визначити як евристики, що спрощують процес прийняття рішення:

- (1) якщо твердження, наведені в позовній заяві позивача є безпідставними та не обґрунтовані нормою права - позов відхиляється. В іншому разі, розгляд справи продовжується.
- (2) якщо відповідач не скористався своїм правом заперечити проти фактів і правової позиції позивача - позов задовольняється. В іншому разі, відбувається перехід до розгляду справи по суті).¹⁷⁶

Евристики в такому разі слід тлумачити як адаптивні механізми, які в швидкозмінному середовищі при комплексних завданнях відсіюють надлишок інформації та дозволяють судді безперешкодно та швидко визначити алгоритм по якому слід прийняти рішення, при цьому мінімізувавши допущення суддівських помилок.

Після проведення попереднього судового розгляду, відбувається перехід до *етапу дослідження та оцінки доказів*. Вказаний етап є особливо цікавим з точки зору поведінкового підходу, адже на ньому відбувається встановлення фактичних обставин та причинно-наслідкових зв'язків.

¹⁷⁶ Gigerenzer, Gerd., and Christoph Engel. *Heuristics and the Law*. Cambridge, MA: MIT Press in cooperation with Dahlem University Press, 2006 [356]

Як вже згадувалось в попередньому підрозділі, під впливом евристик людина схильна переоцінювати значення певних доказів, (мислити на користь бажаного), пам'ятати тільки окремі фрагменти інформації, що підтверджують її позицію (евристики прив'язки та коригування), помилково тлумачити певні факти під впливом ефекту фреймінгу. Більше того, під ефектом хайнсайту учасники судового процесу можуть вже після настання події проводити хибні причинно-наслідкові зв'язки діє діяльністю та наслідками.

Розуміючи вплив зовнішніх та внутрішніх факторів на сторін в спорі та часто їхню неспроможність самотійно об'єктивно аналізувати наявні докази та надати їм правильну оцінку, в правовій системі вказані функції покладаються на суддю. Презюмується, що суддя може з перспективи своїх знань та навичок, об'єктивно дослідити та оцінити докази та встановити їхню релевантність для вирішення спору. Як вказується в Цивільному процесуальному кодексу України: *“суд оцінює докази за своїм внутрішнім переконанням, що ґрунтується на всебічному, повному, об'єктивному та безпосередньому дослідженні наявних у справі доказів”* (ст. 89 Цивільного процесуального кодексу України).¹⁷⁷

Однак, з аналізу досліджень поведінкового підходу, можна зробити висновок, що суддя подібно до інших учасників процесу, перебуває під впливом різноманітних поведінкових факторів, а внутрішнє переконання судді – це не що інше як рефлексивний та інтуїтивний типи сприйняття, ментальні моделі та евристики, які допомагають формувати судження та приймати рішення. З огляду на вплив вказаних когнітивних факторів на поведінку судді, як буде показано далі, суддя не тільки може помилково оцінити докази, але й під впливом “неправових” чинників виносити судові рішення.

¹⁷⁷ Цивільний процесуальний кодекс України, Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2004, № 40-41, 42, ст.492 [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1618-15> (дата звернення від 28.05.2018);

Одним з прикладів, суддя може під впливом інтуїтивної системи помилково надавати доказову силу тим фактам, які не мають значення для правильного вирішення спору можуть справи про зловживання та порушення прав неповнолітніх дітей. У вказаних категоріях справ, як правило, сторони апелюють до емоцій учасників судового спору, навіть якщо вказані емоції фактично не підтверджують правову позицію сторін. Так, сторони у такій категорії справ схильні посилятися у своїй правовій аргументації на те, що через зловживання та порушення прав дитини, у неї з'явилися часті нічні кошмари; в свою чергу судді під впливом евристики частоти схильні надавати доказову силу таким доказам, вважаючи, що часті нічні кошмари можуть свідчити про зловживання правами дітей.¹⁷⁸

Водночас, такі висновки у більшості випадків є передчасними з огляду на дослідження, які доводять, що як дітям, права яких було порушено, так дітям, права яких не було порушено, притаманний приблизно однаковий рівень частоти нічних кошмарів.¹⁷⁹

2.3.3. Поведінковий підхід: ухвалення судового рішення.

Після розгляду справи по суті, суд (суддя, колегія суддів, присяжні) виносить рішення про задоволення позовних вимог чи про відмову в задоволенні позовних

¹⁷⁸ Ухвала Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 19.09.2017 № 711/5969/15-к; [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/69193927> (дата звернення від 28.05.2018); Рішення Оболонського районного суду м. Києва від 30.07.2015 № 756/2252/15-ц [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/47757218> (дата звернення від 28.05.2018); Рішення Деснянського районного суду м. Києва від 04.11.2015 № 756/13269/14; [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/53347630> (дата звернення від 28.05.2018);

¹⁷⁹ Gigerenzer, Gerd., and Christoph Engel. *Heuristics and the Law*. Cambridge, MA: MIT Press in cooperation with Dahlem University Press, 2006 [362-363]

вимог. Основними вимогами до рішення суду є його відповідність принципам верховенства права, законності та обґрунтованості (Стаття 263 Цивільного процесуального кодексу України).¹⁸⁰ Судове рішення є законним тоді, коли суд вирішив справу згідно з нормами матеріального права, що підлягають застосуванню до даних правовідносин, а також правильно витлумачив ці норми. Обґрунтованим визнається рішення, ухвалене на основі повного і всебічного з'ясування обставин, на які сторони посилаються як на підставу своїх вимог і заперечень, підтверджених доказами, які були досліджені в судовому засіданні і які відповідають вимогам закону про їх належність та допустимість.¹⁸¹

Фактично, з наведеного слідує, що суддя при винесенні рішення повинен чітко слідувати духу і букві закону та не може надавати перевагу одній зі сторін спору за якимись власними вподобаннями чи переконаннями. Однак, як свідчать відкриття поведінкового підходу, судді також перебувають під впливом евристиків та схильні при прийнятті рішень підпадати під дію різноманітних когнітивних упереджень та відхилень.

Серед необмеженого списку факторів, які можуть впливати на формування суджень суддів та прийняття ними остаточних рішень можна назвати як зовнішні фактори (велика кількість справ, значний об'єм інформації, обмеження в часовому ресурсі), так і внутрішні фактори (домінування інтуїтивного типу сприйняття при прийнятті рішень, ментальних моделей, сформованих під впливом евристик). В ході емпіричних досліджень було виявлено, що на суддів

¹⁸⁰ Цивільний процесуальний кодекс України (Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2004, № 40-41, 42, ст.492). [Електронний ресурс] – Режим доступу до ресурсу: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/1618-15> (дата звернення від 28.05.2018);

¹⁸¹ Постанова Пленуму Верховного Суду України від 18.12.2009 № 14 “Про судові рішення у цивільній справі” [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v0014700-09> (дата звернення від 28.05.2018)

при прийнятті рішень впливає відхилення хайнсайту,¹⁸² евристики прив'язки та фреймінгу,¹⁸³ інші когнітивні упередження та відхилення.¹⁸⁴

Більш того, саме з допомогою поведінкового підходу було доведено, що приймаючи рішення, судді керуються не тільки “духом і буквою” закону, а й простими, притаманними іншим людям, вподобаннями і симпатіями. Підтвердження вказаного стало дослідження впливу емоцій на прийняття суддями рішень, яке було проведено серед 1 800 федеральних суддів і суддів штатів США протягом 2008-2013 років.¹⁸⁵

В статті під назвою “Серце проти голови: праву чи почуттям слідує судді?”, автори вказаного дослідження - Ендрю Дж. Вістріч (Andrew J. Wistrich), Джефрі Дж. Рачлінські (Jeffrey J. Rachlinski) та Кріса Гатрі (Chris Guthrie) детально описали методологію та висновки, яких вони дійшли в ході дослідження. Нижче, ми тільки наведемо два уривки з висновків поведінкових дослідників:

“Ми виявили чіткі докази того, що емоції впливають на суддів. Наші результати охоплюють цивільні і кримінальні справи, широке коло

¹⁸² Oeberst, Aileen, and Ingke Goeckenjan. "When being wise after the event results in injustice: Evidence for hindsight bias in judges' negligence assessments." *Psychology, Public Policy, and Law* 22.3 (2016): 271.

¹⁸³ Guthrie, Chris, Jeffrey J. Rachlinski, and Andrew J. Wistrich. "Inside the judicial mind." *Cornell L. Rev.* 86 (2000): 777. Guthrie, Chris, Jeffrey J. Rachlinski, and Andrew J. Wistrich. "Judging by Heuristic-Cognitive Illusions in Judicial Decision Making." *Judicature* 86 (2002): 44; Rachlinski, Jeffrey J., Chris Guthrie, and Andrew J. Wistrich. "Heuristics and biases in bankruptcy judges." *Journal of Institutional and Theoretical Economics JITE* 163.1 (2007): 167-186.

¹⁸⁴ Fraidin, Matthew I. "Decision-Making in Dependency Court: Heuristics, Cognitive Biases, and Accountability." *Clev. St. L. Rev.* 60 (2012): 913. Sale, Hillary A. "Judging heuristics." *UC Davis L. Rev.* 35 (2001): 903.

¹⁸⁵ Wistrich, Andrew J., Jeffrey J. Rachlinski, and Chris Guthrie. "Heart versus head: Do judges follow the law or follow their feelings." *Tex. L. Rev.* 93 (2014): 855.

завдань (тлумачення і застосування закону, здійснення дискреційних повноважень, присудження збитків) та різноманітний контекст (клопотання про відмову в задоволенні вимог, клопотання про винесення рішення в спрощеному провадженні, клопотання про виключення доказів, вимоги про погашення боргу, присудження штрафних збитків, винесення вироку). Сторони, до яких судді мали симпатію, були в кращому становищі, часто набагато кращому становищі, ніж сторони, до яких судді не відчували симпатії [...].

*Результати наших експериментів, пов'язаних з інтерпретацією закону, як правило, підтверджують “ручну” версію правового реалізму, зокрема, ту, в якій презюмується, що судді діють згідно із законом, коли все зрозуміло, та піддаються впливу емоцій та інших неправових чинників у випадку, коли чітко не зрозуміло, яке рішення слід прийняти”.*¹⁸⁶

Я згодний з думкою авторів, що вказані результати дослідження можуть мати як негативну, так і позитивну конотацію. Очевидно, що представники позитивізму негативно можуть поставитись до того, що суддя не завжди чітко слідує букві закону та керується емоціями при прийнятті своїх рішень.¹⁸⁷ Водночас, в ситуації невизначеності, саме когнітивні механізми та чинники поза буквою закону можуть дозволити прийняти справедливе судове рішення, яке буде орієнтуватись на людиноцентриський підхід.

¹⁸⁶ Wistrich, Andrew J., Jeffrey J. Rachlinski, and Chris Guthrie. "Heart versus head: Do judges follow the law or follow their feelings." *Tex. L. Rev.* 93 (2014): 855 [899]

¹⁸⁷ Wistrich, Andrew J., Jeffrey J. Rachlinski, and Chris Guthrie. "Heart versus head: Do judges follow the law or follow their feelings." *Tex. L. Rev.* 93 (2014): 855 [906]

Висновки до розділу II

В даному розділі було досліджено поведінкове розуміння про те, як людина формує судження та приймає рішення у правовій системі. Саме поведінковий підхід дозволив вдосконалити передбачуваність економічної моделі права та допоміг зрозуміти, як в реальному житті людина формує судження та приймає рішення. Зокрема, відкриття поведінкового підходу дозволили краще зрозуміти поведінку особи та стали причиною зміни традиційних уявлень про те, як людина мислить (існування інтуїтивного та рефлексивного типу сприйняття), а також довели вплив когнітивних механізмів (евристики) які впливають на прийняття людиною рішень.

Однак, виникає питання: (1) чи повинне суспільство і держава реагувати на відкриття поведінкового підходу?; (2) якщо так, то в яких формах така реакція може бути виражена?; (3) чи існують приклади країн, де вказаний підхід вже знайшов практичне застосування?; (4) чи є серед вказаних країн Україна, і якщо ні, то що українські нормотворчі можуть почерпнути з вказаного досвіду інших країн? На перелічені вище питання, я буду намагатись дати відповідь в наступному розділі.

Розділ III.

Вдосконалення функціонування правової системи за допомогою поведінкового підходу

Вступ

Розвиток поведінкового підходу дозволив не тільки зрозуміти недоліки економічної моделі права, але продемонстрував, як з допомогою різноманітних поведінкових прийомів можна вдосконалити правову систему. Переслідуючи мету допомогти людям в правовій системі приймати кращі рішення, поведінковий підхід сформував новий напрямок у державній політиці по сприянню людині у прийнятті рішень, який отримав назву “м’який патерналізм”.

Хоча ідеї м’якого патерналізму викликали чимало дискусій на науковому рівні (див. підрозділ 3.1 нижче), розуміючи можливості які дає поведінковий підхід, держави почали активно імплементувати поведінкові міри в свою публічну політику. Так виникли дорадчі органи при урядах різних країн, завданням яких стало дослідження поведінкових підходів та їх застосування до вдосконалення функціонування публічної сфери.

Серед держав, які найбільш активно почали використовувати поведінкові підходи у своїй публічній політиці стали США і Велика Британія. В цих державах, уряди почали активно впроваджувати поведінкові підходи в різноманітні сфери публічної політики, в тому числі у податкову систему, пенсійну систему, судовий процес, тощо.

Вивчення досвіду згаданих вище країн дозволяє краще зрозуміти, як поведінкові напрацювання застосовуються для покращення функціонування правової системи, а також дають можливість використати вказаний іноземний досвід для зміни публічної політики в Україні.

3.1. Поведінковий підхід: на шляху до м'якого патерналізму

Як вже детально було описано в першому розділі цієї роботи, у правових системах, де використовують економічний аналіз права при розробці та імплементації публічної політики, законодавець часто опирається на засади неокласичної економіки, відповідно до яких актори в правовій системі є раціональними та егоїстичними особами, які володіють достатнім обсягом інформації для прийняття рішення, що будуть максимізувати їхні блага.

