

# РАЦІОНАЛЬНЕ ТА ЕМОЦІЙНЕ У ПРАВОВОМУ РЕГУЛЮВАННІ



**Ю. РАЗМЕТАЄВА**  
*кандидат юридичних наук,  
асистент кафедри теорії держави і права  
(Національний юридичний університет  
імені Ярослава Мудрого)*

Останнім часом набуває популярності теза про важливу роль емоцій у праві та необхідність їх врахування в юридичній діяльності. Перегляд ролі емоцій у людській діяльності, їх впливу на поведінку та вибір особи, на соціальні відносини торкається і так би мовити традиційних сфер правової реальності, в яких емоції переплітаються з правом, і тих, регулювання яких зазвичай здійснюється з позицій раціональності. Так, Х. Аронович нагадує, що «деякі емоції мають законне важливе місце у визначенні злочину та покарання» [1, с. 781]. Е. Спейн вважає, що емоції, пережиті тими, хто діє через погрози людського й природного походження, повинні впливати на юридичну відповідальність та покарання [2]. Стан розуму та проявлені емоції як правопорушника, так і потерпілого, обов'язково враховуються у кримінальному й адміністративному праві. Визначення розміру й характеру шкоди в цивільному праві, особливо моральної, залежить від емоційного стану осіб. Деякі правові процедури припускають визначення таких ефемерних емоційних понять, як страждання, втрата задоволення від життя, вразливість тощо. При цьому так звані судження розумності у правових актах виступають нормативними судженнями, що використовують гіпотетичний образ «розумної людини». Ці образи формуються під впливом соціальних норм, однак вони можуть мати і зворотний вплив — не просто обмежитися описом існуючих, а й сформувані суспільні та індивідуальні уявлення, цінності, мати певне освітньо-виховне значення.

Правове регулювання у певному сенсі не може бути позбавлене емоцій, не зважати та не звертатися до них. Скажімо, нормотворчість так чи інакше відчуває вплив емоційного стану членів суспільства, причому як тих, хто транслює норми, так і тих, на кого норми поширюються. Хоча природа права передбачає, що суб'єкт, який правові норми формалізує, може іноді не зважати на емоційне сприйняття їх суспільством. З другого боку, раціональне наочно виявляється у правовому регулюванні, особливо в аспектах доцільності, ефективності, а також розумних меж.

Важко уявити правову систему, позбавлену емоційної сторони, але і позбавлену раціональної теж. Крім того, незважаючи на уявлення про те, що «право ірраціональним бути і не повинно, і не може» [3, с. 90], врахування емоцій у

правовому регулюванні не робить правову систему «іраціональною». Ускладнює цю ситуацію неясність самого поняття «іраціональне», тому що воно може трактуватися в різний спосіб. Так, воно може означати, що хтось поводить себе нерозумно, або приймає рішення під впливом миттєвих емоцій, або навіть його думки та діяльність позбавлені роздумів взагалі. Ми можемо назвати іраціональною поведінку дорослого чи дитини, чи якоїсь тварини — і щоразу будемо мати на увазі різні значення цього терміна. Так само ми не можемо поставити знак рівності між іраціональним та емоційним, у тому числі тому, що людські емоції включають думки, розумову діяльність, іноді дуже складну. Якщо ми уявимо собі живу істоту, яка дійсно не думає, приміром молюска, то не можемо дійсно приписати йому страх. Але якщо хтось поступається шантажисту зі страху, останній виступає не тільки як імпульс, що проходить крізь людину, оскільки він походить і від думок про потенційну шкоду. Одна з можливих реакцій на цю заплутану ситуацію — сказати, що емоції є іраціональними в будь-якому випадку, і це завжди помилка — занадто брати їх до уваги при побудові правових норм. Існує популярне загальне судження, що право засноване на розумі, а не на пристрасті [4, с. 5].

Тому друге дихання отримують концепції «практичної раціональності», яка прагне виявити та охарактеризувати причини дій і пояснити, як вибір між діями регулюється раціональними нормами, а також як пов'язані природне право та практична раціональність [5]. Існує, відповідно до багатьох сучасних теорій юриспруденції, тісний взаємозв'язок між правом і практичною раціональністю: «право надає, чи принаймні спрямоване надавати, нам причини для дій <...>, направляє, або принаймні претендує на керівництво, нашою поведінкою, кажучи, що ми повинні зробити» [6, с. 211]. Дійсно, що виступає імпульсом для людської поведінки? Емоції можуть мотивувати до якоїсь діяльності, скажімо, можна забажати зробити щось під їх впливом. Однак так само до певної діяльності нас може підштовхнути раціональне судження.

Водночас теорії раціонального вибору та поведінки людей зазнають критики як неправдоподібні як теорії загального застосування з таких причин: «по-перше, люди обмежено раціональні. Щоб заощадити час, уникнути складнощів і справитися з викликами повсякденності, люди часто приймають стратегічні рішення або використовують евристику, що призводять до рішень, які не максимізують корисність. По-друге, вподобання людей залежать від контексту. Вибір не робиться лише шляхом порівняння можливих результатів; ситуаційні змінні мають вирішальне значення для прийняття рішень» [7, с. 1143]. До того ж повністю відділити емоційні реакції від розумової діяльності надто складно.

