



SENTRIX

RETHINKING SENTENCING
THROUGH CHOICE
ARCHITECTURE

Vedenjska ekonomija in pravo
Podjetje in delo 6-7/2025/LI

ARHITEKTURA PRAVNEGA ODLOČANJA

Mojca M. Plesničar

Building a decision-making matrix

Mojca M. Plesničar

Arhitektura pravnega odločanja

1. Uvod
2. Arhitektura izbire kot okvir odločanja
3. Strokovno odločanje kot posebna kategorija
4. Arhitektura izbire v praksi pravnega odločanja
5. Etika vplivanja na strokovne odločevalce
6. Sklep

Povzetek

Članek obravnava arhitekturo izbire kot koncept, ki je vse pomembnejši tudi v pravnem odločanju. Čeprav so raziskave vedenjske ekonomije dolgo časa izhajale predvsem iz odločanja laikov, se izkaže, da tudi na strokovne odločevalce (sodnike, tožilce, odvetnike in zakonodajalce) vplivajo enake kognitivne omejitve in pristranskosti. Razlika je v tem, da se njihovo odločanje odvija v institucionalno strukturiranih okvirih, ki sami po sebi delujejo kot arhitektura izbire. Članek prikazuje primere iz kazenskega in civilnega prava, pri katerih subtilne značilnosti okolja odločanja pomembno vplivajo na izide, ter analizira dvojno vlogo nekaterih pravnikov, ki so hkrati odločevalci in arhitekti izbire. Posebna pozornost je namenjena vprašanju etike: ali je usmerjanje strokovnih odločevalcev manj sporno kot vplivanje na laike in pod katerimi pogoji je legitimno. Prispevek se sklene s tezo, da arhitektura izbire ni le problem, temveč tudi del rešitve, če je oza-veščena, transparentna in zavestno oblikovana v skladu z vrednotami pravnega sistema.

Ključne besede: arhitektura izbire, pravno odločanje, vedenjska ekonomija, pravni odločevalci, sodniki, tožilci, odvetniki, etika

Abstract

The article explores choice architecture as a concept that has become increasingly relevant to legal decision-making. While behavioural economics has traditionally focused on lay decision-makers, research shows that professional actors (judges, prosecutors, lawyers, and legislators) are equally susceptible to cognitive limitations and biases. What differentiates them is the institutional framework in which they operate, which itself functions as a form of choice architecture. The article illustrates examples from criminal and civil law where subtle contextual features significantly influence outcomes, and analyses the dual role of certain legal professionals who act both as decision-makers and as choice architects. Particular attention is devoted to the ethical dimension: whether influencing professional decision-makers is less problematic than influencing

Mojca M. PLESNIČAR, MSc, doktorica pravnih znanosti, višja znanstvena sodelavka na Inštitutu za kriminologijo pri Pravni fakulteti v Ljubljani, izredna profesorica za področje kriminologije na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani, e-naslov: mojca.plesnicar@pf.uni-lj.si

laypeople, and under which conditions such interventions are legitimate. The article concludes with the claim that choice architecture is not only part of the problem but also part of the solution – provided it is recognised, transparent, and consciously designed in line with the values of the legal system.

Keywords: *choice architecture, legal decision-making, behavioural economics, legal professionals, judges, prosecutors, lawyers, ethics*

1. Uvod

Vedenjska ekonomija je v zadnjih desetletjih postala eno ključnih področij za razumevanje človeškega odločanja. Od Simona in njegove teorije omejene racionalnosti,¹ prek pionirskih eksperimentov Tverskega in Kahnemana² do danes je pokazala, da ljudje sistematično odstopamo od modela popolnoma racionalnega odločevalca. Človeško vedenje oblikujejo kognitivne omejitve, čustva, socialni vplivi in značilnosti okolja, v katerem so odločitve sprejete.³ V tem smislu vedenjska ekonomija dopolnjuje klasični racionalno-kalkulativni model odločanja, ki ga v pravo dolgo ni nihče resno izpodbijal.

Kolega Cepec v svojem prispevku v tej publikaciji krasno oriše razvoj vedenjske ekonomije od racionalne izbire, prek ugotovitev o delovanju dveh sistemov mišljenja (sistem 1 in sistem 2) do prepoznavanja številnih kognitivnih pristranskosti in bližnjic. Njegov fokus je na posamezniku kot odločevalcu in na mehanizmih, zaradi katerih posamezniki odstopamo od racionalnega modela.

V tem članku želim nadaljevati to razpravo, a spremeniti fokus. Najprej se želim pomakniti od odločanja posameznika k posamezniku v kontekstu. Moje izhodišče je, da odločevalec, čeprav strokovnjak z visoko stopnjo znanja in izkušenj, nikoli ne deluje v vakuumu, temveč v okolju, ki je institucionalno, proceduralno in socialno oblikovano. To okolje v teoriji arhitekture izbire imenujemo okolje odločanja, vsebuje pa lastnosti, ki lahko olajšajo ali otežijo sprejemanje kakovostnih odločitev.