За загальним правилом, держава не повинна втручатись в дію ринку, який здійснює ефективну алокацію ресурсів між діючими акторами. Проте, неокласичний підхід (на відміну від класичного економічного підходу) допускає право держави втручатися у функціонування ринку та дії акторів, однак, тільки у випадку якщо ринок недостатньо добре виконує функцію забезпечення ефективної алокації ресурсів або породжує таку структуру розподілу доходів, що не відповідає уявленню суспільства про рівність та справедливість.¹⁸⁸

Напрацювання поведінкового підходу змінили уявлення про раціональність людини та фактори, які впливають на прийняття нею рішень. Вказане викликало

¹⁸⁸ Капелюшников, Р. И. Поведенческая экономика и новый патернализм [Текст] : препринт WP3/2013/03 / Р. И. Капелюшников ; Нац. исслед. ун-т “Высшая школа экономики”. – М. : Изд. дом Высшей школы экономики, 2013. – 76 с. – (Серия WP3 “Проблемы рынка труда”); Richard M. Ebeling Neo-Liberalism: From Laissez-Faire to the Interventionist State. [Електронний ресурс] – Режим доступу: <https://mises.org/wire/neo-liberalism-laissez-faire-interventionist-state> (дата звернення від 28.05.2018);

чималу дискусію¹⁸⁹ між представниками економічного та поведінкового аналізу права про те, як державі слід реагувати на такі відкриття: з одного боку, правова держава повинна забезпечувати свободу ринку та автономію людини, яка вже на власний розсуд буде розпоряджатися своєю автономією; з іншого боку – через притаманну їй ірраціональність, людина часто завдає собі шкоду, а тому державі слід втручатись в дії особи та обмежувати її ірраціональну поведінку для користі самої людини.

Відстоюючи думку про те, що держава як інститут, за своєю природою постійно унормовує поведінку людей і створює відправні точки різного роду неминуче впливаючи на рішення людей, деякі з представників поведінкового підходу (Касс Санстеїн, Річард Талер та інші) стали прихильниками введення державою різноманітних патерналістичних мір, тобто мір по втручанню держави в життя людини проти її волі на тій підставі, що таке втручання покращує становище людини і (або) запобігає нанесенню їй шкоди. Іншими словами, держава через закони і заходи державної політики обмежує свободу людей в їх же інтересах.¹⁹⁰

На відміну від “старого” патерналізму, який намагається поліпшити становище особи через суворі обмеження її свободи (наприклад, через обов’язок одягати ремінь безпеки при їзді на автомобілі, імперативні технічні правила безпеки, тощо), прихильники “нового” патерналізму запропонували м’яку форму патерналізму при якій, покращення добробуту людей буде відбуватися при мінімальному обмеженні свободи людини. Так, у науковій літературі ідея “нового патерналізму” закріпилась в декількох різних, але близьких

¹⁸⁹ Posner, Richard A. "Rational choice, behavioral economics, and the law." *Stanford Law Review* (1998): 1551-1575.; Tullock, Gordon, Gordon L. Brady, and Arthur Seldon. *Government failure: a primer in public choice*. Cato Institute, 2002.

¹⁹⁰ Капелюшников, Р. И. Поведенческая экономика и новый патернализм [Текст] : препринт WP3/2013/03 / Р. И. Капелюшников ; Нац. исслед. ун-т “Высшая школа экономики”. – М. : Изд. дом Высшей школы экономики, 2013. – 76 с. – (Серия WP3 “Проблемы рынка труда”) [29]

поняттях: “асиметричного патерналізму”;¹⁹¹ “лібертаріанського патерналізму”¹⁹² та “м’якого патерналізму”.¹⁹³

Метою асиметричного патерналізму є створення значних благ для тих осіб, які систематично помиляються, при цьому завдаючи обмежувальними діями якнайменше шкоди тим особам, які діють раціонально.¹⁹⁴ Іншими словами, при розробці публічної політики представники асиметричного патерналізму керуються принципом допомоги найменш досвідченим людям в суспільстві при накладенні якомога менших витрат на найдосвідченіших.¹⁹⁵

Однією з форм асиметричного патерналізму є нормативна імплементація механізму “періоду охолодження” (cooling-off period). Підставою для запровадження цього механізму є брак у людини достатнього самоконтролю: у запалі емоцій особи часто приймають необдумані рішення і для уникнення негативних наслідків від таких рішень, можуть вводиться часові обмеження на вчинення певних дій. Наприклад, щоб захистити споживачів від недобросовісних продавців, які з допомогою маніпуляцій¹⁹⁶ нав’язували споживачам непотрібний

¹⁹¹ Camerer, Colin, et al. "Regulation for Conservatives: Behavioral Economics and the Case for" Asymmetric Paternalism." University of Pennsylvania law review 151.3 (2003): 1211-1254.

¹⁹² Thaler, Richard H., and Cass R. Sunstein. "Libertarian paternalism." American economic review 93.2 (2003): 175-179.

¹⁹³ Loewenstein, George, and Emily Celia Haisley. "The economist as therapist: Methodological ramifications of light paternalism." (2007).

¹⁹⁴ Camerer, Colin, et al. "Regulation for Conservatives: Behavioral Economics and the Case for" Asymmetric Paternalism." University of Pennsylvania law review 151.3 (2003): 1211-1254. [1212]

¹⁹⁵ Thaler, Richard. Поштовх: Як допомогти людям зробити правильний вибір [Електронний ресурс] // Nash Format. – 2017. – Режим доступу до ресурсу: https://books.google.com.ua/books?id=ez8_DwAAQBAJ&printsec=frontcover&hl=ru&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false (дата звернення від 28.05.2018);

¹⁹⁶ Sunstein, Cass R., Fifty Shades of Manipulation (February 18, 2015). 1 J. Marketing Behav. 213 (2016).

їм товар, у 1972 році у США були прийняті зміни в законодавство про захист прав споживачів, якими був встановлений обов'язок продавця інформувати споживача про його право анулювати покупку протягом трьох днів з моменту покупки товару.

На думку американського законодавця, така форма обмеження свободи продавця не була занадто обтяжливою для продавців, водночас забезпечила належний захист прав та інтересів споживачів.¹⁹⁷

Зміст іншого виду “нового патерналізму”, лібертаріанського патерналізму, полягає в тому, що встановити різноманітні патерналістичні заходи через особливе структурування поля вибору особи, при цьому залишаючи прийняття остаточних рішень за самою особою. Як зазначає Касс Санстейн і Річард Талер, уявлення про те, що особа завжди здатна сама зробити кращий вибір є невірним, адже брак інформації та досвіду часто призводить до прийняття помилкового рішення. Саме з огляду на те, що людина не може прийняти корисне (для неї самої) рішення, зміни в *архітектурі вибору*¹⁹⁸ (*структурування поля вибору між доступних альтернатив*) поліпшують життя людини, причому як цього хоче сама людина, а не держава.¹⁹⁹

¹⁹⁷ Thaler, Richard. Поштовх: Як допомогти людям зробити правильний вибір [Електронний ресурс] // Nash Format. – 2017. – Режим доступу до ресурсу: https://books.google.com.ua/books?id=ez8_DwAAQBAJ&printsec=frontcover&hl=ru&source=gbbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false. (дата звернення від 28.05.2018);

¹⁹⁸ John, Peter, Graham Smith, and Gerry Stoker. "Nudge nudge, think think: two strategies for changing civic behaviour." *The Political Quarterly* 80.3 (2009): 361-370. [363-364]

¹⁹⁹ Thaler, Richard. Поштовх: Як допомогти людям зробити правильний вибір [Електронний ресурс] // Nash Format. – 2017. – Режим доступу до ресурсу: https://books.google.com.ua/books?id=ez8_DwAAQBAJ&printsec=frontcover&hl=ru&source=gbbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false (дата звернення від 28.05.2018);

Загалом, для уникнення впливу психологічних відхилень та упереджень, прихильники лібертаріанського патерналізму пропонують різноманітні способи ненав'язливого “підштовхування” особи до правильного вибору. Як вказує Касс Санстейн і Річард Талер: *“ми визначаємо поняття “підштовхування” як будь-який аспект архітектури вибору, що передбачувано впливає на поведінку людей та який не забороняє нічого і не вносить помітних змін в економічні звички. Від цього втручання при бажанні легко ухилитися. Воно ні в якому випадку не накладає зобов'язання”*.²⁰⁰

Найкраще лібертаріанський патерналізм можна продемонструвати на прикладі, що наводиться у книзі “Поштовх. Як допомогти людям зробити правильний вибір”.²⁰¹ Мова в ньому йде про директора кафетерію, який повинен прийняти рішення щодо розташування страв на стійці в кафе. Відвідувачі кафетерію рухаються уздовж стійки з різними стравами, вибираючи ті з них, що подобаються їм більше. Однак, директор кафетерію виявляє, що страви розташовані на початку стійки користуються більшим попитом ніж ті, що розташовані в кінці (*ефект фреймінгу*). Яке ж рішення повинен прийняти директор?

В директора є чотири можливих варіанти розставити страви: (1) випадковим чином; (2) в порядку за корисністю страв для споживачів; (3) поставити спочатку ті страви, які будуть підштовхувати споживачів до переїдання; (4) поставити спочатку ті страви, які будуть відповідати преференціям споживачів. Останній варіант можливий тільки у тому випадку, якщо у відвідувачів існують екзогенні

²⁰⁰Thaler, R. H., & Sunstein, C. R. Nudge: Improving decisions about health, wealth, and happiness. Yale University Press (2008). P.304. [16]

²⁰¹ Thaler, Richard. Поштовх: Як допомогти людям зробити правильний вибір [Електронний ресурс] // Nash Format. – 2017. – Режим доступу до ресурсу: https://books.google.com.ua/books?id=ez8_DwAAQBAJ&printsec=frontcover&hl=ru&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false (дата звернення від 28.05.2018);

переваги, які не залежать від контексту (тобто не залежать від порядку розташування страв).

Якщо ж екзогенні переваги у них відсутні (тобто, у випадку, якщо спочатку стоять тістечка, то переважна більшість відвідувачів вибирають тістечка; коли спочатку стоять фрукти, то споживачі вибирають фрукти), четвертий “антипатерналістичний” варіант відпадає, і директор повинен обрати один з трьох “патерналістичних” варіантів. Оскільки вибір того чи іншого фрейма (порядку розташування страв) неминучий, то хоче цього чи ні, директор буде впливати на прийняття рішення відвідувачів кафетерію.

За таких обставин, якщо директор розуміє, що покращить становище відвідувачів кафетерію, якщо вони будуть їсти менше тістечок і більше фруктів, його вибір повинен бути зроблений на користь другого фрейму, який принесе найбільшу користь здоров'ю споживачів.²⁰²

Вказаний приклад досить легко перенести на мову публічної політики. Так, держава виступає “директором кафетерію” і через різноманітні правові норми встановлює правове регулювання, яке неминуче впливає на прийняття рішень акторами у правовій системі (“споживачами”). Виходячи з презумпції, що держава знає, що є правильним та корисним для її громадян, через правові механізми вибір між доступних альтернатив повинен структуруватись таким чином, щоб допомогти громадянам досягти найкращих для них самих результатів.

В літературі також зустрічається термін “м’який патерналізм”. Цей термін часто вживають для родового означення як асиметричного, так і лібертаріанського

²⁰² Thaler, R. H., & Sunstein, C. R. Nudge: Improving decisions about health, wealth, and happiness. Yale University Press (2008). P.304. [16]

патерналізму. Як зазначають автори цього терміну, метою м'якого патерналізму є *“поліпшення якості прийнятих людьми рішень без їх обмеження”*.²⁰³ Прикладом м'якого патерналізму може бути імплементація поведінкових механізмів у Акт про пенсійне забезпечення (США, 2006). Вказаним нормативним актом була передбачена процедура запису найманих працівників на програму пенсійного забезпечення за правилом *“як усталено”* (default rule). Хоча саме право працівників виписатись з програми не було обмежене, через схильність до збереження статус-кво (*статус-кво упередження*),²⁰⁴ працівники були схильними не виписувати з пенсійної програми. Вказане призвело до значного збільшення долі пенсійних збережень та покращення соціального становища працездатного населення у США.²⁰⁵

Однак, не всі сприйняли пропозицію введення мір м'якого патерналізму схвально. Аналіз критичних аргументів щодо запровадження мір м'якого патерналізму свідчить про те, що критику м'якого патерналізму можна поділити на ту, що має філософсько-етичний і на ту, що має економічний характер.

Так, критики м'якого патерналізму (наприклад, Джонатан Клік (Jonathan Klick) та Грегорі Мітчел (Gregory Mitchell)) наголошують на тому, що встановлення нових форм патерналізму з метою усунення психологічних відхилень є з моральної та практичної точки зору невірним. Звертаючись до праць ліберальних філософів і вчених, критики наголошують на цінності індивідуальної свободи та

²⁰³ Loewenstein, George, and Emily Celia Haisley. "The economist as therapist: Methodological ramifications of light paternalism." (2007). [6]

²⁰⁴ Samuelson, William, and Richard Zeckhauser. "Status quo bias in decision making." *Journal of risk and uncertainty* 1.1 (1988): 7-59.

²⁰⁵ Loewenstein, George, and Emily Celia Haisley. "The economist as therapist: Methodological ramifications of light paternalism." (2007). [7-8]

важливості ірраціональної поведінки та її наслідків для розвитку людських когнітивних здібностей та прийняття зважених рішень.²⁰⁶

В контексті морально-етичного дискурсу щодо можливості держави обмежити свободу іншої людини для її ж користі, доречним тут буде навести цитату Джона Стюарта Міля, який в есе “Про свободу” писав:

*“Єдина мета, котра надає людству право в індивідуальному або колективному порядку втручатися у вільні дії будь-кого зі своїх членів, — це самозахист. Єдина мета, з якою може бути правомірно використана влада над будь-яким членом цивілізованої громади проти його волі — це запобігти шкоді для інших. Його власна користь, — фізична чи моральна, — не є для цього достатньою підставою. **Він не може правомірно бути змушений діяти або утриматися від дії на тій підставі, що це краще для нього; що він стане від цього щасливішим; що, на думку інших, такі дії є мудрими і навіть правильними.** Ці підстави годяться, щоб напучувати його, чи сперечатися з ним, чи переконувати, чи попереджувати його, але не на те, щоб його примушувати або приходити до нього з якимись злими намірами — за те лишень, що він робить щось інакше. Щоб виправдати таке втручання, потрібно спочатку вирахувати, чи дії, від яких громада бажає утримати свого члена, можуть спричинити зло комусь іншому. Єдина сфера поведінки людини, за яку вона несе відповідальність перед суспільством, — це те, що стосується інших. У сфері ж, що стосується лише неї самої, її незалежність, за правом, є абсолютною. Індивід має повне право вільно розпоряджатися собою, своїм власним тілом і розумом”.*²⁰⁷

²⁰⁶ Klick, Jonathan, and Gregory Mitchell. "Government regulation of irrationality: Moral and cognitive hazards." Minn. L. Rev. 90 (2005): 1620.