Проблеми виникають із визначенням самих понять раціонального та емоційного. По-перше, різні правові явища та процеси можуть бути позначені як раціональні. По-друге, рішення, прийняте з урахуванням емоцій, може виявитися раціональним за результатом чи у перспективі. Так, «суддя, який дозволяє уникнути існуючих правових норм і апелює до почуття справедливості та моралі, щоб вирішити проблему в конкретному випадку, може сприяти раціональності правової системи так само, як суддя, який слідує існуючим правовим засадам для прийняття рішення. Юрист, який бере на себе певні правові норми, без сумніву, може бути не більш раціональним, ніж юрист, який прагне обмежити або розширити правила, відповідно до нових випадків. Раціональність

може набувати різних форм, більш-менш формальних, більш-менш інноваційних» [8, с. 97]. Щодо інноваційних форм, то деякі наукові відкриття й дослідження можуть впливати на розуміння раціонального та його долі у праві, а певні технологічні досягнення, особливо в інформаційній сфері – ставити під сумнів раціональні моделі правового регулювання.

У спрощеному викладенні теорія пізнання, що поважає розум як джерело знань, маркується філософами як раціоналізм, а застосування раціоналізму до права – як позитивізм або формалізм, або іноді як правовий раціоналізм. Відповідно до цієї теорії, як пише Д. Епштейн, «судді вирішують правові спори за допомогою правових норм, що застосовуються до фактів. Правові норми, так само, як правила розуму, здатні відфільтрувати юридично значуще від не значущого для того, щоб розшифрувати ясні та виразні правові ідеї, які артикуються як об'єктивні, справедливі правові висновки, що визначають результат суперечки» [9, с. 8]. Але він же наголошує на необхідності переосмислення теорії правового раціоналізму у зв'язку з відкриттями у когнітивній нейрології [9, с. 3].

Що стосується емоцій, то тут немає консенсусу з приводу визначення, «можна сперечатися нескінченно про термін <...> те, що ми вільно називаємо “емоціями”, є відповіддю на події, які важливі для людини <...> це суб'єктивні переживання. Їх ядро – досвід задоволення або болю. Це ядро вибудовується в результаті оцінки, усвідомлення ситуаційної смислової структури» [10, с. 273]. Окрім того, що досить важко вирішити, які людські властивості та реакції слід назвати емоційними, потрібно розглянути, які емоції необхідно врахувати у правовому регулюванні, які з них мають юридичне значення. Слід також встановити природу конкретних емоцій, що розглядаються в певній юридичній справі. Як слушно зазначається, «коли ми вирішуємо, чи слід праву розглядати ту чи іншу емоцію в певний спосіб, на який підставі ми впевнені, що розглянута реакція чи поведінка дійсно емоція, а не щось інше? Реакція може бути схожа на думку (зазвичай розуміється як більш церебральна, раціональна), інстинкт (розуміється як більш фізіологічний за походженням), або цінність (щось, що потрібно поважати та закликати до цього) [11, с. 108]. Для права мають значення всі типи емоцій, однак, яким чином визначається доля емоційного у правовому регулюванні, у застосуванні норм права? Наприклад, якщо суддя, спираючись на загальне поняття страху, певний образ, порівнює цей образ із проявом страху в конкретній справі, чи використовує він розум та емоції, або його підхід є суто раціональним? Чи може він повністю позбавитися власної оцінки проявленої емоції? Як зважається та змінюється картина страху, залежно від того, маємо ми справу з обґрунтованими чи необґрунтованими побоюваннями особи? Як встановити обґрунтованість побоювань, якщо людина щиро розділяє їх (приміром, у розмежуванні необхідної та уявної оборони)? До речі, приклад із безпідставним страхом добре показує, що в юридичному процесі ми можемо дійти висновку: конкретний прояв емоцій особи є необґрунтованим чи навпаки. Таким чином, емоції мають нормативну модель, вони виправдані чи не виправдані тим, що відбулося, зважаючи на розумні погляди про те, яка реакція визнається допустимою у певному випадку. Тож, надзвичайно важко відділити раціональне від емоційного в конкретній юридичній справі. Крім того, як припускає Д. Епштейн, «можливо, судді мають тенденцію позначати як “раціональні” ті рішення, що виглядають інтуїтивно законними для них» [9, с. 37].

Слід звернути увагу на такі питання у правовому регулюванні, які є «емоційно забарвленими», тісно пов'язаними із суспільною мораллю та цінностями, ірраціональним ставленням до них окремих суспільних груп, а також етично складними та значущими для індивіда.