Prvi premik v tem prispevku je torej od vedenjske ekonomije kot splošnega okvira k arhitekturi izbire kot specifičnemu konceptu. Čeprav vedenjska ekonomija raziskuje predvsem, kako ljudje dejansko odločajo, arhitektura izbire poudarja, da se to odločanje odvija v neizogibno oblikovanih okoljih, ki na odločitve vplivajo včasih subtilno, včasih neposredno.⁴ Nevtralnih okolij preprosto ni; tudi na videz pasivna zasnova procesa odločanja vsebuje implicitne usmeritve. Pri tem je pomembno, da arhitektura izbire ni zgolj pasivno ozadje, temveč aktivno oblikuje poti, po katerih se odločitve razvijajo. Čeprav se je najprej uporabljala predvsem v potrošniških in javnopolitičnih

¹ H. A. Simon (1955).

² A. Tversky, D. Kahneman (1974; 1981; 1982).

³ C. Engel, A. Glöckner (2013); D. Kahneman (2011).

⁴ R. Thaler, v: E. Shafir *et al.* (2013); K. Yeung (2016).

kontekstih,⁵ je vse bolj očitno, da se njeni mehanizmi enako močno uveljavljajo tudi pri strokovnem odločanju, vključno s pravnimi odločitvami.⁶

Drugi premik, ki ga želim narediti, je od posameznika kot izoliranega akterja k posamezniku v specializiranem kontekstu. Strokovno odločanje se razlikuje od vsakdanjih odločitev potrošnikov ali volivcev po več vidikih: večji formaliziranosti, večji odgovornosti, večji povezanosti z normativnimi cilji in prisotnosti institucionalnih omejitev.⁷ Toda raziskave kažejo, da tudi na visoko usposobljene strokovnjake, vključno s sodniki, tožilci, odvetniki in zakonodajalci, vplivajo enake kognitivne pristranskosti kot na laike.⁸ Razlika je v tem, da strokovnjaki odločajo v formaliziranih postopkih in institucionalnih okvirih, ki sami po sebi delujejo kot arhitekture izbire – včasih takšne, ki napake blažijo, drugič pa takšne, ki jih krepijo.

Izhodišče tega članka je teza, da je arhitektura izbire hkrati del problema in del rešitve. Problem pomeni takrat, ko je implicitna in neprepoznana, saj lahko utrjuje pristranskosti, povečuje variabilnost odločitev ali spodbuja nepredvidene učinke. Del rešitve pa je, kadar jo prepoznamo, analiziramo in zavestno oblikujemo tako, da spodbuja odločanje, skladno z zakonodajnimi cilji, etičnimi standardi in najboljšimi strokovnimi praksami.⁹ Pri tem pa se postavlja pomembno vprašanje legitimnosti: ali je usmerjanje odločitev strokovnjakov manj sporno kot usmerjanje laikov in pod katerimi pogoji je takšno oblikovanje okolja sprejemljivo?¹⁰

V nadaljevanju predstavim koncept arhitekture izbire v povezavi z vedenjsko ekonomijo, pri čemer izhajam iz literature o vplivu okolja na odločanje. V tretjem delu analiziram, kako se arhitektura izbire kaže v delu različnih kategorij pravnikov, in ilustriram primere iz kazenskega in civilnega prava. V četrtem se posvetim vprašanju etike pri vplivanju na strokovne odločevalce, v petem obravnavam profesionalizacijo kot morebitno zaščito pred pristranskostmi, zadnji del pa se vrne k izhodiščni tezi in nakaže možnosti za odgovorno uporabo arhitekture izbire v pravo.

2. Arhitektura izbire kot okvir odločanja

Koncept arhitekture izbire sta Thaler in Sunstein opredelila kot način oblikovanja okolja, v katerem posamezniki sprejemajo odločitve.¹¹ Ključna značilnost tega koncepta je spoznanje, da nevtralno okolje ne obstaja. Vsaka odločitev je umeščena v določene okvire (fizične, institucionalne, jezikovne), ki oblikujejo potek odločanja in pogosto določajo, katera možnost je izbrana.¹²

⁵ A. Cornforth (2009); na primer R. Thaler, S. Benartzi (2004).

⁶ I. Marder, J. Pina-Sánchez (2020); T. Wilson (2019).

⁷ B. Barry (2021); C. Engel, A. Glöckner (2013).

⁸ M. Dhami *et al.* (2020); B. Englich, T. Mussweiler (2001); C. Guthrie *et al.* (2001).

⁹ C. Sunstein (2016).

¹⁰ L. Bovens, v: T. Grune-Yanoff, S. O. Hansson (2009); C. Schubert (2015); C. Sunstein (2016); K. Yeung (2016).