²⁰⁷ Міл, Джон Стюарт. Про свободу: Есе / Пер. з англ. — К: Основи, 2001. — С. 7-24. [20]

Справді, м'який патерналізм при обмеженні свободи людини апелює саме до користі, яку він принесе такій людині. Однак, видається, що представники поведінкового підходу не враховують те, що людина часто не бажає діяти раціонально по своїй же волі - інколи саме ірраціональні вчинки можуть принести найбільше благ (щастя, радості, задоволення) людині. В такому разі, патерналіські міри тільки перешкоджатимуть людині в досягненні таких благ.

Більше того, “новий патерналізм” з його намірами обмежити ірраціональну поведінку створює непередбачувані загрози для світу, який неможливо уявити без ірраціональної поведінки – світу символічної реальності.

Як зазначає Всеволод Речицький, *“символічна реальність багатофункціональна, що дає змогу говорити як про функції символічного світу в цілому (творення цінностей і смислів, ментальне віддзеркалювання світу, моделювання та інтелектуальне експериментування), так і про призначення її окремих сегментів: міфу, мови, релігії, науки, мистецтва, гри, моди і... порнографії. Властивості символічної реальності можна розглядати в різних проекціях. З одного боку, вони мають відношення до феномена символічної реальності в цілому, з іншого – кожен сегмент символічної реальності характеризується своїми особливими якостями.*

Оскільки символічна реальність призначена для творення первинних смислів, цінностей та ієрархій, вона не демонструє якогось доступного організуючого начала (крім трансцендентного), про який можна було б судити аналітично. Атомарні елементи символічної реальності виникають безпосередньо з інтелектуального життя людини. Проте, будучи вигаданими, сприйнятими чи засвоєними, вони не тільки відбивають життя, але й допомагають проникнути у його суть. Символам властивий творчий характер, під їх впливом об'єкти

*можуть перетворюватися й навіть “відриватися” від своїх традиційних консервативних призначень”.*²⁰⁸

Отже, в світі символів, цінностей та смислів, “раціональний” підхід чиновника до обмеження “неправильної”, чи навіть “шкідливої” ірраціональної поведінки може призвести до пагубних наслідків як для самої людини, так і для суспільства загалом (основною мішенню в такому випадку стає розвиток культури та інтелектуальний поступ).

Розвиток ідеї м'якого патерналізму також викликав чимало критики з боку економістів. Зокрема, Едвард Глайсер (Edward Glaeser) вказує, що дослідження когнітивних психологів, що доводять системність когнітивних відхилень які притаманні людям, свідчить не на користь нової форми патерналізму, а навпаки, на користь зменшення ролі держави у житті громадян. Так, саме особи, які безпосередньо приймають рішення, мають належні стимули, на відміну від чиновників, вчиняти необхідні дії для досягнення бажаного результату. Більше того, на відміну від “старого” патерналізму, “новий патерналізм” досить важко відстежувати та контролювати, що створює загрозу збільшення ролі держави в житті громадян, а разом з цим - ризик нових обмежень людської свободи.²⁰⁹

Хоча ризик авторитарних намірів представників поведінкового підходу може сприйматись як перебільшення в сучасних демократичних державах з розвиненою економікою, активне зростання ідеологічної “лівої” (“прогресивної”) риторики в країнах Західної Європи та США наводить автора даної роботи на думку, що обмеження автономії особи для її ж благ навіть з

²⁰⁸ Речицький, В. В. “Конституціоналізм. Коротка версія (читанка з конституціоналізму для зацікавлених).” (2014). С. 264. [228]

²⁰⁹ Glaeser, Edward L. Paternalism and psychology. No. w11789. National Bureau of Economic Research, 2005., [5]

допомогою поведінкових підходів слід проводити під суворим громадським контролем та з допомогою механізмів стримувань і противаг.

Інший критик м'якого патерналізму, економіст та публіцист Насім Талеб в своїй книзі “Ризик в грі: приховані асиметрії в повсякденному житті” (*Skin in the Game: Hidden Asymmetries in Daily Life*) також зазначає, що м'який патерналізм не враховує комплексного середовища, в якому живе і функціонує людина. На думку Талеба, поведінкові моделі, що є основою м'якого патерналізму, формуються на основі дослідження індивідуальних відхилень чи упереджень людей та є непридатними для їх застосування до широкого загалу.²¹⁰

Тут варто зазначити, що хоча через комплексний характер функціонування суспільства всі механізми, що впливають на суспільство залишаються ще не дослідженими, поведінковий підхід дозволяє передбачити деякі з факторів, що впливають на відхилення та упередження як на індивідуальному рівні, так і на рівні суспільства загалом) (відхилення в сторону суспільного схвалення, ефект статус-кво, тощо). Вказане допомагає з допомогою поведінкових напрацювань змінити поведінку суспільних груп для досягнення суспільно корисних результатів.

Аналізуючи твердження як прихильників, так і критиків м'якого патерналізму, можна зробити висновок, що подібно до будь-якого комплексного механізму, м'який патерналізм має як чимало переваг, так і недоліків. Він допомагає з мінімальними витратами вирішити деякі суспільно важливі проблеми, допомогти збільшити добробут людей, водночас, несе в собі ризики можливих зловживань з боку держави через різноманітні психологічні маніпуляції та значні обмеження автономії людини. З огляду на вказане, державі і суспільству треба з

²¹⁰ Taleb, Nassim Nicholas. *Skin in the Game: Hidden Asymmetries in Daily Life*. Random House, 2018 [120, 209]

особливою увагою підходити до тих поведінкових мір, які запроваджуються в нормативне регулювання для покращення добробуту індивіда і суспільства загалом.

В наступних підрозділах я більш детально зупинюсь на тому, які існують підходи до імплементації поведінкових механізмів для усунення упереджень та відхилень через матеріальне та процесуальне право, а також проаналізую, як вказані підходи втілюються у публічній політиці держав і як вказаний досвід можливо використати для покращення функціонування публічного сектору в Україні.

3.2. Усунення поведінкових відхилень через матеріальне і процесуальне право

Після доведення системності психологічних упереджень та відхилень в судженнях, що притаманні людині, представники поведінкового підходу зосередили свою увагу на тому, як з допомогою поведінкових підходів збільшити ефективність функціонування вже існуючих правових інститутів. Так, в основі значної частини правових механізмів (трансферти, податки, субсидії, тощо) лежить уявлення про раціонального суб'єкта, який здатний приймати оптимальне рішення. Однак, через притаманні людині психологічні “аномалії”, вказані правові механізми можуть функціонувати неефективно чи взагалі не виконувати поставлені перед ними цілі.²¹¹

Саме для мінімізації вказаних відхилень для стабільної та ефективної роботи правових інститутів, представники поведінкового підходу запропонували можливі способи мінімізації та усунення вказаних відхилень за допомогою

²¹¹ Капелюшников, Р. И. Поведенческая экономика и новый патернализм [Текст] : препринт WP3/2013/03 / Р. И. Капелюшников ; Нац. исслед. ун-т “Высшая школа экономики”. – М. : Изд. дом Высшей школы экономики, 2013. – 76 с. – (Серия WP3 “Проблемы рынка труда”) [30]

матеріального і процесуально права.²¹² І хоча набір правових політик, що пропонують прихильники м'якого патерналізму включає різноманітні законодавчі і адміністративні заборони, схеми розкриття інформації та засоби переконання і маніпуляцій,²¹³ відповідно до класифікації одного із засновників напряму поведінкової економіки Крістін Джолс можна виділити дві основні групи підходів до усунення поведінкових відхилень: (1) ізоляційний підхід (insulating approach); (2) підхід усунення відхилень від раціональності (debiasing approach).²¹⁴

Ізоляційний підхід до усунення поведінкових відхилень через право полягає в тому, щоб усунути бажаний правовий наслідок з-під впливу відхилень, які притаманні особі. Прихильники ізоляційного підходу виходять з того, що людина завжди перебуває під впливом поведінкових обмежень (раціональності, волі, егоїстичності), а тому завжди допускає певні помилкові судження. З огляду на вказане, ізоляційний підхід пропонує встановити правове регулювання таким чином, щоб обмежити вибір особи до найбільш оптимального, і цим самим запобігти допущенню когнітивних помилок.²¹⁵

Прикладом ізоляційного підходу до усунення поведінкових відхилень можуть служити правила, коли докази у справі можуть вважатись недопустимими. Наприклад, деякі з американських вчених, що займаються вивченням поведінкових відхилень в контексті права (Рассел Коробкін (Russell B. Korobkin),

²¹² Jolls, Christine, and Cass R. Sunstein. "Debiasing through law." *The Journal of Legal Studies* 35.1 (2006): 199-242.

²¹³ Капельюшников, Р. И. Поведенческая экономика и новый патернализм [Текст] : препринт WP3/2013/03 / Р. И. Капельюшников ; Нац. исслед. ун-т "Высшая школа экономики". – М. : Изд. дом Высшей школы экономики, 2013. – 76 с. – (Серия WP3 "Проблемы рынка труда") [37]

²¹⁴ Jolls, Christine. "Behavioral economics and the law." *Foundations and Trends® in Microeconomics* 6.3 (2011): 173-263. [194-197]

²¹⁵ Там само [195]

Томас Улен (Thomas S. Ulen) доводять необхідність внести зміни до кримінального процесу про недопустимість докази про попередню історію вчинення правопорушень обвинуваченим у кримінальній справі. Причиною для такої нормативної зміни є вірогідність переоцінки вказаного доказу судом присяжних та формування упереджене ставлення до обвинуваченого під впливом евристики репрезентативності.²¹⁶

*Підхід усунення відхилень від раціональності через право по іншому пропонує вирішити проблеми помилкових суджень та ментальних помилок притаманних людині, а саме намагається мінімізувати або усунути саму не наслідок когнітивних упереджень (як це робить ізоляційний підхід), а причину помилок. “За логікою цього підходу, люди через особливості своєї природи (обмежену раціональність, силу волі, егоїстичність) у певних ситуаціях приймають не найкращі для себе рішення, тому нормативні установки суспільства мають “коригувати” індивідуальний вибір, допомагати людям усунути або зменшити помилки у судженнях, безпосередньо не обмежуючи вибір, “підштовхувати” індивідів до прийняття нормативно правильних рішень”.*²¹⁷

Для того, щоб продемонструвати застосування підходу усунення відхилень від раціональності через право, можна звернутись до адміністративного права США, в положеннях якого закріплені численні процесуальні механізми, що допомагають запобігти когнітивним відхиленням та упередженням державних службовців при виконанні ними своїх службових функцій. До механізмів, що допомагають уникнути впливу психологічних відхилень можна віднести: обов’язок державних службовців при оцінці проблемних ситуацій брати до уваги точку зору аутсайдерів, оцінювати всі наявні шляхи вирішення проблем (в тому

²¹⁶ Rachlinski, Jeffrey J. "The uncertain psychological case for paternalism." Nw. UL Rev. 97 (2002): 1165. [1199]

²¹⁷ Набатова, О. О. "Поведінковий підхід до економічного аналізу права." Економічна теорія та право 4 (2015): 109-121. [116]

числі і ті, що не відповідають ідеологічним уявленням самих держслужбовців), приймати рішень з урахування інтересів різноманітних суспільних груп. Ефективна система судового контролю над органами державної влади допомагає втілювати вказані методи у практику державних чиновників та забезпечує усунення відхилень від раціональні при прийнятті ними рішень.²¹⁸

Загалом, з початку розвитку поведінкової економіки і права, поведінкові підходи почали застосовувати для усунення упереджень і відхилень саме через процесуальне законодавство (наприклад, з метою мінімізації впливу евристик на учасників судового процесу, які перебувають під впливом емоцій та повинні часто приймати рішення в ситуації невизначеності). Згодом, поведінкові напрацювання вже активно почали імплементувати у матеріальне право (для покращення різноманітних сфер державної політики, наприклад, податкового законодавства, пенсійного регулювання, тощо).

Щоб продемонструвати можливі стратегії застосування поведінкових підходів через процесуальне та матеріальне право для усунення когнітивних обмежень притаманних суб'єктам в судовій та позасудовій діяльності, нижче ми наводимо таблицю № 3, яка відображає комплекс застосування ізоляційного і підходу усунення відхилень в праві (Таблиця № 3 є модифікованою версією таблиці про застосування поведінкових підходів у праві, яка наводиться Крістін Джолс у статті “Поведінкова економіка і право”).²¹⁹

Перша частина Таблиці № 3 присвячена ізоляційному підходу усунення когнітивних відхилень через право. У верхньому лівому квадраті Таблиці № 3 зазначено *“ізолювання через процесуальне право”*. Прикладом застосування

²¹⁸ Ip, Eric C. "Debiasing regulators: The behavioral economics of US administrative law." *Common Law World Review* 46.3 (2017): 171-197. [187-188]

²¹⁹ Jolls, Christine. "Behavioral economics and the law." *Foundations and Trends® in Microeconomics* 6.3 (2011): 173-263. [197]

цього типу поведінкових мір, як вже згадувалось, можуть бути правила допустимості доказів (наприклад, в справах про зґвалтування, докази про попередню кримінальну історію обвинуваченого можуть сприяти впливу евристик репрезентативності на об'єктивне ухвалення судового рішення).²²⁰

Іншим прикладом ізолювання через процесуальне право може бути збільшення порогу доказування у судових справах щодо вчинення суспільно небезпечних/шкідливих діянь. Розглядаючи справу про вчинення проступку, суддя систематично перебуває під впливом ефекту хайнсайту,²²¹ тобто схильності переоцінювати вірогідність настання події після того, як вона сталася (див. підрозділ 3 розділу 2 даної роботи). Вказане призводить до збільшеного відсотку засуджених за наслідки, яких вони фактично не могли передбачити.