Передовсім це питання щодо регулювання сімейних, шлюбних відносин. Скажімо, регулювання союзів між особами однієї статі. З точки зору раціональності, як справедливо зазначається, право на такі шлюби є необмеженим «у тому сенсі, що надання права одній людині у жодному разі не виключає можливість надання такого ж права іншим людям. Свобода одружитися з кимось тієї ж статі не заважає комусь іншому одружитися з тим, кого він або вона обирає» [12, с. 60]. З точки зору емоційного ставлення суспільства стан речей дуже повільно змінюється від визнання таких відносин як «партнерства», через поступове надання рівних прав, захисту й пільг, до визнання одностатевих шлюбних союзів. У деяких випадках спротив суспільства призводить до того, що все зупиняється на першому етапі — юридичному визнанні партнерства або навіть на дискусії навколо можливості його правового закріплення.

Цей приклад виводить нас на більш глибоку проблему — сприйняття або несприйняття деяких правореґулюючих моментів з боку суспільства. Як слушно зазначає Д. Балабанова, «є підстави припустити, що успішність функціонування права, досягнення необхідного соціального ефекту полягає в повноті вивчення та врахування індивідуальних і соціальних почуттів суб'єктів, що виражають те, що для представників даного конкретного суспільства святе і непорушне, а також є актуальним у цей момент» [3, с. 91]. Однак умовний законодавець, який приймає рішення щодо введення в дію тих чи інших правових норм, незважаючи на емоційний опір значної частини соціуму (приміром, правове закріплення партнерства чи одностатевих шлюбів), певною мірою може посприяти зміні суспільних уявлень. До того ж, хоча в ідеальній ситуації правові норми збігаються з особистими свідомісними налаштуваннями, їх дотримання обов'язкове, незалежно від емоційної оцінки.

До емоційно важких питань правового регулювання, які до того ж викликають гострі соціальні реакції, належать і ті, що опиняються на стику медицини, біології, технології, певною мірою релігії та соціальних очікувань і уподобань.

Наприклад, біотехнологічне, медичне втручання до процесів народження дітей, особливо якщо це може призвести до серйозного занепокоєння громадськості. Існують такі прогалини у правовому регулюванні, що викликають судові справи, де «жінки звернулися до суду, щоб дозволити видалення репродуктивного матеріалу від їхнього померлого товариша, з метою використання цього матеріалу в якийсь більш пізній термін, щоб добитися вагітності» [13, с. 194]. При цьому традиційне правове регулювання часто стає на позицію «все або нічого», як це відбувається у сфері сучасних методів альтернативного запліднення (концепція «сексуального й не сексуального зачаття» [14, с. 94]. «Все» означає тут визнання особи батьком, навіть якщо вона явно мала наміри уникнути подальшої участі в долі дитини, «нічого» — визнання особи донором, який з точки зору права не має стосунку до дитини. Звідси виникає «дихотомія сімейного права між батьками і третіми сторонами <...> сексуальна концепція робить генетичного батька законним, навпаки, концепція безстатевого або альтернативного запліднення пропонує можливість генетичному батьку бути просто донором без батьківських прав або зобов'язань (третья сторона)» [14, с. 94].

Так само складнощі викликають неоднозначні питання регулювання евтаназії, відмови від медичного втручання, допомоги особі, трансплантації органів та додання технологічних частин до фізичного тіла, зміни статі, біоетики тощо.

Дискусія з приводу зайвих емоцій у регулюванні або, навпаки, недостатності раціональних підходів повинна зважати на саму природу права. Право не є зовнішньою, автономною системою самодостатніх правил, воно створене людьми, для і, в якомусь сенсі, проти людей. Як зазначає Л. Клаус, не має значення, який папірець позначений написом «закон», якщо він не кореспондує з тим, що люди роблять, — це не закон. Право — це просто сигнальна система людської діяльності. Це самогенерована, самоусвідомлена мережа людських комунікацій [15, с. 1302]. Саме тому неврахування емоційних налаштувань суспільства в регулюванні безпосередньо впливає на ефективність закону.

Потрібно сказати, що перетин емоційного та раціонального у праві наочно виражається в індивідуальній і суспільній правосвідомості. І якщо правова ідеологія відповідає здебільшого за струнку концепції сприйняття права і виражає розумно обґрунтовану його цінність, то правова психологія зосереджується на емоціях, імпульсивному та нез'ясовному відчутті цінності права. Сприйняття чи несприйняття права суспільством, за слушним твердженням, «залежить не тільки від міри адекватності, розумності норм права чи інших його якостей, а й від рівня розвиненості правової свідомості в цілому, включаючи почуття та емоції людей щодо існуючого права. Без врахування реального співвідношення почуттєвих та раціональних аспектів правосвідомості та поведінки суб'єктів права неможлива адекватна оцінка ефективності його функціонування в сучасних умовах на новому рівні розвитку права» [3, с. 88].

Слід зазначити, що співвідношення емоційного та раціонального у правовому регулюванні залежить у тому числі від типу суспільства й правової системи. Якщо поглянути, приміром, на стандарти розумної поведінки учасників правовідносин, то ми побачимо серйозні відмінності у регулятивних моделях.