¹¹ R. Thaler, C. Sunstein (2009).

¹² R. Thaler, v: E. Shafir *et al.* (2013); K. Yeung (2016).

Mehanizmi arhitekture izbire so raznoliki.¹³ Med najpogostejše raziskane spadajo:

- Privzete nastavitve (*defaults*), ki izkoriščajo težnjo ljudi po ohranjanju *statusa quo*. Znan primer so sistemi darovanja organov, pri čemer so stopnje soglasja znatno višje v državah s sistemi *opt-out* kot v tistih s sistemi *opt-in*.¹⁴
- Uokvirjanje (*framing*), pri čemer enake informacije v različnih predstavitevah vodijo do različnih odločitev. V pravu se to pojavlja denimo pri razpravi o kazenskih sankcijah, ki so lahko predstavljene kot preprečevanje družbene izgube ali kot ustvarjanje koristi.¹⁵
- Poenostavitev kompleksnih odločitev z razbitjem na manjše korake, kar zmanjšuje kognitivno obremenitev in povečuje verjetnost, da bo odločitev sprejeta.
- Povratne informacije, ki omogočajo sprotno učenje in prilagajanje, na primer sistemi, ki sodnikom ali tožilcem pokažejo posledice predhodnih odločitev v podobnih primerih.
- Socialne norme, ki delujejo kot signal za »pričakovano« vedenje.¹⁶ V pravnem okolju se to lahko kaže v primerjalnih podatkih o sodni praksi, ki sodnikom sporočajo, kaj je običajna odločitev.

Ti mehanizmi so se sprva razvijali v kontekstu potrošniških odločitev ter javnih politik na področju okolja in zdravja.¹⁷ Vendar se je kmalu izkazalo, da so enako relevantni v strokovnih okoljih – pri vodenju podjetij,¹⁸ v zdravstveni stroki¹⁹ in, kot se vse bolj raziskuje, v pravu.²⁰

V pravnem odločanju arhitektura izbire deluje na več ravneh. Na makroravni jo oblikuje zakonodajalec s tem, kako strukturira postopke in oblikuje pravila: od tega, ali zakon predvideva privzete možnosti, do tega, kako kompleksna je pot do posameznega izida. Na mikroravni pa se arhitektura izbire kaže v vsakodnevni praksi: v zaporedju, v katerem se sodniku predstavijo dokazi, v besedni izbiri tožilca in v grafični podobi obrazca, ki ga izpolnjuje odvetnik. Empirične raziskave, kot bomo videli v nadaljevanju, potrjujejo, da lahko takšne značilnosti pomembno vplivajo na izide.

Zavedanje o vplivu arhitekture izbire na odločitve je ključno tudi zato, ker pokaže, da se pravni sistem ne more sklicevati na ideal popolne nevtralnosti. Kot opozarja Yeung,²¹ že sama zasnova postopka, način zbiranja dokazov in razporeditev procesnih vlog ustvarjajo vzode, ki odločanje usmerjajo v eno ali drugo smer. To pomeni, da arhitektura izbire ni samo problem – nekaj, kar lahko vodi v izkrivljanje

¹³ E. Johnson *et al.* (2012).

¹⁴ E. Johnson, D. Goldstein (2003).

¹⁵ J. Rachlinski *et al.* (2013).

¹⁶ R. Cialdini, v: M. P. Zanna *et al.* (1991).

¹⁷ J. Blumenthal-Barby, H. Burroughs (2012); A. Cornforth (2009); R. Thaler, S. Benartzi (2004); E. U. Weber (2013).

¹⁸ P. Ebert, W. Freibichler (2017).

¹⁹ D. King *et al.* (2014); A. Weyman, R. O'Hara (2019).

²⁰ T. Wilson (2019).

²¹ K. Yeung (2016).

odločitev, ampak je tudi priložnost, saj ponuja možnost, da okolje zavestno oblikujemo tako, da zmanjšuje pristranskosti, povečuje konsistentnost in podpira cilje, ki jih pravni sistem želi doseči.²²

3. Strokovno odločanje kot posebna kategorija

Raziskave vedenjske ekonomije so se tradicionalno osredotočale na odločanje laikov: potrošnikov, volivcev in pacientov, pri katerih se učinki kognitivnih pristranosti in heuristik najhitreje pokažejo in jih je lažje empirično preučevati. Pogosto se je domnevalo, da bodo strokovni odločevalci zaradi izkušenj, usposobljenosti in etičnih standardov manj dovzetni za enake vplive oziroma napake. Vendar vse več ugotovitev kaže, da tudi za strokovnjake, ki odločajo v strokovnih okoljih, veljajo enake kognitivne omejitve. Številne kognitivne pristranosti so posledica temeljnih značilnosti človeškega mišljenja, ki jih profesionalizacija ne izniči.²³ Zato se strokovno odločanje razlikuje od laičnega predvsem po tem, da poteka v formaliziranih postopkih, ki sami predstavljajo različna okolja odločanja – in ta lahko pristranskosti blažijo ali krepijo.²⁴