Для зменшення вплив ефекту хайнсайту на прийняття судового рішення, така ізоляційна міра як збільшення порогу доказування для доведення вини особи може сприяти винесенню справедливого судового рішення, яке ухвалюватиметься на основі комплексного дослідження всіх зібраних доказів у справі та сприятиме зменшенню впливу ефекту хайнсайту на суддів.²²²

Прикладом “гібридного” ізолювання для впливу на поведінку учасників судового процесу (верхній правий квадрат Таблиці № 3) може служити застосування для

²²⁰ Rachlinski, Jeffrey J. "The uncertain psychological case for paternalism." Nw. UL Rev. 97 (2002): 1165. [1199]

²²¹ Harley, Erin M. "Hindsight bias in legal decision making." Social Cognition 25.1 (2007): 48-63.; Guthrie, Chris, Jeffrey J. Rachlinski, and Andrew J. Wistrich. "Judging by Heuristic-Cognitive Illusions in Judicial Decision Making." Judicature 86 (2002): 44.; Oeberst, Aileen, and Ingke Goeckenjan. "When being wise after the event results in injustice: Evidence for hindsight bias in judges' negligence assessments." Psychology, Public Policy, and Law 22.3 (2016): 271.

²²² Jolls, Christine. "Behavioral economics and the law." Foundations and Trends® in Microeconomics 6.3 (2011): 173-263. [196]

ведення судового процесу практик з інших сфер суспільних відносин, наприклад, корпоративних відносин.

	Типи права			
	Ізоляційний підхід		Підхід усунення через право	
	Судове процесуальне право	Матеріальне право, що регулює позасудову діяльність	Судове процесуальне право	Матеріальне право, що регулює позасудову діяльність
Вплив на навички актора як учасника судового процесу	Ізолювання через процесуальне право	“Гібридне” ізолювання	Усунення через процесуальне право	“Гібридне” усунення
Вплив на навички актора у прийнятті рішень в позасудовій діяльності	х	Ізолювання через матеріальне право	х	Усунення через матеріальне право

Таблиця № 3 Застосування ізоляційного та підходу до усунення через право когнітивних відхилень в діях та рішеннях осіб, що діють в судовому процесі та позасудовій діяльності

Так, для уникнення ефекту хайнсайту на прийняття судового рішення, Джефрі Рачлінський (Jeffrey Rachlinski) пропонує використовувати правило бізнес

судження (business judgment rule).²²³ Зміст вказаного правила полягає в тому, що менеджер корпорації не несе відповідальність за шкоду нанесену внаслідок прийнятого ним рішення у разі, якщо він під час вчинення дій/прийняття рішення був переконаний, що прийняте рішення/дія найкраще відповідають інтересам компанії.

Одна з причин існування вказано правила полягає в тому, що навіть правильні бізнес-рішення часто призводять до негативних результатів, наприклад, у вигляді зменшення прибутку підприємств через фактори, які не залежать від тих осіб, які приймали рішення (такими факторами можуть бути непередбачувані зміни на ринку, відомі в економічній літературі як “чорні лебеді”).²²⁴ Іншою причиною існування правило бізнес-судження є бажання уникнути безпідставного покладення відповідальності на менеджерів компаній та запобігти страху прийняття менеджерами ефективних рішень в майбутньому (chilling effect).

Рачлінські та Джолс, використовуючи логіку корпоративних відносин, пропонують застосувати правило бізнес-судження в судовому процесі при вирішенні питання про відповідальність особи за діяння, що могли призвести до настання суспільно шкідливих наслідків. Вказане може бути одним з факторів, що зменшать вплив ефекту хайсайту на судження судді при вирішенні питання про відповідальність особи та дозволить запобігати безпідставному накладенню відповідальності на особу, яка діяла добросовісно та вчинила всі необхідні дії,

²²³ Rachlinski, Jeffrey J. "A positive psychological theory of judging in hindsight." *The University of Chicago Law Review* 65.2 (1998): 571-625.

²²⁴ Taleb, Nassim Nicholas. *The black swan: The impact of the highly improbable*. Vol. 2. Random house, 2007

що видавались їй достатніми для запобігання настанню суспільно шкідливих наслідків.²²⁵

Хоча подібне застосування правила бізнес-судження в судовому процесі видається ефективним способом для захисту добросовісної сторони у цивільному процесі, значне підвищення порогу для доведення існування причинно-наслідкового зв'язку між діями/їх відсутністю та суспільно шкідливими наслідками несе чимало ризиків. Одним з основних ризиків є відсутність покарання для винних осіб, умисел яких з допомогою правила бізнес-судження буде важче довести. Саме з огляду на вказаний ризик, зважувати витрати і вигоди від запровадження вказаних ізоляційних мір в судовому процесі.

Прикладом мір ізолювання для уникнення відхилень в діях акторів, що приймають рішення в позасудовій діяльності через матеріальне право (нижній правий квадрат Таблиці № 3) можуть бути заходи спрямовані на запобігання надмірного оптимізму у споживачів. Як побіжно згадувалось в другому розділі, споживачі систематично перебувають під впливом упередження в оптимізмі, тобто схильність до переоцінки настання певної події та недооцінки ймовірності настання небажаної подій. Наведене може призвести до того, що під впливом ефекту оптимізму, споживачі проігнорують застереження щодо споживання продукції, та зазнають шкоди від спожитого товару.

Одним з можливих правових способів запобігти настанню таких негативних наслідків є створення анти-стимулів для виробників продукції (наприклад, шляхом посилення юридичної відповідальності виробника продукції за настання таких негативних наслідків). Вказане може виступати економічним заохоченням

²²⁵ Rachlinski, Jeffrey J. "A positive psychological theory of judging in hindsight." *The University of Chicago Law Review* 65.2 (1998): 571-625 [572]; Jolls, Christine. "Behavioral economics and the law." *Foundations and Trends® in Microeconomics* 6.3 (2011): 173-263. [218-219]

виробників продукції до кращого інформування споживачів про негативні властивості продукту та наслідки споживання вказаної продукції.²²⁶

Друга частина Таблиці № 3 присвячена підходу усунення через право когнітивних упереджень та відхилень. Прикладом підходу усунення через процесуальне право і “гібридне усунення” відхилень у поведінці учасників судового процесу (*верхній правий і лівий квадрант Таблиці № 3*) є встановлення процесуальних та “гібридних” заходів, що дозволяють уникнути схильності учасників судового процесу мислити на користь бажаного.

Як детально було описано у підрозділі 2.3 даної роботи, учасники судового процесу схильні переоцінювати власну правову позицію, несвідомо ігноруючи або приділяючи незначну увагу тим доказам, що суперечать їхній правовій позиції.²²⁷ Така нераціональна поведінка сторін в судовому процесі може призвести до надлишкових витрат як для сторін у спорі, так і для держави (витрати матеріального і нематеріального характеру).

Серед можливих способів усунути вплив відхилення оптимізму на сторін в судовому процесі, Вод Варнсворс (Ward Farnsworth) пропонує²²⁸ таке:

- встановлення досудової незалежної оцінки правової позиції між позивачем та відповідачем (наприклад, в США, перед тим як подати позов до суду щодо дискримінаційних дій з боку роботодавця, працівник спочатку повинен звернутись до Комісія по забезпеченню рівних можливостей для

Jolls, Christine. "Behavioral economics and the law." *Foundations and Trends® in Microeconomics* 6.3 (2011): 173-263. [220]

²²⁷ Bar-Gill, Oren. "The evolution and persistence of optimism in litigation." *Journal of Law, Economics, and Organization* 22.2 (2005): 490-507.

²²⁸ Farnsworth, Ward. "The legal regulation of self-serving bias." *UC Davis L. Rev.* 37 (2003): 567. [25]

працевлаштування (Equal Employment Opportunity Commission), яка оцінює правову позицію кожної зі сторін та вчиняє дії по мирному врегулюванню спору; при цьому така досудова процедура не позбавляє можливості працівника в подальшому подати позов до суду);

- збільшення порогу доказування у справах, в яких ключову роль відіграють оціночні судження та відсутня детермінованість (серед таких можна назвати дифамаційні справи);
- збільшення передбачуваності вирішення судової справи (наприклад, збільшення ролі професійних суддів у процесі та мінімізація ролі суду присяжних, який більш схильний піддаватись впливу когнітивних відхилень).

Аналізуючи усунення відхилень в діях та рішеннях акторів в позасудовій діяльності через матеріальне право (нижній лівий квадрат Таблиці № 3) варто зазначити, що вказаний підхід сформував окремий напрямок в поведінковій економіці і праві (*debiasing through law*), який займається впровадженням механізмів уникнення поведінкових відхилень через матеріальне право.

Так, в одній з найбільш цитованих статей по цьому напрямку, Касс Сенштейн та Крістін Джолс детально аналізують різноманітні сфери матеріального права та пропонують, з метою уникнення поведінкових відхилень, імплементувати зміни до корпоративного права (встановити вимогу про включення у вищі органи компанії директорів “із зовні”), споживчого права (покращити інформування споживачів), права власності (вдосконалити способи набуття та припинення прав інтелектуальної власності).²²⁹

²²⁹ Jolls, Christine, and Cass R. Sunstein. "Debiasing through law." *The Journal of Legal Studies* 35.1 (2006): 199-242.

Перелічена класифікація застосування ізоляційного та підходу усунення відхилень через процесуальне та матеріальне право дає комплексне уявлення про можливі варіанти застосування поведінкового підходу у правовій системі. Однак, класифікація не носить тільки теоретичний характер, але й активно застосовується при розробці та імплементації поведінкових механізмів в публічній політиці. Про те, які із вказаних поведінкових механізмів вже знайшли своє застосування у публічній політиці держав світу та яким чином вказані підходи можуть бути використані в публічній політиці в Україні йтиметься в наступному підрозділі.

3.3. Використання поведінкового підходу у публічній політиці: досвід США і Великої Британії. Уроки для України.

Хоча дискусії про те, чи м'який патерналізм слід кваліфікувати як допустиме обмеження свободи тривають і досі, держави вже активно почали використовувати напрацювання поведінкового підходу в своїх політиках стосовно сплати податків, погашення кредиту, збільшення пенсійних накопичень, реформи поліції, запобігання насильству в школах, донорства органів, програм вакцинації, профілактики ВІЛ / СНІД, використання добрив, економного використання природних ресурсів, тощо.²³⁰

²³⁰ Pykett, Jessica, et al. Neuroliberalism: behavioural government in the twenty-first century [Електронний ресурс] // Routledge. – 2017. – Режим доступу до ресурсу: <https://books.google.com.ua/books?id=l-> (дата звернення від 28.05.2018 року); Капелюшников, Р. И. Поведенческая экономика и новый патернализм [Текст] : препринт WP3/2013/03 / Р. И. Капелюшников ; Нац. исслед. ун-т “Высшая школа экономики”. – М. : Изд. дом Высшей школы экономики, 2013. – 76 с. – (Серия WP3 “Проблемы рынка труда”); Whitehead, Mark, et

Згідно з дослідженням проведеним Радою з економічних та соціальних досліджень (Велика Британія), станом на 2014 рік, в 135 країнах світу були зафіксовані докази організації *ad hoc* програм по зміні (уникненню/усуненню) різноманітних поведінкових відхилень через публічну політику (на Kartі № 1 позначені червоним кольором). В 51 з вказаних 135 країн були виявлені централізовані державні програми, які включають в себе напрацювання поведінкового підходу для зміни поведінки людей (на Kartі № 1 позначені синім кольором).²³¹

Варто зазначити, що в країнах, які централізовано впроваджують напрацювання поведінкового підходу через публічну політику, форми та способи усунення поведінкових відхилень значно відрізняються одні від одних за організацією процесу впровадження, сферою застосування, інтенсивністю, тощо.

Так, в Китаї функціонує ряд програм, які направлені на впровадженню поведінкових напрацювань у публічні політики для боротьби проти ВІЛ/СНІД. Водночас, в Бельгії урядом було розроблено ряд державних програм, які використовують поведінкові дослідження та напрацювання для забезпечення соціально-бажаної поведінки в таких сферах, як добровільне донорство органів, раціональне використання енергії, належна сплата податків.²³²

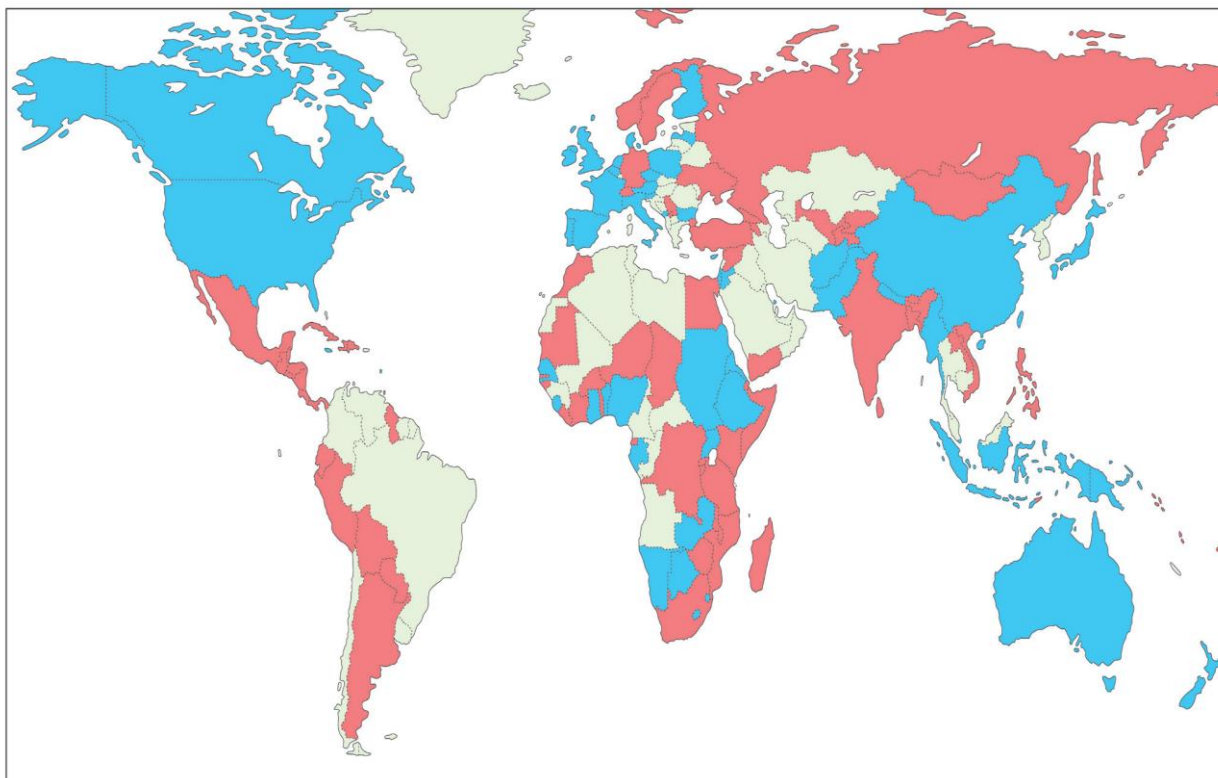
Серед лідерів, які найбільш стратегічно підходять до планування та імплементації поведінкових підходів у публічну політику можна назвати такі країни, як США, Велику Британію, Австралію, Францію, в яких діють державні

al. "Nudging all over the world." Reino Unido, Economic and Social Research Council (2014): 25. [29]

²³¹ Whitehead, Mark, et al. "Nudging all over the world." Reino Unido, Economic and Social Research Council (2014): 25. [9]

²³² Там само [25]

інститути,²³³ що займаються розробкою методики підвищення ефективності та оптимізації урядового управління, а також імплементацією поведінкових підходів у публічну політику.