Ф. Хакер вказує на «дивовижні й суттєві відмінності між правовими концепціями людського фактору в США і ЄС. У той час як у США суди та регулюючі органи все частіше готові інтегрувати результати від поведінкових наук у своїх висновках, дуже відмінна тенденція, схоже, працює в ЄС: Судове рішення насамперед засноване на ще більш раціональній моделі людської поведінки... Цей подвійний феномен має бути названий „поведінковий розрив”» [16]. Сам підхід до правового регулювання тут залежить від стандартів раціональності. Зокрема, захист прав споживачів вимагає вибору між моделлю певної розумної поведінки, коли людина діє з більшим ступенем раціональності у відповідних правовідносинах, та моделлю, що припускає сприйняття споживача як людини, яка не повинна мати раціонального налаштування, знань і в цілому досить легко піддається омані.

У цьому сегменті правового регулювання широко використовуються такі терміни, як «розумний споживач», «розумні обставини», «стандартна економічна раціональність», «раціональний вибір», хоча зміст їх може бути варіативним. Повертаючись до долі раціонального та емоційного у поведінці учасників таких правовідносин, слід зазначити, що останні декілька років активно просувається ідея, відповідно до якої захист прав споживачів ґрунтується на концепції «обмеженої раціональності». Так, до цієї концепції все частіше звер-

таються американські суди і регулюючі органи. Водночас, незважаючи на зростання долі поведінкового аналізу в європейській доктрині, суди та органи ЄС «чіпляються за раціональну модель», хоча плюралістична перспектива закликає до її перегляду [16].

Унаслідок зміни стандартів раціональності, як необхідний крок у розробці відповідних регуляторних механізмів пропонується застосувати «асиметричний патерналізм» — щось на кшталт вибіркового втручання державних органів у приватні сфери. «Асиметричний патерналізм покликаний допомогти обмежено раціональним людям уникнути помилок, що дорого коштують, у той же час викликаючи невелику або ніякої шкоди для раціональних людей <...> цей підхід додає нюансів у дискусії з приводу того, які угоди слід вважати раціональними або передбачуваними» [17, с. 1250–1251]. Отже, якщо ви вступили у правовідносини під впливом емоцій, у вас може бути не лише додатковий захист, а й додатковий нагляд. Проблема зловживання та проблема втрати частини свободи, які завжди виникають, як тільки правове регулювання намагається зсунути кордони. Однак у цілому можна споглядати тенденцію до пом'якшення раціональних стандартів людської поведінки в певних соціальних сферах, регульованих правом.

Друга тенденція у правовому регулюванні простежується у зверненні до емоційного стану осіб — учасників суспільних відносин. Зокрема, йдеться про перегляд і розширення змісту цілком застосовуваних у праві понять «емоційних пошкоджень», «емоційного аспекту шкоди», «втрати задоволення від життя», «моральних страждань» і т. ін.

Так, А. Колбер наводить приклад зі зменшення шкоди, коли позивач потурбувався про лікування фізичних травм, але відмовився від розумної поради психіатра послабити свої спогади про автомобільну аварію. У такому випадку відповідач може стверджувати, що, відповідно до загальних принципів пом'якшення, моральні збитки мають бути знижені, тому що частина їх обумовлена нездатністю позивача послабити свої спогади. У свою чергу позивач може стверджувати, що у нього є глибокий інтерес не змінювати свою пам'ять [18, с. 1592–1593]. Він зазначає, що аргументи відповідача, швидше за все, переконують суддю та наводить аналогію з випадками, коли позивачі відмовляються від лікування з релігійних мотивів, і сформований юридичний підхід відмовляє у компенсації релігійному позивачеві за збиток, якого можна було б уникнути за допомогою розумної поведінки людини, яка не має подібних релігійних переконань [18, с. 1593].

Слід зазначити, що відповідні зміни багато в чому викликані свіжими науково-технічними досягненнями, особливо в галузі інформаційних технологій. Суди та інші правозастосовні органи приймають як докази активність особи у глобальних комп'ютерних мережах, особливо соціальних, тим більше, що відслідкувати та зберегти інформацію там доволі легко.

А. Хесс описує судову справу, де соціальні медіа була запропоновані як доказ емоційного стану позивачки, яку відповідач «випадково залишив із хронічним болем і втратою задоволення від життя» [19]. Позивачка більше не могла танцювати зі своєю сім'єю або боротися зі своїм братом, тобто робити те, що приносило їй позитивні емоції. І коли в суді було продемонстровано фото з Facebook-сторінки, де вона танцює і де її тримає в повітрі брат, позивачка стверджувала, що позувала в цих сценах ретельно та спеціально для камери. Але