Razlika med laičnim in strokovnim odločanjem torej ni v odsotnosti pristranskosti, temveč v posebnem institucionalnem okviru, v katerem strokovnjaki delujejo. Strokovno odločanje je praviloma bolj strukturirano kot laično. Poteka znotraj formalnih postopkov, ki določajo zaporedje korakov in usmerjajo način obravnavanja informacij. Odločitve so zavezane formalnim pravilom in etičnim standardom, hkrati pa so obremenjene z večjo odgovornostjo, saj imajo pogosto daljnosežne posledice za posameznike in družbo.

Pri tem je pomembno, da lahko izkušnje in strokovno znanje sicer zmanjšajo določene napake, a jih nikakor ne odpravijo. Engel in Glöckner ugotavljata, da imajo strokovnjaki sicer bolj razvite strategije obvladovanja kompleksnosti, vendar jih te strategije ne varujejo pred vplivi konteksta, v katerem odločajo.²⁵ Wilson pa opozarja, da številne pristranskosti izhajajo iz temeljnih značilnosti človeškega mišljenja, zato jih profesionalizacija sama po sebi ne more odpraviti.²⁶

Empirične raziskave potrjujejo, da so tudi izkušeni pravniki dovzetni za iste kognitivne učinke kot laiki. Ameriški sodniki tako pogosto uporabljajo heuristike, kot so sidranje, potrditvena pristranskost in uokvirjanje, kar vpliva na njihove sodbe.²⁷ Danziger, Levav in Avnaim-Pesso pa so dokumentirali pojav odločevalske utrujenosti pri izraelskih sodnikih.²⁸ Podobno so raziskave pokazale, da se tudi odvetniki in tožilci zanašajo na bližnjice ter so dovzetni za socialne norme, ki oblikujejo njihovo presojo

²² D. Kahneman *et al.* (2021).

²³ T. Wilson (2019).

²⁴ C. Engel, A. Glöckner (2013).

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ T. Wilson (2019).

²⁷ C. Guthrie *et al.* (2001).

²⁸ S. Danziger *et al.* (2011).

primera.²⁹ Strokovnjaki torej niso odporni proti vplivom arhitekture izbire, temveč jo doživljajo skozi specifične institucionalne filtre.

Prav ti formalni postopki, ki naj bi zagotavljali nepristranskost in enakost obravnave, so sami po sebi oblika arhitekture izbire. Pravila določajo vrstni red, v katerem se dokazi predstavijo, omejujejo razpoložljive možnosti in oblikujejo način, kako so informacije strukturirane. Zakonske določbe, ki postavljajo privzete sankcije, denimo delujejo kot privzete odločitve, ki usmerjajo nadaljnje odločitve sodnikov. Namesto da bi formalni okvir odpravil kognitivne omejitve, jih pogosto kanalizira v določene predvidljive vzorce in tako oblikuje strokovno odločanje na sistematičen način.

Strokovno odločanje je torej posebna kategorija prav zato, ker združuje univerzalne človeške kognitivne omejitve s specifično institucionalno arhitekturo, v kateri odločevalci delujejo. Ta kombinacija zahteva, da se koncept arhitekture izbire uporablja ne le za analizo odločanja laikov, temveč tudi kot orodje za razumevanje in morebitno izboljšanje odločanja strokovnjakov.

Profesionalizacijo pogosto razumemo kot zaščito pred kognitivnimi pristranskostmi. Dolgoletno izobraževanje, izkušnje in normativni standardi naj bi odločevalcem omogočali večjo odpornost proti vplivom okolja. Vendar raziskave kažejo, da je ta zaščita le delna. Profesionalizacija lahko res zmanjša napake, ki izvirajo iz pomanjkanja znanja ali iz napačnega razumevanja pravnega okvira, ne odpravlja pa bolj temeljnih kognitivnih mehanizmov, kot so sidranje, uokvirjanje ali odločevalska utrujenost. Tudi visoko usposobljeni strokovnjaki ostajajo dovzetni za pristranskosti, ker so te vgrajene v sam način delovanja človeškega mišljenja.³⁰

Zato profesionalizacije ne moremo razumeti kot zadostne obrambe pred vplivi arhitekture izbire, temveč prej kot delno zaščito, ki jo je treba dopolniti z ozaveščanjem in zavestnim oblikovanjem okolja odločanja.