Карта № 1. Незалежні країни, які централізовано організували програми зміни поведінки людей з допомогою поведінкових підходів (позначені синім кольором) та країни, в якій виявлено *ad hoc* програми зміни поведінки (позначені червоним кольором). Джерело: Whitehead, Mark, et al. "Nudging all over the world." Reino Unido, Economic and Social Research Council (2014): 25 [26].

²³³ Social and Behavioral Sciences Team [Електронний ресурс] – Режим доступу: <https://sbst.gov/> (дата звернення від 28.05.2018); Behavioural Insights Team [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://www.behaviouralinsights.co.uk/> (дата звернення від 28.05.2018); Australian Public Service [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://www.apsc.gov.au/> (дата звернення від 28.05.2018); Centre d'analyse stratégique [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://archives.strategie.gouv.fr/cas/content/les-publications.html> (дата звернення від 28.05.2018);

Більше того, міжнародні політичні та економічні організації, в тому числі Світовий банк,²³⁴ Організація економічного співробітництва та розвитку,²³⁵ Європейська комісія²³⁶ також в своїх рекомендаційних доповідях наголошують на важливості імплементації поведінкових напрацювань у публічну політику сучасних держав.

Для кращого розуміння як поведінковий підхід використовують держави у публічній сфері, далі я більш детально зупинюсь на досвіді США і Великої Британії по застосуванню поведінкового підходу до покращення їхньої публічної політики.

3.3.1. Досвід впровадження поведінкових підходів у публічну політику США

США є одним з лідерів у сфері політики, економіки і технологій, а тому не дивно, що американський уряд одним з перших почав впроваджувати поведінковий підхід у свою публічну політику. Першим кроком до вказаного стало призначення головою Управління по інформаційним і нормативним питанням (центральный орган виконавчої влади США, відповідальний за розробку та

²³⁴ World Development Report 2015: Mind, Society, and Behavior. [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://www.worldbank.org/content/dam/Worldbank/Publications/WDR/WDR%202015/WDR-2015-Full-Report.pdf> (дата звернення від 28.05.2018);

²³⁵ Insights, OECD Behavioural, and Public Policy. “Lessons From Around the World.” (2017). [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/behavioural-insights-and-public-policy-9789264270480-en.htm> (дата звернення від 28.05.2018);

²³⁶ Behavioural Insights Applied to Policy: European Report 2016, [Електронний ресурс] – Режим доступу: <https://ec.europa.eu/jrc/en/publication/eur-scientific-and-technical-research-reports/behavioural-insights-applied-policy-european-report-2016> (дата звернення від 28.05.2018);

імплементацию нормативного регулювання)²³⁷ Касса Санстеіна, одного з авторів концепції “лібертаріанського патерналізм”.

Більше того, наказом від 15 серпня 2015 року № 13707 “Використання поведінкових відкриттів для кращого служіння американським людям” (Using Behavioral Science Insights to Better Serve the American People) президент США закликав федеральний уряд (департаменти, управління, інші федеральні органи) використовувати поведінкові відкриття при розробці та імплементції публічних політик.²³⁸

Зокрема, відповідно до пункту (b) секції 1 вказаного Наказу, при імплементції нормативних положень за допомогою поведінкових напрацювань федеральні органи повинні: (1) виявляти та усувати перешкоди для участі громадян, спільнот, бізнесу в публічних програмах; (2) вдосконалювати поінформованість громадян у сфері публічної політики; (3) виявляти та покращувати умови прийняття рішень учасників публічних програм для збільшення добробуту людей; (4) переглядати та полегшувати специфічні публічні програми для участі громадян (наприклад, пенсійні програми, освітні проекти, тощо).²³⁹

²³⁷ Office of Management and Budget Information and Regulatory Affairs [Електронний ресурс] – Режим доступу: <https://www.whitehouse.gov/omb/information-regulatory-affairs/> (дата звернення від 28.05.2018);

²³⁸ The White House Executive Order. Using Behavioral Science Insights to Better Serve the American People, September 15, 2015 [Електронний ресурс] – Режим доступу: <https://obamawhitehouse.archives.gov/the-press-office/2015/09/15/executive-order-using-behavioral-science-insights-better-serve-american> (дата звернення від 28.05.2018);

²³⁹ The White House Executive Order. Using Behavioral Science Insights to Better Serve the American People, September 15, 2015 [Електронний ресурс] – Режим доступу: <https://obamawhitehouse.archives.gov/the-press-office/2015/09/15/executive-order-using-behavioral-science-insights-better-serve-american> (дата звернення від 28.05.2018);

Керуючись наведеними вище положеннями, державні органи США почали активно впроваджувати поведінкові підходи в публічну політику. У щорічному звіті за 2016 рік поведінкового підрозділу Національної ради з питань науки і техніки США зазначається, що поведінкові підходи вже були імplementовані у пенсійну систему, систему освіти та охорони здоров'я, реформу кримінальної юстиції, покращення ефективності державного управління та інші сфери суспільного життя.²⁴⁰

Однією зі сфер, яку уряд США намагається реформувати за допомогою поведінкових напрацювань є кримінальна юстиція. Так, у США надзвичайно проблемним є значний рівень рецидивізму. Як показують дослідження проведені серед в'язнів американських тюрм, 2/3 від всіх в'язнів були повторно заарештовані за вчинення одного чи кількох кримінальних правопорушень протягом трьох років після виходу на свободу.²⁴¹

Для розв'язання цієї проблеми, науковці працюють над розробкою найбільш оптимальних поведінкових рішень, що дозволять покращити становище в'язнів та принести значні соціальні блага для суспільства. Наприклад, в ході досліджень було встановлено, що одним з найбільш ефективних інструментів для зменшення повторного вчинення злочинів є програми реабілітації (як до, так і після виходу особи на волю), спрямовані не тільки на покращення ментального стану людини, але і включення її в соціальне середовище, покращення її освітнього рівня та залучення її в економічне життя.

²⁴⁰ Social and Behavioral Sciences Team 2016 Annual Report [Електронний ресурс] // Executive Office of the President National Science and Technology Council. – 2016. – Режим доступу до ресурсу: <https://sbst.gov/download/2016%20SBST%20Annual%20Report.pdf> (дата звернення від 28.05.2018);

²⁴¹ Controlling Violent Offenders Released to the Community: An Evaluation of the Boston Reentry Initiative Anthony A. Braga, Anne M. Piehl, David Hureau [412]

Вказані програми дозволяють змінити положення в'язня після виходу на волі, дозволяють з допомогою напрацьованих евристик (механізмів, що допомагають оптимізувати процес прийняття рішення) стати частиною соціального середовища, і вже під впливом інших психологічних факторів (соціального тиску, свідомих і несвідомих когнітивних стимулів) успішно завершити процес реабілітації.

Дослідження проведене вченими Гарвардського та Ратгерського університетів в 2009 році продемонструвало, що число рецидивів серед учасників (колишніх в'язнів), які пройшли одну з вказаних програм реабілітації, зменшилось до 30 відсотків.²⁴²

Важливим для розуміння причин негативної криміногенної ситуації в США стало дослідження Національного бюро економічних досліджень, щодо факторів реабілітаційної програми, які мали найбільший і найменший вплив на зміну поведінку учасників експерименту, яке проводилось на протязі 2009-2015 років серед підлітків з бідних районів Чикаго і підлітків, як перебували в одному з виправних закладів США (результати цього дослідження пізніше були використане при розробці реформи кримінальної юстиції в США).²⁴³

Як показали дослідження, участь в реабілітаційних програмах направлених на зміну поведінки підлітків зменшило загальну кількість арештів учасників програми на 28-35% та кількість арештів за вчинення насильницьких злочинів на 45-50%. Також, участь в реабілітаційних програмах затриманих підлітків, які

²⁴² Controlling Violent Offenders Released to the Community: An Evaluation of the Boston Reentry Initiative Anthony A. Braga, Anne M. Piehl, David Hureau [426]

²⁴³ Social and Behavioral Sciences Team 2016 Annual Report [Електронний ресурс] // Executive Office of the President National Science and Technology Council. – 2016. – Режим доступу до ресурсу: <https://sbst.gov/download/2016%20SBST%20Annual%20Report.pdf> (дата звернення від 28.05.2018); [20]

перебували у виправних закладах призвела до зменшення кількості рецидивів на 21%.²⁴⁴

Як зазначають автори дослідження, однією з головних проблем підліткових злочинів є емоційне, необдумане сприйняття реальності та агресивна, автоматична відповідь на подразники (наприклад, словесні чи фізичні образи). В ході експерименту було доведено, що на зміну поведінки учасників експерименту не мали значного впливу такі фактори, як емоційний інтелект, соціальні навички, самоконтроль та загальних менторський вплив. Водночас, одним з ключових факторів успіху реабілітаційної програми підлітків стали поведінкові інструменти, які дозволили вплинути на інтуїтивний тип сприйняття та автоматичну систему (див. *підрозділ 2 розділу 2 даної роботи*) прийняття рішень підлітками. Зокрема, етапи реабілітаційної програми допомогли виробити в учасників дослідження набір ментальних моделей, які є соціально бажаними та *“допомогли молодим людям оволодіти більшим почуттям такту”*,²⁴⁵ що в подальшому дозволило останнім уникнути наступних кримінальних конфліктів.

На основі вказаних досліджень та за допомогою поведінкових підходів, Федеральне бюро в'язниць разом з Національною радою з питань науки і техніки розробило в 2016 році підручник, який передбачає курс реабілітації для осіб, які виходять з в'язниці. Підручник містить конкретні дії, які засудженим рекомендується виконати до і одразу після виходу з в'язниці (наприклад, отримати сертифікат про освітній рівень, що пізніше може допомогти при влаштуванні на роботу). Чітких своєчасний план, як демонструють поведінкові

²⁴⁴ Heller, Sara B., et al. "Thinking, fast and slow? Some field experiments to reduce crime and dropout in Chicago." *The Quarterly Journal of Economics* 132.1 (2017): 1-54 [3]

²⁴⁵ Там само [7]

дослідження, може у великій мірі допомогти колишнім в'язням у їхній реабілітації та поверненню їх у нормальне соціальне середовище.²⁴⁶

3.3.2. Досвід впровадження поведінкових підходів у публічну політику Великої Британії

У 2010 році уряд Великої Британії на чолі з Девідом Камероном створив державний інститут “Команда поведінкових досліджень” (“Behavioural Insights Team”) (далі - “**BIT**”), завданням якого стала розробка методики підвищення ефективності та оптимізації управління у публічній сфері за допомогою поведінкових підходів.²⁴⁷

Як описує історію створення та функціонування BIT в своїй книзі британський психолог та голова BIT Давид Халперн (David Halpern), основним правилом в роботі британської поведінкової команди стала конструкція під назвою “EAST”: щоб досягти бажаної поведінки, необхідно створити умови, коли вона буде (1) простою (easy); (2) привабливою (attract); (3) соціальною (social) і своєчасною (timely).²⁴⁸

Одним з перших кроків BIT по запровадженню поведінкових досліджень у публічну сферу стало збільшення кількості учасників пенсійних програм і загального рівня пенсійних збережень. Протягом років з бюджету Великої Британії виділялись численні дотації (за деякими підрахунками, близько 30

²⁴⁶ Social and Behavioral Sciences Team 2016 Annual Report [Електронний ресурс] // Executive Office of the President National Science and Technology Council. – 2016. – Режим доступу до ресурсу: <https://sbst.gov/download/2016%20SBST%20Annual%20Report.pdf> (дата звернення від 28.05.2018); [20]

²⁴⁷ Bennhold, Katrin. "Britain's ministry of nudges." New York Times 7 (2013).

²⁴⁸ David Halpern "Inside the Nudge Unit: How small changes can make a big difference", Ebury Publishing, (2016), 400 pages, [63]

мільярдів доларів щороку) для збільшення рівня пенсійних заощаджень, однак подібні державні ініціативи не мали значного позитивного ефекту.²⁴⁹

Для збільшення кількості учасників пенсійних програм та зростання рівня пенсійних збережень), ВІТ вирішила змінити норму за якою, роботодавці не мали обов'язку записувати працівників на програми пенсійного забезпечення, а останнім необхідно було пройти спеціально визначену процедуру для того, щоб бути включеними до програми пенсійного забезпечення.

В результаті змін у пенсійне законодавство, на роботодавців був покладений обов'язок автоматично записувати працівників на пенсійну програму, при цьому самі працівники не були позбавлені правомочності виписатись з такої програми, але тільки за умови повідомлення роботодавця про свій вибір протягом визначеного періоду часу.²⁵⁰

Такі прості зміни врахували кілька психологічних моментів, в тому числі домінуючу силу інтуїтивного типу сприйняття разом з притаманним йому ефектом правила “як усталено” та ефектом статус-кво упередження (див. підрозділ 2 розділу 2 даної роботи).