суддя ухвалив, що не має значення, були сцени соціальної активності й задоволення від неї підробними чи ні, та прийняв фотографії як доказ того, що особа насолоджується життям. Подібних справ стає все більше, тому що відповідні технології дедалі глибше проникають у повсякденне життя. Насправді, інформаційне суспільство припускає наявність такого типу комунікацій, за якого у вас може утворитися емоційний зв'язок з особою, з якою ви ніколи не зустрічалися «офлайн». І при цьому листування та обмін думками в публічному мережевому просторі можуть бути визнані сильним соціальним зв'язком між індивідами, а хроніка подій вашого «онлайн»-життя, викладена в певній манері, — підтвердженням певного емоційного стану в реальності. Як справедливо зазначається, «соціальні платформи пропонують нескінченні докази того, що ми всі насолоджуємось нашим життям, в Інтернеті» [19]. Якоюсь мірою це пастка нових технологій, тому що отримати інформацію про проявлені емоції у вигляді фото, відео чи розповідей особи — не означає отримати інформацію про справжність цих емоцій. Тим більше, що кожен воліє виносити у публічний простір тільки найкращі моменти свого життя, а специфіка мережевих комунікацій заохочує до підтримання образу. Але це не відмінняє того, що оцінка емоцій особи все частіше вимагається при застосуванні права.

Викладене справедливо і для таких сфер правового регулювання, де панує обов'язкове врахування деяких емоційних аспектів, оскільки може серйозно впливати на результати правозастосування, як, приміром, у кримінальному праві. Ступінь тяжкості злочину, кваліфікація, об'єктивна і суб'єктивна сторона залежать в тому числі від певних «емоційних» обставин. Скажімо, гнів та обурення як відповідь на провокацію чи шантаж. Страх при необхідній самообороні чи лють при необхідній обороні дитини. При цьому врахування емоційного стану спирається на загальну модель реакцій, що можуть виникати у розумної людини, певною мірою на якійсь середній показник, а не на реакцію легкозбуджуваної, темпераментної особи.

Проте в кримінальному праві також спостерігаються зрушення, засновані на перегляді ролі емоцій у людському житті, такі як дискусії про криміналізацію емоційного насильства або збільшення відповідальності за застосування впливу емоційного характеру, що призвело до скоєння злочинів. Відкритим залишається питання балансу в справі врахування емоцій, швидше навіть того, що не дозволить перетнути межі розумного. Зокрема, показовими є суперечки навколо кримінальної відповідальності за емоційне насильство над дітьми, так званого «Закону Попелюшки». Як справедливо зазначається: «Мета цього закону полягає у зміні існуючого законодавства щодо дитячої бездоглядності, розширення змісту злочинних зловживань таким чином, щоб охопити складну царину емоцій <...>. Однак, як тільки емоційна поведінка батьків стане мішенню для поліції, кожна мати і батько опиняться в небезпеці бути позначеними як кривдники» [20].

Отже, з одного боку, уникнути емоцій у правовому регулюванні неможливо, а з другого — і правові теорії, і їх втілення у правовій дійсності містять заклики до раціональності. Ці заклики підтримуються у нормотворчості та правозастосуванні, раціональні моделі людської діяльності та образи розумного застосовуються як частина судочинства.

Інший цікавий блок питань, безпосередньо пов'язаний зі співвідношенням раціонального та емоційного у правовому регулюванні: де пролягають раціо-

нальні межі правового регулювання? Як визначити недоцільність регулювання деяких сфер правової реальності? Як уникнути «зарегульованості» й неефективності? Слід сказати, що ці проблеми набувають особливої гостроти в умовах інформаційного суспільства внаслідок його специфіки. По-перше, змінюється ставлення до регулювання; значна кількість осіб у такому суспільстві відчувають емоційне відторгнення та сприймають як посягання на простір свободи спроби врегулювати правовими засобами питання кіберпростору, комунікаційних мереж, поведження з інформацією та ін. По-друге, нові технології, про які було сказано вище, змінюють уявлення про межі та інструменти правового регулювання. Його характеристиками в інформаційному суспільстві стають нейтральність, дерегулювання й саморегулювання, поєднання традиційних та інноваційних методів, акцент на правових рекомендаціях і врахування транснаціонального аспекту.

Як пише О. Лобел, «нове законодавство у таких сферах, як еко-менеджмент та інформаційні технології, надає можливості для приватних учасників відмовитися від традиційного правового режиму й управляти їх середовищем шляхом спільного і динамічного планування <...>, уряд використовує можливості нових технологій, ринку інновацій і громадянської активності з тим, щоб зацікавлені сторони зробили свій внесок у проекти управління. Нова модель управління асоціюється з де-центруванням правової науки, кидаючи виклик традиційній орієнтації на формальне регулювання» [21, с. 263–264]. Окрім вироблення нових моделей, споглядається перенесення інструментів із приватної до публічної сфери, а також застосування їх у нетипових ситуаціях. Приміром, до вирішення надзвичайних та кризових ситуацій, що потребують швидкого реагування з боку уповноважених органів, залучаються приватні особи, озброєні відповідними інформаційними технологіями (цифрові мапи землетрусів, сповіщення за допомогою глобальних мереж тощо), а замість чи на додаток до нормативних регулюючих документів укладаються угоди між приватними й публічними акторами. Як зазначається, криза не означає, що збірка правил більше не застосовується, але створює можливості для нових правових інтерпретацій. І в майбутніх надзвичайних ситуаціях держава може керувати обмеженням влади через регулювання за допомогою інших засобів, коли вона не спроможна звернутися до законодавчої відповіді через політичні, часові або інші обмеження [22, с. 541].