4. Arhitektura izbire v praksi pravnega odločanja

Ko arhitekturo izbire prenesemo v pravni kontekst, postane očitno, da strokovni odločevalci (sodniki, tožilci, odvetniki in zakonodajalci) delujejo v okoljih, ki so natančno strukturirana, a nikoli nevtralna. Empirične raziskave pokažejo, da na odločitve pravnikov vplivajo subtilni elementi okolja, pogosto neodvisno od pravnih pravil ali formalnih dokaznih standardov.

Sodniki so klasičen primer strokovnih odločevalcev, pri katerih bi pričakovali visoko stopnjo racionalnosti in nepristranskosti, a so rezultati raziskav pogosto presenetljivi. Guthrie, Rachlinski in Wistrich so v seriji eksperimentov z ameriški sodniki pokazali, da ti niso nič manj dovzetni za kognitivne pristranskosti kot drugi ljudje.³¹ V enem izmed poskusov so sodnikom predstavili primer z zahtevkom za odškodnino, pri čemer so se zneski, ki jih je predlagala tožeča stranka, razlikovali. Čeprav bi moral biti

²⁹ T. Wilson (2019).

³⁰ C. Engel, A. Glöckner (2013); T. Wilson (2019).

³¹ C. Guthrie *et al.* (2001).

znesek predloga nerelevanten za sodnikovo oceno škode, so se izrečene odškodnine sistematično približevale predlaganemu sidru. Podobno so ugotovili vpliv okvirjanja: kadar so bile posledice dejanja opisane kot izguba, so bile sodne odločbe strožje, kot kadar so bile opisane kot preprečena korist. Ti rezultati potrjujejo, da formalna usposobljenost in sodniška prisega ne odpravita osnovnih psiholoških mehanizmov.

Ena najbolj citiranih je študija izraelskih avtorjev Danzigerja, Levava in Avnaim-Pessa,³² ki je analizirala več kot tisoč odločitev sodnikov o pogojnem odpustu. Rezultati so pokazali izrazit vzorec: takoj po začetku obravnavanja ali po odmoru so sodniki ugodili prošnji v približno 65 odstotkih primerov, tik pred odmorom pa se je verjetnost odobritve približala nič. Avtorji so pojav pojasnili kot posledico odločevalske utrujenosti: ko kognitivni viri pešajo, se sodniki nagibajo k privzeti, varnejši izbiri, to je zavrtniti prošnje. Čeprav je bila ta raziskava deležna številnih kritik, ki so opozorile na metodološke omejitve in na težave pri replikaciji v drugih okoljih, je postala ikoničen primer, ki razgalja vpliv na videz nepomembnih dejavnikov, kot je čas v dnevnu, na izide sodnih postopkov. Ne glede na spore glede natančne razlage ostaja pomembna predvsem zato, ker je spodbudila razpravo o tem, da so tudi visoko usposobljeni sodniki dovzetni za vplive arhitekture izbire in da nevtralnih pogojev odločanja v resnici ni.

Še bolj neposredno je učinek arhitekture izbire na sodniško odločanje pokazala skupina nemških raziskovalcev. Englich, Mussweiler in Strack so izvedli serijo eksperimentov,³³ v katerih so sodnikom predstavili primer posilstva in jim ob tem naključno dodelili različne predloge kazni. Presenetljivo je bilo, da so se izrečene kazni v povprečju gibale bistveno bližje predlaganemu sidru, čeprav je bilo to povsem arbitrarno – v enem izmed poskusov je bila višina predloga celo določena z metanjem kocke. Rezultati so pokazali, da se sodniki kljub dolgoletnim izkušnjam in profesionalizaciji nezavedno oprijejo predlagane številke in jo uporabijo kot referenčno točko. Ta učinek sidranja je bil potrjen tudi v drugih raziskavah tako pri sodnikih kot pri študentih prava, kar potrjuje, da gre za univerzalni kognitivni mehanizem, ki ga strokovno znanje ne more odpraviti. Podobne rezultate smo zasledili tudi pri slovenski različici podobnega eksperimenta.

Za razumevanje vloge tožilcev so ti eksperimenti še posebej pomembni. Predlog kazni, ki ga poda tožilec, ima v postopku status le enega izmed argumentov, toda psihološko deluje kot močno sidro, po katerem se sodnik nezavedno ravna pri končni odločitvi. Številne empirične raziskave potrjujejo, da sodniki redko odstopijo bistveno od višine kazni, ki jo predlaga tožilec. V tem smislu so tožilci ne le stranka v postopku, temveč aktivni arhitekti izbire, ki z oblikovanjem obtožnega predloga in predloga kazni strukturirajo prostor odločanja. Ko k temu dodamo še vpliv institucionalnih smernic in vse pogostejšo uporabo digitalnih orodij, ki predlagajo tipične kvalifikacije dejanj in kazni na podlagi preteklih primerov, postane jasno, da je vloga tožilca v arhitekturi izbire izjemno močna. Vpliv je lahko pozitiven, kadar prispeva h konsistentnosti in

³² S. Danziger *et al.* (2011).