“Поведінкова реформа” пенсійного законодавства у Великій Британії принесла надзвичайно гарні результати. Зокрема, серед працівників, які були включені до програми пенсійного забезпечення за новими правилами, 90 відсотків вирішили не виписуватись з таких програм, а число працівників, які стали частиною пенсійної системи збільшилось на 5 мільйонів станом на 2015 рік.²⁵¹

²⁴⁹ Там само, [66]

²⁵⁰ Automatic Enrolment Opt-out Rates: findings from research with large employers, DWP, 2013 [4]

²⁵¹ David Halpern "Inside the Nudge Unit: How small changes can make a big difference", Ebury Publishing, (2016), 400 [66]

Подібно до пенсійних змін, представники поведінкової команди запропонували за допомогою простих поведінкових інструментів також покращити ефективність збору податків. Для досягнення вказаної цілі була спрощена процедура заповнення податкової форми. Так, до заміни процедури, Управління з податків та митних зборів надсиало платникам податків листи, в яких містився лінк на сайт, на якому були розміщені податкові формуляри для заповнення. За результатами дослідження ефективності заповнення вказаних формулярів було виявлено, що тільки 1 з 5 платників податків відкривали посилання та заповнювала формуляр.²⁵²

Для покращення ефективності збору податків, замість 2-ступеневої процедури була введена 1-ступенева процедура заповнення. Тепер, в листі податкової одразу містився формуляр, який необхідно було заповнити. В результаті досліджень ефективності такої простої зміни у процедурі було виявлено, що кількість заповнень податкових формулярів і збору податків збільшилась на 22 відсотки.²⁵³

Ще одним прикладом, коли за допомогою *підштовхування* досягаються соціально корисні результати у публічній політиці може служити збільшення ефективності стягнення заборгованості за судовими рішеннями за допомогою поведінкових інструментів. У Великій Британії, подібно до України, існує проблема систематичної несплати заборгованості за судовими рішеннями. Тому для примусового стягнення сум заборгованості за судовими рішеннями створений інститут виконавців. У разі прийняття рішення про стягнення суми заборгованості, виконавці надсилають особі-боржнику попередження про необхідність сплатити заборгованості. Якщо протягом встановленого періоду

²⁵² Там само, [74]

²⁵³ Там само, [74]

часу боржник борг самостійно не погасив, виконавець описує наявне у боржника майно, що в майбутньому буде служити для погашення боргу.

З метою збільшення ефективності стягнення сум заборгованості та мінімізації адміністративних витрат держави на процедуру примусового стягнення боргу, ВІТ запропонувало виконавцям за 10 днів до візиту до боржників надсилати останнім текстові повідомлення разом з офіційним попередженням, в яких йшлося про запланований візит виконавця у разі непогашення заборгованості. В результаті використання такого “елементарного” механізму суми добровільної сплати заборгованості за судовими рішеннями значно збільшились. Більше того, вказане не тільки допомогло покращити ефективність стягнення боргів, але й в значній мірі зменшило адміністративні витрати держави.²⁵⁴

Слід зазначити, що застосування поведінкового підходу цими прикладами звичайно не закінчується. З аналізу наведено досвіду США та Великої Британії можна зробити висновок, що імплементація поведінкових інструментів через правові механізми для досягнення соціально корисного результату має ще великий потенціал. На підтвердження вказаного можна навести експеримент, в якому англійська поведінкова команда досліджувала бажання людей пожертвувати гроші на благодійність при впливі на них часового та соціального фактору.²⁵⁵

В експерименті взяли участь одна з найбільших груп юристів, які займаються спадковим правом, яких поведінкові дослідники попросили в формулярі заповіту їхніх клієнтів, вписати декілька запитань щодо наявності чи відсутності в заповідача бажання пожертвувати гроші на благодійність. Результати експерименту довели наступне: у разі наявності в заповіті питання про бажання

²⁵⁴ Там само, [88]

²⁵⁵ Там само, [132]

зробити пожертву, близько 5% заповідачів погодились на акт благодійництва; у випадку, якщо юрист безпосередньо запитував клієнта, чи той бажає зробити пожертву, відсоток тих, що погодились зробити пожертву збільшився вдвічі – до 10% всіх заповідачів.

Але найбільш цікавим є варіант, коли при складанні заповіту, юристи запитували своїх клієнтів про бажання зробити пожертву, вказуючи таке: *“багатьом нашим клієнтам подобається залишати гроші на благодійність в їхніх заповітах. Чи є вас щось таке, що вас надихає?”*. У випадку наявності такого запитання, число тих, хто вирішив зробити благодійні пожертви виросло до 15% всіх клієнтів, які заповідали своє майно, а середня сума внеску збільшилась у двічі (з 3,300 до 6,700 фунтів).²⁵⁶

3.3.3. Поведінковий підхід: уроки для України

В дослідженні проведеному Радою з економічних та соціальних досліджень (Велика Британія), яке вже згадувалось вище, в 135 країнах світу були зафіксовані докази організації *ad hoc* програм по зміні різноманітних поведінкових відхилень через публічну політику, однак, серед цих країн дані про Україну відсутні (див. *Карта № 1*).

Справді, аналіз відкритих даних свідчить про те, що в той час як застосуванню економічного аналізу в публічній політиці традиційно відводиться значне місце, інструменти поведінкового підходу поки не застосовуються при розробці та імплементації публічної політики в Україні.

Водночас, в Україні існує чимало проблем, які можливо було б вирішити з допомогою поведінкового підходу при мінімальних бюджетних витратах.

²⁵⁶ Там само, [132]

Наприклад, через складне валютне регулювання, громадяни досить часто не мають змоги швидко та комфортно отримати іноземну валюту, що може призвести до перешкод у веденні бізнесу та негативних наслідків для економічного обміну в країні. Більше того, поведінкові напрацювання могли б бути використані для покращення роботи податкової системи, наприклад, через спрощення процедури заповнення податкової декларації.

Ще одним важливим аспектом публічної політики України, який можливо було б покращити з допомогою поведінкових напрацювань є збільшення рівня донорства органів. 17 травня 2018 року Верховна Рада України ухвалила законопроект, яким дозволяється трансплантація органів після смерті донора за умови, що він дав письмову згоду на трансплантацію.²⁵⁷ Згідно зі статтею 16 вказаного законопроекту *“кожна особа з повною цивільною дієздатністю має право прижиттєво дати письмову згоду або незгоду стати донором анатомічних матеріалів після своєї смерті, що передбачає згоду або незгоду на взяття тих чи інших анатомічних матеріалів для трансплантації та (або) виготовлення біоімплантатів”*.²⁵⁸

Оскільки поки відсутня інформація про формулювання, яке буде використовуватись для дачі згоди на пересадку органів, Україна могла б

²⁵⁷ Укрінформ. Рада дозволила посмертне донорство органів. [Електронний ресурс] – Режим доступу: <https://www.ukrinform.ua/rubric-politics/2462196-rada-dozvolila-posmertne-donorstvo-organiv.html> (дата звернення від 28.05.2018); Проект Закону “Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо охорони здоров'я та трансплантації органів та інших анатомічних матеріалів людині”. № 2386а-1 від 04.08.2015 [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=56231 (дата звернення від 28.05.2018);

²⁵⁸ Проект Закону “Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо охорони здоров'я та трансплантації органів та інших анатомічних матеріалів людині”. № 2386а-1 від 04.08.2015 [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=56231 (дата звернення від 28.05.2018);

використати досвід інших країн, як з допомогою поведінкових інструментів можливо збільшити рівень донорства. Якщо аналізувати практику, в якій формі дається згода особи на донорство органів в таких розвинутих країнах як Австрія, Німеччина, Бельгія, Нідерланди, то можна побачити, що в переважній більшості використовується одне з двох формулювань згоди на донорство.

Так, при заповненні заяви про згоду на трансплантацію органів, при першому варіанті питання сформоване наступним чином: *“якщо ви не згодні, щоб ваші органи були пересажені після смерті, ставте позначку”*; при другому варіанті: *“чи погоджуєтесь ви на те, щоб ваші органи після смерті віддали на трансплантацію?”*.²⁵⁹ І хоча інтуїтивно може здатись, що заміна формулювання не повинна мати ніякого ефекту на вибір особи, під впливом інтуїтивного сприйняття та ефекту фреймінгу, перше формулювання дозволяє значно підвищити рівень донорства.²⁶⁰

Варто також зазначити, що відсутність знань про поведінковий підхід може привести до ризику завдання суспільно шкідливих наслідків від нормотворчої діяльності. На мою думку, прикладом саме такої негативної урядової ініціативи є проект Міністерства юстиції України *“Шлюб за добу”*. Як вказано на сайті міністерства: *“сервіс покликаний зробити одруження максимально зручним та комфортним. Проект передбачає відхід від старих бюрократичних радянських*

²⁵⁹ Як спонукати країну до схуднення та до чого тут поведінкова економіка. [Електронний ресурс] – Режим доступу: <https://hromadske.ua/posts/sho-take-povedinkova-ekonomika> (дата звернення від 28.05.2018);

²⁶⁰ Thaler, R. H., & Sunstein, C. R. Nudge: Improving decisions about health, wealth, and happiness. Yale University Press (2008). P.304. [159-163]

норм, які діють донині і примушують українців, подавши заяву, чекати щонайменше 30 днів”.²⁶¹

Видається, що розробниками ініціативи проігнорований той факт, що період очікування для укладення шлюбу є досить поширеною практикою і в інших країн та переслідує спеціальну мету - допомагає “вгамувати” запал емоцій майбутніх наречених та задіяти рефлексивний тип сприйняття (див. підрозділ 1 розділу 2 даної роботи) для прийняття обдуманого рішення про створення сім’ї (“*період охолодження*”).

Більше того, саме період охолодження перед заміжжям забезпечує уникнення впливу психологічного упередження під назвою “*проектне спотворення*”.²⁶² Відповідно до вказаного упередження, люди схильні перебільшувати ступінь того, до якої міри їх майбутні смаки будуть відповідати їхнім нинішнім смакам, особливо під емоційним тиском.²⁶³ В контексті швидкого одруження, проектне спотворення може підштовхувати людей приймати поспішне рішення одружитися, і саме період охолодження дозволяє зменшити вплив проектного спотворення при вирішенні питання про одруження.

На сам кінець слід зазначити, що вказані вище пропозиції по зміні публічної політики в Україні є тільки попереднім аналізом, який був виконаний на основі теорії та вже існуючого досвіду інших країн. Водночас, для належного

²⁶¹ Міністерство юстиції України. Реєстрація шлюбу в Україні [Електронний ресурс] – Режим доступу: <https://minjust.gov.ua/news/ministry/reestratsiya-shlyubu-v-ukraini> (дата звернення від 28.05.2018);

²⁶² Loewenstein, George, O'Donoghue, Ted and Rabin, Matthew, (2003), Projection Bias in Predicting Future Utility, The Quarterly Journal of Economics, 118, issue 4, p. 1209-1248.

²⁶³ Wie, Dainn, and Hyoungjong Kim. "Between Calm and Passion: The Cooling-Off Period and Divorce Decision in Korea Feminist Economics."

запровадження поведінкових механізмів у публічну політику поверхневого аналізу окремих аспектів звичайно не достатньо.

Видається, що існує необхідність створення окремої державної чи державно-приватної інституції, яка буде відповідати за детальне вивчення поведінкових механізмів, які пропонуються запровадити в публічну політику, проведення експериментів по визначенню збільшення ефективності функціонування існуючих правових інститутів за допомогою поведінкових підходів та співпрацю з іншими країнами та поведінковими організаціями для імплементації досвіду інших успішних поведінкових ініціатив у публічну і правову політику України.

Висновки до розділу III

У цьому розділі було проаналізовано м'який патерналізм – новий поведінковий підхід у державній політиці по сприянню людині у прийнятті нею корисних для неї самої рішень. Також, було досліджено, як незалежні держави з допомогою поведінкового підходу впроваджують поведінковий підхід у матеріальне та процесуальне право для покращення функціонування публічного сектору.

Вивчення досвіду вказаних країн допомагає краще зрозуміти, як поведінкові напрацювання застосовуються для покращення функціонування правової системи, а також дозволяє запропонувати можливі способи застосування поведінкового підходу до вдосконалення публічної і правової політики в Україні.

ВИСНОВКИ

Економічний аналіз права став одним з домінуючих інтердисциплінарних підходів у правових наукових дослідженнях, а також діяльності нормотворців та практикуючих юристів. Економічна модель права дозволила пізнати економічний характер правових явищ і процесів, а також запропонувала нове розуміння поведінки людини у правовій системі. Однак, в ході дослідження та застосування економічної моделі права була виявлена систематична невідповідність економічної моделі поведінки людини реальній поведінці людини.

Вказане стало однією з основних причин виникнення поведінкового підходу, який з допомогою напрацювань поведінкової науки дозволив вдосконалити передбачуваність економічної моделі права та допоміг зрозуміти, як в реальному житті людина формує судження та приймає рішення. Зокрема, відкриття поведінкового підходу дозволили краще зрозуміти поведінку особи та стали причиною зміни традиційних уявлень про те, як людина мислить (існування інтуїтивного та рефлексивного типу сприйняття), а також довели вплив когнітивних механізмів (евристики) які впливають на прийняття людиною рішень.

В ході дослідження поведінкового підходу було досліджено наукові роботи Деніеля Канемана та Амоса Тверські ("Judgment under uncertainty: Heuristics and biases"), Джонатана Еванс ("In Two Minds: Dual Processes and Beyond"), Герда Гігеренцер та Крістофа Енгеля ("Heuristics and Law"), Крістін Джолс ("Behavioral Economics and the Law") Річарда Талера та Касса Санстейна ("Nudge: Improving decisions about health, wealth, and happiness") та багато інших.

В даній роботі також були проаналізовані обмеження притаманні людській раціональності, егоїстичності та силі волі, а також в контексті застосування

напрацювань поведінкового підходу до розуміння правового підходу досліджені притаманні особі упередження мислити на користь бажаного, відхилення в оптимізмі та відхилення хайнсайту (hindsight bias).

Через дослідження основних засад економічного аналізу права та напрацювань поведінкового підходу, в ході цього магістерського дослідження були виконані наступні завдання.

- Проаналізовано історію виникнення та розвитку економічного підходу, основні завдання економічного аналізу права (нормативний та позитивний аналіз права) та охарактеризовано теоретичну основу економічного аналізу права (теорему Коуза, засади ефективності та раціональності).
- Досліджено використання економічного аналізу права для аналізу правових явищ і процесів на прикладів судового процесу. Зокрема, проаналізовано економічні завдання судового процесу, а також пояснено, як судовий процес впливає на ефективний перерозподіл обмеженого ресурсу та якими мотивами (з точки зору економічної моделі права) керуються діючі суб'єкти при прийнятті рішень в судовому процесі.
- Проаналізовано основні відкриття поведінкового підходу та обмеження притаманні економічній моделі поведінки людини (обмежена раціональність, обмежена егоїстичність та обмежена сила волі). Також досліджено, як людина мислить та приймає рішення (інтуїтивно та рефлексивно) та які когнітивні механізми впливають на її сприйняття (евристики).
- Досліджено застосування поведінкового підходу до аналізу судового процесу та проаналізовано стадії судового процесу з точки зору

поведінкового підходу, а також те, як когнітивні фактори впливають на формування суджень та прийняття рішень учасниками судового процесу.