Досить радикальні пропозиції лунають щодо правового регулювання відносин, пов'язаних із використанням глобальних мереж, зокрема деякі наполягають на нейтральності у вигляді повного невтручання за допомогою юридичних інструментів. Нераціональність такого регулювання обґрунтовується, по-перше, наявністю таких сфер, що саморозвиваються (як, приміром, Інтернет); по-друге, тим, що технології змінюються надто швидко й непередбачувано (як зв'язок і передавання даних); по-третє, складністю контролю та недоцільністю встановлення норм, які легко оминати засобами, наявними у розпорядженні членів інформаційного суспільства (як соціальні медіа); по-четверте, змінами у свідомості індивідів (сприйняття комунікаційних мереж як простору свободи, існування кіберпростору як глобального).

Один із таких підходів виражає принцип «мережевого нейтралітету», згідно з яким ставлення до всього контенту, сайтів, майданчиків та платформ є рівним, при цьому в інформаційній мережі підтримуються всі форми подання інформації.



Цей принцип передбачає також зменшення спеціалізації окремих мереж і націленість на їх багаторазове використання, у тому числі в майбутньому. Прихильники мережевого нейтралітету вважають, що він відкриває можливості для всіх завдяки відкритості Інтернету й відсутності пов'язаного з ним регулювання. Критики стверджують, що Інтернет потребує регулювання і відсутність останнього може, навпаки, нівелювати інновації, що походять від глобальних мереж. Однак незалежно від того, аргументи якої сторони ви підтримуєте, «ясно, що відкритість Інтернету перетворилася на незвідані води», а в суперечки навколо мережевого нейтралітету втягнуті багато країн [23, с. 350]. Видається, що специфіка комунікаційних мереж, їх глобальний характер і особлива архітектура повинні впливати на форму та зміст правового регулювання таким чином, щоб не було втрачено цілісність мереж і водночас їх надзвичайну різноманітність.

З іншого боку, споглядаються призови негайно взятися за правове регулювання питань, вразливих за рахунок розвитку нових інформаційних технологій, тих, які нерозумно та неправильно залишати відкритими. Передовсім йдеться про заповнення прогалін у таких важливих сферах, як права людини (приватність, свобода слова, вільний розвиток особи) та демократія (виборчі технології, захист даних, прозорість участі та управління). Так, наголошується, що «легкість реідентифікації являє собою кардинальні зміни не тільки в технології, а й у нашому розумінні приватного. Це підриває десятиліття припущень про надійність анонімізації <...>. Регулюючі органи повинні швидко і рішуче реагувати на цей руйнівний технологічний зсув, щоб відновити рівновагу в законі й захищати всіх нас від неминучої, значної шкоди» [24, с. 1777]. Зазначається, що повинні розроблятися «пропозиції до законодавства про захист даних, що включає „хмарні” та інші технологічні комп'ютерні розробки чітким, збалансованим чином. Режим захисту даних має бути таким, що враховує більше нюансів, пропорційним і гнучким» [25, с. 228]. Потрібно сказати, що навіть прихильники обов'язкового правового регулювання певних відносин у інформаційному суспільстві переважно наполягають на тому, що таке регулювання має бути гнучким, динамічним та певною мірою мінімалістичним.

Слід зазначити, що інформаційне суспільство містить як нові регулятивні виклики, так і можливості, що у свою чергу передбачають зміни в емоційному ставленні суспільства до їх застосування. Наприклад, адепти згадуваної асиметрично патерналістської політики пропонують вирішити проблему водіння в нетверезому стані за рахунок легалізації специфічного застосування нових технологій. Останні здатні «потенційно вимірювати рівень алкоголю у крові водія ненав'язливо і відключити машину, якщо встановлений поріг перевищено. Такий пристрій буде абсолютно ненав'язливим для тих, кому він не потрібний, наприклад, водіїв, які не п'ють, але буде регулювати поведінку тих, до чиїх прав та прийняття рішень передбачається втручання. Цілком можливо, що такі пристрої будуть мати наслідком деякі витрати, наприклад, якщо чоловік з алкогolem на рівні 0,06 % буде не в змозі відвезти свою дружину до пологового будинку» [17, с. 1253]. Розумна ідея, проте викликає майже інстинктивне відторгнення, адже так і до тотального стеження недалеко, і до футуристичного світу панівних машин.

Важливого значення в інформаційному суспільстві набуває питання, тісно пов'язане з раціональними межами та емоційним сприйняттям регулювання, — щодо транснаціонального характеру останнього.

Як слушно зазначається, «жоден закон не може бути успішно запроваджений при величезній кількості населення, яке не підтримує його морально і володіє простими засобами для невидимого ухилення <...>. У гіршому разі користувачі комп'ютерів просто знайдуть нові шляхи для фрірайду» [26, с. 751]. Слід звернути увагу на те, що комунікативні засоби, використовувані цими користувачами, сприяють пошукам успішних колективних шляхів уникнення наслідків регулювання, яке не сприймається членами суспільства.