³³ B. Englich *et al.* (2006); B. Englich, T. Mussweiler (2001); T. Mussweiler *et al.* (2012); T. Mussweiler, F. Strack (2001).

predvidljivosti, lahko pa tudi problematičen, kadar reproducira pretekle pristranskosti ali vodi v sistematično usmerjanje odločitev v določeno smer.³⁴

Čeprav je vloga odvetnikov drugačna od sodniške ali tožilske, tudi oni delujejo znotraj arhitekture izbire in jo obenem soustvarjajo. Ena ključnih situacij, v katerih se to jasno pokaže, so pogajanja o poravnavi. Raziskave s področja civilnega prava so pokazale, da začetna višina odškodninskega zahtevka močno vpliva na končni dogovor. Gre za klasičen učinek sidranja, pri katerem (celo arbitrarna) začetna številka postane referenčna točka, od katere se vse nadaljnje odločitve odmerjajo. Podoben vpliv ima tudi način predstavitve problema in rešitve v razmerju do strank: če se poravnava oblikuje kot preprečitev izgube, se stranke odločajo drugače, kot če je predstavljena kot pridobljena korist.³⁵ Na ta način odvetniki ne nastopajo zgolj kot zagovorniki interesov strank, temveč z izbiro izhodiščnih zahtevkov, z jezikom in s strukturo pogajanj aktivno oblikujejo okolje odločanja, v katerem potekajo pogajanja. Hkrati pa raziskave kažejo, da tudi sami niso odporni proti psihološkim vplivom. Eksperiment Laure Angioletti in sodelavcev je pokazal, da lahko fiziološki dejavniki, kot je »interoceptivna občutljivost«, vplivajo na presojo odvetnikov o enakih ponudbah.³⁶ To pomeni, da so odvetniki hkrati odločevalci, ki morajo za svoje stranke sprejemati ključne odločitve, in arhitekti izbire, ki s svojimi procesnimi potezami oblikujejo prostor odločanja drugih.

Zakonodajalci pa pri oblikovanju arhitekture izbire nastopajo na makroravni. Njihove odločitve o tem, kako so zapisana pravila in kako so strukturirani postopki, ustvarjajo privzete poti, po katerih se nato gibajo vsi drugi pravniki. Že samo oblikovanje obrazcev, določitev rokov za pritožbo ali stopnja kompleksnosti postopka usmerjajo odločevalce in jim implicitno kažejo, katera pot je enostavnejša ali verjetnejša. Yeung opozarja, da se pogosto zmotno domneva, da so pravna pravila nevtralna.³⁷ V resnici pa prav zakonodajalec s svojimi odločitvami ustvarja arhitekturo, ki močno vpliva na vedenje tako laikov kot strokovnjakov. Posebej občutljivo je to na področju uporabe tehnologije: avtomatizirani sistemi za podporo odločanju, ki naj bi zmanjšali razlike med sodniki (*noise*), hkrati v pravno okolje prenašajo preference in predpostavke zakonodajalcev ali programerjev.³⁸

Iz teh primerov se pokaže tudi neki širši vzorec: različne pravniške vloge združujejo v različnem razmerju dva vidika – biti odločevalec in biti arhitekt izbire. Sodniki so predvsem odločevalci, saj se njihove naloge večinoma nanašajo na presojo med že strukturiranimi možnostmi, čeprav imajo sodniki na višjih sodiščih več vpliva tudi kot arhitekti, ko s sodno prakso oblikujejo smernice za druge. Zakonodajalci so skoraj izključno arhitekti izbire, saj določajo pravila in postopke, ki strukturirajo odločitve drugih, sami pa neposredno ne odločajo o posameznih primerih. Tožilci in odvetniki pa so v dvojni vlogi: so odločevalci, kadar presojujejo, kako bodo zastopali primer, in

³⁴ D. Kahneman *et al.* (2021).

³⁵ P. Bystranowski *et al.* (2021); G. Chapman, B. Bornstein (1996).

³⁶ L. Angioletti *et al.* (2022).

³⁷ K. Yeung (2016).

³⁸ D. Kahneman *et al.* (2021); J. Ryberg, J. Roberts (2021).

so arhitekti izbire, kadar z obtožnimi predlogi ali pogajalskimi strategijami oblikujejo prostor odločanja za sodnike in stranke. Ta dvojna narava njihove vloge pomeni, da nanje vpliva arhitektura izbire in da jo hkrati ustvarjajo, zaradi česar nastane posebna dinamika, pri čemer jih moramo razumeti v obeh vlogah hkrati.