- Проаналізовано застосування поведінкового підходу до вдосконалення публічної політики через матеріальне та процесуальне право, а також досліджено досвід США та Великої Британії по застосуванню поведінкового підходу до вдосконалення публічної політики.
- Запропоновано можливі способи застосування поведінкового підходу до вдосконалення публічної політики в Україні.

У подальшому вбачається актуальним поглиблення вивчення поведінкових чинників, які впливають на формування суджень та прийняття рішень людиною, а також подальші дослідження по застосуванню поведінкових відкриттів у матеріальне та процесуальне право для збільшення ефективності функціонування публічного сектору в Україні.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Veljanovski C. The Economics of Law – London, 2006. – 194 p. – (The Institute of Economic Affairs).
2. Beccaria C. Excerpts from An Essay on Crimes and Punishments [Електронний ресурс]. – 1775. – Режим доступу до ресурсу: <http://la.utexas.edu/users/hcleaver/368/368BeccariaExcerpts.html> (дата звернення від 28.05.2018).
3. Bentham J. An Introduction to the Principles of Morals and Legislation [Електронний ресурс]. – 2017. – Режим доступу до ресурсу: <http://www.earlymoderntexts.com/assets/pdfs/bentham1780.pdf>. (дата звернення від 28.05.2018).
4. Філософський енциклопедичний словник / НАН України, Ін-т філософії імені Г. С. Сковороди; [редкол.: В. І. Шинкарук (голова) та ін.]. – Київ: Абрис, 2002. 742 с.
5. Posner R. Bentham's Influence on the Law and Economics Movement, Current Legal Problems, Volume 51, Issue 1, 1 January 1998, pages 425–439
6. Gelter M.; Grechenig K. History of law and economics. // Max Planck Institute for Research on Collective Goods. – 2015. – №2014. – С. 1-10
7. Mordfin R., Nagorsky M. Chicago and Law and Economics: A History [Електронний ресурс]. – 2011. – Режим доступу до ресурсу: <https://www.law.uchicago.edu/news/chicago-and-law-and-economics-history>. (дата звернення від 28.05.2018).
8. Познер Р. Экономический анализ права: в 2 т. / пер. с англ. ; под ред. В. Л. Тамбовцева. – СПб. : Эконом. шк., 2004. – Т. 1. – 524 с.
9. The Coase Theorem. Property and Liability: An Introduction to Law and Economics [Електронний ресурс] – Режим доступу до ресурсу: <https://ru.coursera.org/learn/property-law-and-economics/lecture/JYhjv/the-coase-theorem>; (дата звернення від 28.05.2018).

10. Coase, R. H. "The Problem of Social Cost." *The Journal of Law & Economics*, vol. 3, 1960, pp. 1–44. [Електронний ресурс] – Режим доступу до ресурсу: www.jstor.org/stable/724810. (дата звернення від 28.05.2018).
11. Pardolesi R., Tassone B. Guido Calabresi on Torts: Italian Courts and the Cheapest Cost Avoider. // *Erasmus Law Review*. – 2008. – №1. – С. 8–40.
12. Manne, Henry G., et al. *The Collected Works of Henry G. Manne*. Liberty Fund, 2009. [Електронний ресурс] – Режим доступу до ресурсу: https://books.google.com.ua/books?id=g8o8MwEACAAJ&hl=ru&source=gb_silarbooks (дата звернення від 28.05.2018).
13. Manne, Henry G. Program in Law & Economics Studies. [Електронний ресурс] – Режим доступу до ресурсу: <http://masonlec.org/divisions/henry-g-manne-program-law-economics-studies/> (дата звернення від 28.05.2018).
14. Posner R. A. The Law and Economics Movement // *American Economic Review*. – 1987. – Vol. 77. – № 2. – P. 1–13;
15. The Sveriges Riksbank Prize in Economic Sciences in Memory of Alfred Nobel 1991 Ronald H. Coase. [Електронний ресурс] – Режим доступу до ресурсу: https://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/1991/coase-facts.html (дата звернення від 28.05.2018);
16. The Sveriges Riksbank Prize in Economic Sciences in Memory of Alfred Nobel 1992 Gary Becker. [Електронний ресурс] – Режим доступу до ресурсу: https://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/1992/becker-facts.html (дата звернення від 28.05.2018);
17. Cooter R. "Law and Economics, 6th edition" / Cooter R, Ulen, T. Berkeley Law Books, (2016). P. 555
18. Kronman, Anthony Townsend, "The Second Driker Forum for Excellence in the Law" Faculty Scholarship Series. Paper 1056, (1995). P. 116-169
19. Журнал "Економіка та право" [Електронний ресурс] – Режим доступу до ресурсу: http://www.iepd.kiev.ua/?page_id=43 (дата звернення від 28.05.2018);

- 20.1 Економічна теорія та право. Про збірник. [Електронний ресурс] – Режим доступу до ресурсу: <http://econtlaw.nlu.edu.ua/про-збірник/> (дата звернення від 28.05.2018);
21. Гриценко О. А. Верховенство права в контексті економічної теорії / О. А. Гриценко // Економічна теорія та право. - 2015. - № 3. - С. 77-88.
22. Набатова, О. О. “Поведінковий підхід до економічного аналізу права.” Економічна теорія та право” 4 (2015): 109-121.
23. Ulen T. The Market for Legal Innovation: Law and Economics in Europe and the United States// Ulen T., Nuno G. University of Illinois Law and Economics Research Paper No. LE07-009. P.75
24. Paces, Alessio M., and Louis Visscher. "Law and Economics—Methodology." Law and Method: Interdisciplinary Research into Law, Tübingen: Mohr Siebeck (2011): 88.
25. Zywicki T. J. and Stringham E. P., Common Law and Economic Efficiency (September 8, 2010). Encyclopedia of law and economics, Francesco Parisi, Richard Posner, eds., 2010; George Mason Law & Economics Research Paper No. 10-43.
26. Rubin P. H., Law and Economics. [Електронний ресурс] – Режим доступу до ресурсу: <http://www.econlib.org/library/Enc/LawandEconomics.html> (дата звернення від 28.05.2018);
27. Коуз, Р. “Проблема социальных издержек” (1993). Институт свободы. Московский либертариум. [Електронний ресурс] – Режим доступу до ресурсу: http://www.libertarium.ru/l_lib_firm05 (дата звернення від 28.05.2018);
28. Тамбовцев В.Л. Право и экономическая теория: Учеб. пособие, - М.: ИНФРА-М, 2005. — 224 с, - (Учебник экономического факультета МГУ им. М.В.Ломоносова).
29. Коуз Р. Фирма, рынок и право / Пер. с англ. М.: Новое издательство, 2007. — 224 с. — (Библиотека Фонда “Либеральная миссия”);
30. Пояснювальна записка до проекту Закону України “Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів”. [Електронний ресурс] – Режим доступу до ресурсу:

- http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=61415 (дата звернення від 28.05.2018);
31. Цивільний процесуальний кодекс України (Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2004, № 40-41, 42, ст.492). [Електронний ресурс] – Режим доступу до ресурсу: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/1618-15> (дата звернення від 28.05.2018);
 32. Проект Кодексу України з процедур банкрутства № 8060 від 26.02.2018 року [Електронний ресурс] – Режим доступу до ресурсу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=63518 (дата звернення від 28.05.2018);
 33. Проект Кодексу України з процедур банкрутства № 8060 від 26.02.2018 року. Пояснювальна записка. [Електронний ресурс] – Режим доступу до ресурсу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=63518 (дата звернення від 28.05.2018);
 34. Hodgson G. Behind methodological individualism, Cambridge Journal of Economics, Volume 10, Issue 3, 1 September 1986, Pages 211–224
 35. Economic Analysis of Law and the Value of Efficiency forthcoming in Aristides N. Hatzis ed. Economic Analysis of Law: A European Perspective (Cheltenham, U.K.: Elgar 2005) [Електронний ресурс] – Режим доступу до ресурсу: https://www.law.utoronto.ca/documents/Chapman/economic_analysis.pdf (дата звернення від 28.05.2018);
 36. Галкин В.В. Конкуренция и экономическая эффективность. Эффективное распределение ресурсов и оптимальность по Парето [Електронний ресурс] – Режим доступу до ресурсу: <http://vadim-galkin.ru/politics/macroeconomics/pareto/> (дата звернення від 28.05.2018);
 37. Pareto Efficient and Pareto Optimal Tutorial [Електронний ресурс] – Режим доступу до ресурсу: <http://www.economicswiki.com/economics-tutorials/pareto-efficient-pareto-optimal-tutorial/> (дата звернення від 28.05.2018);
 38. Закон України “Про відчуження земельних ділянок, інших об’єктів нерухомого майна, що на них розміщені, які перебувають у приватній власності, для

- суспільних потреб чи з мотивів суспільної необхідності” Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2010, N 1, ст.2) [Електронний ресурс] – Режим доступу до ресурсу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1559-17> (дата звернення від 28.05.2018);
- 39.Devlin A. Fundamental principles of law and economics. Routledge, 2014. P. 424
- 40.Stepanov, Dmitry and Avdasheva, Svetlana, Критерий Эффективности в Правовом Регулировании Экономической Деятельности (The Criterion of Efficiency in Legal Regulation of Economic Activities) (June 1, 2017). The Herald of Economic Justice of Russian Federation, No.5, 2017, pp. 88-133.
- 41.Улен Т. “Теория рационального выбора в экономическом анализе права.” Вестник гражданского права 11.3 (2011): 276.
- 42.Рішення Вільнюського комерційного арбітражного суду від 16 квітня 2018 року у справі № 368. С. 29
- 43.Конституція України. Відомості Верховної Ради України (ВВР), 1996, № 30, ст. 141 [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80> (дата звернення від 28.05.2018);
- 44.Познер р. Экономический анализ права : в 2 т. / пер. с англ. ; под ред. В. Л. Тамбовцева. – СПб. : Эконом. шк., 2004. – Т. 2. – 454 с.
- 45.Постанова Верховного Суду від 29.03.2018 року у справі № 905/684/17. [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/73081461> (дата звернення від 28.05.2018);
- 46.Закон спадної граничної корисності. Мікроекономіка в питаннях і відповідях. [Електронний ресурс] – Режим доступу: https://studme.com.ua/2006092313510/ekonomika/zakon_ubyvayuschey_predelnoy_poleznosti.htm (дата звернення від 28.05.2018);
- 47.Закон України “Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів”. Відомості Верховної Ради (ВВР), 2017, № 48, ст.436 [Електронний ресурс] – Режим

- доступу: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/2147-19> (дата звернення від 28.05.2018);
48. Савчук М. Зразкове судочинство: типові та зразкові справи за новим КАСУ. Юридична газета. [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://yur-gazeta.com/dumka-eksperta/zrazkove-sudochinstvo-tipovi-ta-zrazkovi-spravi-za-novim-kasu.html> (дата звернення від 28.05.2018);
49. Кодекс адміністративного судочинства України. Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2005, № 35-36, № 37, ст.446 [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2747-15> (дата звернення від 28.05.2018);
50. Posner, R. “Rational choice, behavioral economics, and the law.” *Stanford Law Review* (1998): 1551-1575.
51. Загальна теорія права: Підручник / За заг. ред. М.І. Козюбри. – К.: Ваіте, 2015. – 392 с., ст.46
52. Persky, Joseph. 1995. “The Ethology of Homo Economicus.” *Journal of Economic Perspectives*, 9 (2): 221-231.
53. Комаровская Н.В. Эволюция “homo economicus”. *Вестник МГИМО-Университета*. 2016;46(1):129-142.
54. OECD, *Behavioural Insights and Public Policy: Lessons from Around the World*, OECD Publishing, Paris, 2017 [Електронний ресурс] – Режим доступу: https://www.oecd-ilibrary.org/governance/behavioural-insights-and-public-policy_9789264270480-en (дата звернення від 28.05.2018);
55. The European Commission's science and knowledge service. *Behavioural Insights* [Електронний ресурс] – Режим доступу: <https://ec.europa.eu/jrc/en/research/crosscutting-activities/behavioural-insights> (дата звернення від 28.05.2018);
56. Evans, Jonathan and Frankish, Keith eds. (2009). *In Two Minds: Dual Processes and Beyond*. Oxford: Oxford University Press. P. 419
57. Morewedge C. K. and Kahneman D. (2010). Associative processes in intuitive judgment. *Trends in cognitive sciences*, 14(10), pp. 435-440.