Глобалізація передбачає створення наднаціональних, міжнародних правових режимів і систем, а кіберпростір без кордонів та розвиток інформаційних технологій містять потенціал безпосередньо впливати на людей, незалежно від того, де вони перебувають. Тому змінюються уявлення про методи й інструменти правового регулювання. Наприклад, про «м'яке право», яке набуло широкого розповсюдження, особливо на європейських теренах, і має регулятивне значення, якого не вистачає формальним механізмам. Як висловився Р. Коттерелл, «стандарти різних видів, що може бути дуже важливо при інтерпретації транснаціонального регулювання, не обов'язково мають бути створені як щось подібне ортодоксальним судовим чи законодавчим органам... Концепції права, застосовні й корисні в аналізі транснаціонального регулювання, швидше за все, будуть менш розвинені й набагато більш гнучкі та дослідницькі, ніж багато попередніх характеристик права у правових теоріях» [27, с. 208].

Таким чином, розділити раціональне та емоційне у правовому регулюванні надзвичайно складно, зважаючи і на відмінність трактування понять, і на те, що людська діяльність заснована на певній комбінації мотивів. Простежуються тенденції до пом'якшення раціональних стандартів людської поведінки в певних соціальних сферах, регульованих правом, і водночас до зважування емоційного стану учасників соціальних відносин у юридичному процесі. Окрім традиційних правових сфер, де необхідне юридичне визначення емоційного та розумного, а також сфер, глибоко пов'язаних з індивідуальним та суспільним сприйняттям, змінюється уявлення про раціональне правове регулювання багатьох суспільних відносин, у тому числі за рахунок розвитку нових технологій. Інформаційне суспільство створює виклики щодо розумних меж, застосовних методів та інструментів регулювання, впливає на правову ідеологію та правову психологію як елементи правосвідомості, ускладнює транснаціональне правове регулювання. Загалом, це глибокі та дискусійні питання — поєднання у праві емоційної та раціональної сторони, які заслуговують подальших досліджень.

## ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Aronovitch H.* The Role of Emotions in the Rule of Law / H. Aronovitch // University of Toronto Law Journal. — 2007. — Vol. 57, No 4. — P. 781–794.
2. *Spain E.* The Role of Emotions in Criminal Law Defences: Duress, Necessity and Lesser Evils / E. Spain. — Cambridge : Cambridge Univ. press, 2011. — 328 p.
3. *Балабанова Д. О.* Раціональний та почуттєво-емоційний аспекти правосвідомості та поведінки суб'єктів права / Д. О. Балабанова // Акт. проблеми держави і права : зб. наук. пр. — Одеса : Юрид. л-ра, 2012. — Вип. 68. — С. 88–95.
4. *Nussbaum M.* Hiding from Humanity: Disgust, Shame, and the Law / M. Nussbaum. — Princeton, NJ : Princeton Univ. Press, 2004. — 413 p.
5. *Murphy M.* Natural Law and Practical Rationality / M. Murphy. — Cambridge : Cambridge Univ. press, 2001. — 284 p.