5. Etika vplivanja na strokovne odločevalce

Jedro koncepta arhitekture izbire je misel, ki sta jo Thaler in Sunstein poimenovala libertarni paternalizem.³⁹ To je na videz protislovna ideja: odločevalce lahko usmerjamo k izidom, ki so zanje koristnejši, hkrati pa jim pustimo vse možnosti odprte. Paternalizem se kaže v tem, da arhitekt izbere smer, ki jo šteje za boljšo; libertarnost pa v tem, da posameznik še vedno lahko izbere drugače. Šlo naj bi torej za orodje, ki ne omejuje izbire, temveč posameznike in strokovnjake usmerja proti izidom, ki so v njihovem interesu. Prav ta »mehka« narava pa sproža dvoumnost: kadar odločevalci sledijo poti, ki jo je načrtoval nekdo drug, se zastavlja vprašanje, ali gre za pomoč pri sprejemanju odločitev ali za prikrito manipulacijo.⁴⁰ Kritiki opozarjajo, da arhitektura izbire pogosto zmanjšuje avtonomijo, ker deluje netransparentno in paternalistično.⁴¹ Morda še bolj temeljno pa je, da popolne nevtiralnosti ni; že sama zasnova postopkov, zaporedje informacij in način predstavitve vedno ustvarjajo določeno usmeritev.⁴²

Pri strokovnem odločanju so ta vprašanja še posebej občutljiva. Za pravne odločitve veljajo institucionalna pravila in standardi, ki so sami po sebi oblika arhitekture izbire. Sodnik mora odločati v okviru zakonsko določenih sankcij, tožilec oblikuje obtožbo v skladu s kazenskopравnimi kvalifikacijami in odvetnik zastopa stranko v pogajanjih, ki jih strukturirajo procesna pravila. Avtonomija je v teh primerih že od vsega začetka omejena, saj je podrejena zakonu in legitimnim ciljem pravnega sistema. V tem kontekstu zavestno oblikovana arhitektura izbire ne pomeni nujno posega v neodvisnost, temveč pogosto priznanje obstoječe realnosti. Če je njen namen povečati konsistentnost ali zmanjšati variabilnost, ki nima normativne podlage, je etično sprejemljivost lažje utemeljiti.⁴³

Razlika med laiki in strokovnjaki se zato kaže tudi na ravni etike. Pri laikih je osnovna skrb varovanje osebne avtonomije: denimo pri potrošniških ali zdravstvenih odločitvah, ko je cilj omogočiti posamezniku, da svobodno zasleduje lastne interese. Pri strokovnih odločevalcih pa je razmerje drugačno. Njihovo odločanje je po definiciji usmerjeno k skupnim, družbeno določenim ciljem, kot so pravičnost, enakost ali predvidljivost. Zakonodajalec ima pri tem pristojnost določiti okvir, ki odločitve vodi proti tem ciljem, in arhitektura izbire je lahko eno od orodij za to. Zato se lahko etična merila razlikujejo: tam, kjer je poseg v avtonomijo laika praviloma sporen, je pri strokovnjakih lahko celo pričakovan, če krepi skladnost z legitimnimi normativnimi cilji.

³⁹ R. Thaler, C. Sunstein (2009).

⁴⁰ Več o tem v prispevku kolegice Skočir v tej publikaciji.

⁴¹ L. Bovens, v: T. Grune-Yanoff, S. O. Hansson (2009); C. Schubert (2015).

⁴² K. Yeung (2016).

⁴³ Kahneman *et al.* (2021).

Kljub temu pa to ne pomeni, da je vsak poseg sprejemljiv. Raziskave, ki smo jih omenjali, jasno kažejo, da so tudi strokovnjaki dovzetni za pristranskosti, kot so sidranje, okvirjanje in vplivi irelevantnih dejavnikov. Če arhitektura izbire ostane netransparentna, lahko utrjuje neenakosti ali reproducira napake preteklosti.⁴⁴ Da bi se temu izognili, literatura predlaga tri pogoje za legitimnost: transparentnost, sorazmernost in odgovornost. Transparentnost pomeni, da so vplivi razvidni in razložljivi; sorazmernost, da poseg ne preseže nujnega za doseg legitimnega cilja; odgovornost pa, da arhitekti izbire prevzamejo pojasnitev in posledice svojih odločitev.⁴⁵

Na etiko arhitekture izbire v pravo torej lahko gledamo kot na dvotirni koncept. Pri laičnih odločevalcih gre predvsem za vprašanje, kako varovati osebno avtonomijo pred nevidnimi posegi. Pri strokovnjakih pa gre bolj za vprašanje, kako oblikovati okolja, ki podpirajo odločitve v skladu z legitimnimi cilji sistema, hkrati pa ohranjajo preglednost in poštenost postopka. Če nevtralnosti ni, potem je ključna naloga zagotoviti, da vplivi niso prikriti ali parcialni, temveč utemeljeni, razložljivi in skladni z vrednotami, ki jih pravni sistem želi uresničiti.