58. Канеман Д. Мислення швидке й повільне [Електронний ресурс] // Наш Формат. – 2017. – Режим доступу до ресурсу: https://books.google.com.ua/books?id=lQFDDwAAQBAJ&printsec=frontcover&hl=ru&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false.
59. Evans, J. S. B. T. Essays in cognitive psychology. Hypothetical thinking: Dual processes in reasoning and judgement. New York, NY, US: Psychology Press. (2007). P. 123
60. Ілляшенко, Павло. “Поведінкові фінанси: історичний огляд і основні засади.” Вісник Національного банку України 239 (2016): 30-57.
- 61.¹ Evans, Jonathan St BT, David E. Over, and Simon J. Handley. “A theory of hypothetical thinking.” Thinking: psychological perspectives on reasoning, judgment and decision making (2003), 392 p.
62. Evans, Jonathan St BT. “The heuristic-analytic theory of reasoning: Extension and evaluation.” Psychonomic Bulletin & Review 13.3 (2006): 378-395.
63. Evans, Jonathan St BT. “The heuristic-analytic theory of reasoning: Extension and evaluation.” Psychonomic Bulletin & Review 13.3 (2006): 378-395. [379-80]
64. Richard M. Ebeling Neo-Liberalism: From Laissez-Faire to the Interventionist State. [Електронний ресурс] – Режим доступу: <https://mises.org/wire/neo-liberalism-laissez-faire-interventionist-state> (звернення від 28.05.2018);
65. Benjamin Martin Bly, David E. Rumelhart. Cognitive Science [Електронний ресурс] // Academic Press. – 1999. – Режим доступу до ресурсу: https://books.google.com.ua/books?id=utBd6yh3NyUC&printsec=frontcover&hl=ru&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false.
66. Lakoff G. and Johnson, M. (1999). Philosophy in the flesh: The embodied mind and its challenge to western thought. Basic books, New York., xiv+624
67. Cass R. Sunstein, Christine Jolls & Richard H. Thaler, “A Behavioral Approach to Law and Economics” (Coase-Sandor Institute for Law & Economics Working Paper No. 55, 1998). P.93
68. Zamir, Eyal, and Doron Teichman, eds. The Oxford handbook of behavioral economics and the law. Oxford University Press, USA, 2014. P. 841

69. Sunstein C. R. "Behavioral Law and Economics. Cambridge series on judgment and decision making." (2000): 293-325.
70. Jolls C. Behavioral law and economics. No. w12879. National Bureau of Economic Research, 2007.
71. Набатова О. О. "Поведінковий підхід до економічного аналізу права." Економічна теорія та право 4 (2015): 109-121.
72. Simon, H. A. "Theories of bounded rationality." Decision and organization 1.1 (1972): 161-176.;
73. Jolls, C. "Behavioral economics and the law." Foundations and Trends® in Microeconomics 6.3 (2011): 173-263.
74. Gigerenzer, Gerd., and Christoph Engel. Heuristics and the Law. Cambridge, MA: MIT Press in cooperation with Dahlem University Press, 2006.
75. Hertwig, Ralph, and Thorsten Pachur. "Heuristics, history of." International Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences. Elsevier, 2015. 829-835.
76. Tversky, Amos, and Daniel Kahneman. "Judgment under uncertainty: Heuristics and biases." science 185.4157 (1974): 1124-1131.
77. Goldstein, Daniel G. & Gigerenzer, Gerd (2002). Models of ecological rationality: The recognition heuristic. Psychological Review 109 (1):75-90.
78. Kahneman, Daniel & Frederick, Shane (2005). A model of heuristic judgment. In K. Holyoak & B. Morrison (eds.), *The Cambridge Handbook of Thinking and Reasoning*. Cambridge University Press. pp. 267—293
- 79.¹ Tversky, Amos & Kahneman, Daniel (1973). Availability: A heuristic for judging frequency and probability. *Cognitive Psychology* 5 (2):207-232;
80. Pykett, Jessica, et al. Neuroliberalism: behavioural government in the twenty-first century [Електронний ресурс] // Routledge. – 2017. – Режим доступу до ресурсу: https://books.google.com.ua/books?id=l-80DwAAQBAJ&printsec=frontcover&hl=ru&source=gbg_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false.
81. Farnsworth, Ward. "The legal regulation of self-serving bias." UC Davis L. Rev. 37 (2003): 567.

- 82.Bar-Gill, Oren. "The evolution and persistence of optimism in litigation." *Journal of Law, Economics, and Organization* 22.2 (2005): 490-507.
- 83.DeJoy, David M. "The optimism bias and traffic accident risk perception." *Accident Analysis & Prevention* 21.4 (1989): 333-340.
- 84.Luppi, Barbara, and Francesco Parisi. "Beyond Liability: Correcting Optimism Bias Through Tort Law." *Queen's LJ* 35 (2009): 47.
- 85.Fischhoff, B. (1975). Hindsight is not equal to foresight: The effect of outcome knowledge on judgment under uncertainty. *Journal of Experimental Psychology: Human Perception and Performance*, 1(3), 288-299.
- 86.Arkes, Hal R., et al. "Eliminating the hindsight bias." *Journal of applied psychology* 73.2 (1988): 305-307
- 87.Oeberst, Aileen, and Ingke Goeckenjan. "When being wise after the event results in injustice: Evidence for hindsight bias in judges' negligence assessments." *Psychology, Public Policy, and Law* 22.3 (2016): 271.
- 88.Кримінальний кодекс України. Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2001, № 25-26, ст.131 [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2341-14> (звернення від 28.05.2018);
- 89.Oeberst, Aileen, and Ingke Goeckenjan. "When being wise after the event results in injustice: Evidence for hindsight bias in judges' negligence assessments." *Psychology, Public Policy, and Law* 22.3 (2016): 271.;
- 90.Rachlinski, Jeffrey J. "A positive psychological theory of judging in hindsight." *The University of Chicago Law Review* 65.2 (1998): 571-625.;
- 91.Lee Anne Fennell, "Willpower and Legal Policy" (John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper No. 473, 2009).
- 92.Bernheim, B. Douglas, and Antonio Rangel. *Choice-theoretic foundations for behavioral welfare economics*. NY: Oxford University Press, 2008.
- 93.Chorvat, Terrence R. and McCabe, Kevin A. and Smith, Vernon L., *Law & Neuroeconomics* (February 2004). George Mason Law & Economics Research Paper No. 04-07

94. Bosse, Douglas & Phillips, Robert. (2016). Agency Theory and Bounded Self-Interest. The Academy of Management Review.
95. Бакаленко, О. А. Емоційна складова в механізмі прийняття рішень, пов'язаних з ризиком / О. А. Бакаленко // Вісник Харківського університету. Сер. Теорія культури і філософія науки. – Харків, 2014. – № 1092, – С. 186–190.
96. Капелюшников, Р. И. Поведенческая экономика и новый патернализм [Текст] : препринт WP3/2013/03 / Р. И. Капелюшников ; Нац. исслед. ун-т “Высшая школа экономики”. – М. : Изд. дом Высшей школы экономики, 2013. – 76 с. – (Серия WP3 “Проблемы рынка труда”).
97. Tversky, Amos, and Daniel Kahneman. “Advances in prospect theory: Cumulative representation of uncertainty.” Journal of Risk and uncertainty 5.4 (1992): 297-323.
98. Wistrich, Andrew J., and Jeffrey J. Rachlinski. “How lawyers' intuitions prolong litigation.” S. Cal. L. Rev. 86 (2012): 571.
99. Korobkin, Russell, and Chris Guthrie. “Psychological barriers to litigation settlement: An experimental approach.” Michigan Law Review 93.1 (1994): 107-192.
100. DiPippa, John. “How Prospect Theory Can Improve Legal Counseling.” UALR L. Rev. 24 (2001): 81.
101. Цивільний процесуальний кодекс України, Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2004, № 40-41, 42, ст.492 [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1618-15> (звернення від 28.05.2018);
102. Ухвала Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 19.09.2017 № 711/5969/15-к; [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/69193927> (звернення від 28.05.2018);
103. Рішення Оболонського районного суду м. Києва від 30.07.2015 № 756/2252/15-ц [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/47757218> (звернення від 28.05.2018);
104. Рішення Деснянського районного суду м. Києва від 04.11.2015 № 756/13269/14; [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/53347630> (звернення від 28.05.2018);

105. Постанова Пленуму Верховного Суду України від 18.12.2009 № 14 “Про судові рішення у цивільній справі” [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v0014700-09> (звернення від 28.05.2018);
106. Guthrie, Chris, Jeffrey J. Rachlinski, and Andrew J. Wistrich. “Inside the judicial mind.” *Cornell L. Rev.* 86 (2000): 777.
107. Guthrie, Chris, Jeffrey J. Rachlinski, and Andrew J. Wistrich. “Judging by Heuristic-Cognitive Illusions in Judicial Decision Making.” *Judicature* 86 (2002): 44;
108. Rachlinski, Jeffrey J., Chris Guthrie, and Andrew J. Wistrich. “Heuristics and biases in bankruptcy judges.” *Journal of Institutional and Theoretical Economics JITE* 163.1 (2007): 167-186.
109. Fraidin, Matthew I. “Decision-Making in Dependency Court: Heuristics, Cognitive Biases, and Accountability.” *Clev. St. L. Rev.* 60 (2012): 913.
110. Sale, Hillary A. “Judging heuristics.” *UC Davis L. Rev.* 35 (2001): 903.
111. Wistrich, Andrew J., Jeffrey J. Rachlinski, and Chris Guthrie. “Heart versus head: Do judges follow the law or follow their feelings.” *Tex. L. Rev.* 93 (2014): 855.
112. Tullock, Gordon, Gordon L. Brady, and Arthur Seldon. *Government failure: a primer in public choice*. Cato Institute, 2002. P. 208
113. Camerer, Colin, et al. “Regulation for Conservatives: Behavioral Economics and the Case for” Asymmetric Paternalism.” *University of Pennsylvania law review* 151.3 (2003): 1211-1254.
114. Thaler, Richard H., and Cass R. Sunstein. “Libertarian paternalism.” *American economic review* 93.2 (2003): 175-179.
115. Loewenstein, George, and Emily Celia Haisley. “The economist as therapist: Methodological ramifications of light paternalism.” (2007).
116. Thaler, Richard. *Поштовх: Як допомогти людям зробити правильний вибір* [Електронний ресурс] // Nash Format. – 2017. – Режим доступу до ресурсу: https://books.google.com.ua/books?id=ez8_DwAAQBAJ&printsec=frontcover&hl=r u&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false.
117. Sunstein, Cass R., *Fifty Shades of Manipulation* (February 18, 2015). 1 *J. Marketing Behav.* 213 (2016).

118. John, Peter, Graham Smith, and Gerry Stoker. "Nudge nudge, think think: two strategies for changing civic behaviour." *The Political Quarterly* 80.3 (2009): 361-370.
119. Thaler, R. H., & Sunstein, C. R. *Nudge: Improving decisions about health, wealth, and happiness*. Yale University Press (2008). P.304
120. Samuelson, William, and Richard Zeckhauser. "Status quo bias in decision making." *Journal of risk and uncertainty* 1.1 (1988): 7-59.
121. Klick, Jonathan, and Gregory Mitchell. "Government regulation of irrationality: Moral and cognitive hazards." *Minn. L. Rev.* 90 (2005): 1620.
122. Міл, Джон Стюарт. Про свободу: Есе / Пер. з англ. — К: Основи, 2001. — С. 7-24.
123. Речицький, В. В. "Конституціоналізм. Коротка версія (читанка з конституціоналізму для зацікавлених)." (2014). С. 264
124. Glaeser, Edward L. *Paternalism and psychology*. No. w11789. National Bureau of Economic Research, 2005.,
125. Taleb, Nassim Nicholas. *Skin in the Game: Hidden Asymmetries in Daily Life*. Random House, 2018
126. Jolls, Christine, and Cass R. Sunstein. "Debiasing through law." *The Journal of Legal Studies* 35.1 (2006): 199-242.
127. Rachlinski, Jeffrey J. "The uncertain psychological case for paternalism." *Nw. UL Rev.* 97 (2002): 1165. [1199]
128. Ip, Eric C. "Debiasing regulators: The behavioral economics of US administrative law." *Common Law World Review* 46.3 (2017): 171-197. [187-188]
129. Harley, Erin M. "Hindsight bias in legal decision making." *Social Cognition* 25.1 (2007): 48-63.;
130. Taleb, Nassim Nicholas. *The black swan: The impact of the highly improbable*. Vol. 2. Random house, 2007
131. Whitehead, Mark, et al. "Nudging all over the world." *Reino Unido, Economic and Social Research Council* (2014): 25. [29]
132. World Development Report 2015: Mind, Society, and Behavior. [Електронний ресурс] — Режим доступу:

- <http://www.worldbank.org/content/dam/Worldbank/Publications/WDR/WDR%202015/WDR-2015-Full-Report.pdf> (звернення від 28.05.2018);
133. Insights, OECD Behavioural, and Public Policy. “Lessons From Around the World.” (2017). [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/behavioural-insights-and-public-policy-9789264270480-en.htm> (звернення від 28.05.2018);
 134. Behavioural Insights Applied to Policy: European Report 2016, [Електронний ресурс] – Режим доступу: <https://ec.europa.eu/jrc/en/publication/eur-scientific-and-technical-research-reports/behavioural-insights-applied-policy-european-report-2016> (звернення від 28.05.2018);
 135. The White House Executive Order. Using Behavioral Science Insights to Better Serve the American People, September 15, 2015 [Електронний ресурс] – Режим доступу: <https://obamawhitehouse.archives.gov/the-press-office/2015/09/15/executive-order-using-behavioral-science-insights-better-serve-american> (звернення від 28.05.2018);
 136. Social and Behavioral Sciences Team 2016 Annual Report [Електронний ресурс] // Executive Office of the President National Science and Technology Council. – 2016. – Режим доступу до ресурсу: <https://sbst.gov/download/2016%20SBST%20Annual%20Report.pdf> (звернення від 28.05.2018);
 137. Anthony A. Braga, Anne M. Piehl, David Hureau Controlling Violent Offenders Released to the Community: An Evaluation of the Boston Reentry Initiative [412]
 138. Heller, Sara B., et al. “Thinking, fast and slow? Some field experiments to reduce crime and dropout in Chicago.” *The Quarterly Journal of Economics* 132.1 (2017): 1-54
 139. Bennhold, Katrin. “Britain’s ministry of nudges.” *New York Times* 7 (2013).
 140. David Halpern “Inside the Nudge Unit : How small changes can make a big difference”, Ebury Publishing, (2016), 400 pages,

141. Укрінформ. Рада дозволила посмертне донорство органів. [Електронний ресурс] – Режим доступу: <https://www.ukrinform.ua/rubric-politics/2462196-rada-dozvolila-posmertne-donorstvo-organiv.html> (звернення від 28.05.2018);
142. Проект Закону “Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо охорони здоров'я та трансплантації органів та інших анатомічних матеріалів людині”. № 2386а-1 від 04.08.2015 [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=56231 (звернення від 28.05.2018);
143. Як спонукати країну до схуднення та до чого тут поведінкова економіка. [Електронний ресурс] – Режим доступу: <https://hromadske.ua/posts/sho-take-provedinkova-ekonomika> (звернення від 28.05.2018);
144. Міністерство юстиції України. Реєстрація шлюбу в Україні [Електронний ресурс] – Режим доступу: <https://minjust.gov.ua/news/ministry/reestratsiya-shlyubu-v-ukraini> (звернення від 28.05.2018);
145. Loewenstein, George, O'Donoghue, Ted and Rabin, Matthew, (2003), Projection Bias in Predicting Future Utility, *The Quarterly Journal of Economics*, 118, issue 4, p. 1209-1248
146. Wie, Dainn & Kim, Hyoungjong. (2015). Between Calm and Passion: The Cooling-Off Period and Divorce Decisions in Korea. *Feminist Economics*. 21.