6. *Celano B.* Law, Plans and Practical Rationality / B. Celano // D&Q. – 2012. – No. 12. – P. 210–254.
7. *Korobkin R. and Ulen T.* Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics / R. Korobkin and T. Ulen // California Law Review. – 2000. – Vol. 88, No. 4. – P. 1051–1144.
8. *Makdisi J.* Formal Rationality in Islamic Law and the Common Law / J. Makdisi // Cleveland State Law Review. – 1985–1986. – Vol. 34. – P. 97–112.
9. *Epstein D.* Rationality, Legitimacy, & The Law / D. Epstein // Washington University Jurisprudence Review. – 2014. – Vol. 7. – Issue 1. – P. 1–38.
10. *Frijda N. H.* The Laws of Emotion / N. H. Frijda // Human Emotions: A Reader / Jennifer M. Jenkins, Keith Oatley, & Nancy Stein (Eds.). – Malden, MA : Blackwell Publishers, 1998. – P. 271–287.
11. *Sanger C.* The Role and Reality of Emotions in Law / C. Sanger // William & Mary Journal of Women and the Law. – 2001. – Vol. 8. – Issue 1. – P. 107–113.
12. *Hatzis A.* The Negative Externalities of Immorality: The Case of Same-Sex Marriage / A. Hatzis // Skepsis. – 2006. – Vol. 17. – P. 52–65.
13. *Leiboff M.* Post-mortem sperm harvesting, conception and the law: Rationality or religiosity? / M. Leiboff // Queensland University of Technology Law and Justice Journal. – 2006. – Vol. 6 (2). – P. 193–213.
14. *Appleton S.* Between the Binaries: Exploring the Legal Boundaries of Nonanonymous Sperm Donation / S. Appleton // Family Law Quarterly. – 2015. – Vol. 49, No. 4. – P. 93–115.
15. *Claus L.* The Empty Idea of Authority / L. Claus // Illinois Law Review. – 2009. – No. 5. – P. 1301–1358.
16. *Hacker P.* The Behavioral Divide. A Critique of the Differential Implementation of Behavioral Law and Economics in the US and the EU / P. Hacker // European Review of Contract Law, 2015 Forthcoming. May 22, 2015. Available at: <http://ssrn.com/abstract=2609531>.
17. *Camerer, C., etc.* Regulation for Conservatives: Behavioral Economics and the Case for «Asymmetric Paternalism» / C. Camerer, S. Issacharoff, G. Loewenstein, T. O'Donoghue, M. Rabin // University of Pennsylvania Law Review. – 2003. – Vol. 151. – P. 1211–1254.
18. *Kolber A.* Therapeutic Forgetting: The Legal and Ethical Implications of Memory Dampening / A. Kolber // Vanderbilt Law Review. – 2006. – Vol. 59. – P. 1561–1626.
19. *Hess A.* Evidence of Life on Facebook: Appearing happy on social media may be used against you in a court of law / A. Hess // April 29, 2015, Available at: [http://www.slate.com/articles/technology/users/2015/04/social\\_media\\_and\\_the\\_law\\_if\\_you\\_re\\_claiming\\_emotional\\_distress\\_don\\_t\\_appear.2.html](http://www.slate.com/articles/technology/users/2015/04/social_media_and_the_law_if_you_re_claiming_emotional_distress_don_t_appear.2.html).
20. *Furedi F.* Rather than protecting children, the Cinderella Law could turn family life into a place where no one is safe / F. Furedi // 02 April 2014, Available at: <http://www.independent.co.uk/life-style/health-and-families/features/the-cinderella-law-emotional-correctness-gone-mad-9231233.html>.
21. *Lobel O.* The Renew Deal: The Fall of Regulation and the Rise of Governance in Contemporary Legal Thought / O. Lobel // Minnesota Law Review. – 2004. – Vol. 89. – P. 262–390.
22. *Davidoff Solomon S. and Zaring D.* Regulation by Deal: The Government's Response to the Financial Crisis / S. Davidoff Solomon and D. Zaring // Admin. Law Review. – 2009. – 61 (3). – P. 463–542.
23. *Sidak J. G.* A Consumer-Welfare Approach to Network Neutrality Regulation of the Internet / J. G. Sidak // Journal of Competition Law & Economics. – 2006. – Vol. 2, No. 3. – P. 349–474.

24. *Ohm P.* Broken Promises of Privacy: Responding to the Surprising Failure of Anonymization / P. Ohm // *UCLA Law Review*. – 2010. – Vol. 57. – P. 1701–1777.
25. *Kuan Hon W., etc.* The problem of „personal data” in cloud computing: what information is regulated? – the cloud of unknowing / W. Kuan Hon, C. Millard, I. Walden // *International Data Privacy Law*. – 2011. – Vol. 1, No. 4. – P. 211–228.
26. *Wu T.* When Code Isn't Law / T. Wu // *Virginia Law Review*. – 2003. – Vol. 89, No. 4. – P. 679–751.
27. *Cotterrell R.* A Concept of Law for Global Legal Pluralism? / R. Cotterrell // S. P. Donlan and L. H. Urscheler eds., *Concepts of Law: Comparative, Jurisprudential and Social Science Perspectives*. – Farnham: Ashgate, 2014. – P. 193–208.

---

**Разметаєва Ю. С. Рациональне та емоційне у правовому регулюванні**

**Анотація.** У статті розглядаються проблеми раціонального та емоційного у правовому регулюванні. Визначаються тенденції, пов'язані з врахуванням емоцій у різних сферах правової дійсності, зміною стандартів розумної поведінки учасників правовідносин. Акцентується увага на інформаційному суспільстві, яке зсуває уявлення про раціональні межі, доцільність та ефективність регулювання, а також впливає на індивідуальну й суспільну свідомість, сприйняття правових комунікацій.

**Ключові слова:** правове регулювання, раціональне, емоційне, право, інформаційне суспільство.

**Разметаева Ю. С. Рациональное и эмоциональное в правовом регулировании**

**Аннотация.** В статье рассматриваются проблемы рационального и эмоционального в правовом регулировании. Определяются тенденции, связанные с учетом эмоций в различных сферах правовой действительности, изменением стандартов разумного поведения участников правоотношений. Акцентируется внимание на информационном обществе, которое смещает представления о рациональных пределах, целесообразности и эффективности регулирования, а также влияет на индивидуальное и общественное сознание, восприятие правовых коммуникаций.

**Ключевые слова:** правовое регулирование, рациональное, эмоциональное, право, информационное общество.

**Razmetaeva Y. Rational and Emotional in Legal Regulation**

**Summary.** The article is devoted to problems of rational and emotional in the legal regulation. The trends associated with the emotions in different areas of the legal reality and changes in the standards of reasonable behavior participants of legal relations are identified. The attention is focused on the information society which shifts the idea of the rational limits, the feasibility and effectiveness of regulation, as well as impact on the individual and social consciousness, perception of legal communications.

**Key words:** legal regulation, rational, emotional, law, information society.