6. Sklep

Arhitektura izbire ponuja uporabno optiko za razumevanje pravnega odločanja. V članku sem pokazala, da odločanje pravnikov (ne glede na to, ali gre za sodnike, tožilce, odvetnike ali zakonodajalce) nikoli ne poteka v vakuumu, temveč vedno v institucionalno in proceduralno oblikovanem okolju. To okolje pa ni nevtralno: lahko pristranskosti blaži, a jih lahko tudi krepi.

Ugotovili smo, da profesionalizacija prinaša pomembne prednosti, saj odločevalcem omogoča boljšo orientacijo v kompleksnih situacijah, a ne odpravi temeljnih kognitivnih mehanizmov. Sodniki ostajajo dovzetni za učinke sidranja, utrujenosti in okvirjanja; tožilci s svojimi predlogi kazni aktivno oblikujejo prostor sodniških odločitev, hkrati pa nanje vplivajo institucionalna sidra, kot so usmeritve nadrejenih ali digitalna orodja, ki predlagajo kvalifikacije na podlagi preteklih primerov. Podobno odvetniki oblikujejo pogajalska okolja, a jih ob tem lahko zavedejo učinki okvirjanja ali celo fiziološki dejavniki, kot so pokazale eksperimentalne študije. V obeh primerih so torej hkrati arhitekti izbire in njene »žrtve«, saj njihove lastne odločitve potekajo v okvirih, ki jih sami ne obvladujejo v celoti. Zakonodajalci so v tem kontekstu skoraj izključno arhitekti izbire, saj s pravili in postopki oblikujejo okvire, v katerih odločajo drugi.

Arhitektura izbire je zato hkrati del problema in del rešitve. Problem nastane, kadar ostane implicitna in neprepoznana, saj takrat pristranskosti ne zmanjša, temveč jo pogosto reproducira ali celo povzroča. Rešitev pa morda lahko postane takrat, ko jo prepoznamo, analiziramo in zavestno oblikujemo v skladu z legitimnimi cilji pravnega sistema. Razlika med laičnimi in profesionalnimi odločevalci je pri tem bistvena: tam,

⁴⁴ K. Yeung (2016)

⁴⁵ A. Schmidt, B. Engelen (2020); C. Sunstein (2016).

kjer gre za varovanje osebne avtonomije, je vsak poseg posebej občutljiv, pri strokovnjakih pa lahko zavestno oblikovanje okolij deluje kot pričakovano in legitimno orodje, če spodbuja konsistentnost, pravičnost in preglednost.

Če nevtralnosti ni, potem razprava o arhitekturi izbire v pravu ni vprašanje o tem, ali vplivati na strokovne odločevalce, temveč kako to početi. Transparentnost, sorazmernost in odgovornost se kažejo kot temeljne zahteve, ki lahko ločijo arhitekturo, ki krepi legitimnost, od tiste, ki jo spodkopava. Prav v tem smislu arhitektura izbire ostaja ena najobetavnejših poti za izboljšanje pravnega odločanja, a samo, če jo razumemo kot zavestno, reflektirano in etično nalogo.

Literatura

- Angioletti, Laura, Tormen, Federico, Balconi, Michela (2022). Judgment and Embodied Cognition of Lawyers. Moral Decision-Making and Interoceptive Physiology in the Legal Field. *Frontiers in Psychology*, 13, <https://doi.org/10.3389/fpsyg.2022.853342>.
- Barry, Brian M. (2021). *How judges judge: empirical insights into judicial decision-making*. London: Routledge.
- Blumenthal-Barby, Jennifer S., Burroughs, Hadley (2012). Seeking Better Health Care Outcomes: The Ethics of Using the “Nudge”. *The American Journal of Bioethics*, 12(2), 1–10, <https://doi.org/10.1080/15265161.2011.634481>.
- Bovens, Luc (2009). The Ethics of Nudge. V: T. Grüne-Yanoff, S. O. Hansson (ur.), *Preference Change: Approaches from Philosophy, Economics and Psychology*, str. 207–219. Dordrecht: Springer Netherlands, https://doi.org/10.1007/978-90-481-2593-7_10.
- Bystranowski, Piotr, Janik, Bartosz, Próchnicki, Maciej, Skórska, Paulina (2021). Anchoring effect in legal decision-making: A meta-analysis. *Law and Human Behavior*, 45(1), 1–23, <https://doi.org/10.1037/lhb0000438>.
- Chapman, Gretchen B., Bornstein, Brian H. (1996). The more you ask for, the more you get: Anchoring in personal injury verdicts. *Applied Cognitive Psychology*, 10(6), 519–540, [https://doi.org/10.1002/\(SICI\)1099-0720\(199612\)10:6<519::AID-ACP417>3.0.CO;2-5](https://doi.org/10.1002/(SICI)1099-0720(199612)10:6<519::AID-ACP417>3.0.CO;2-5).
- Cialdini, Robert B., Kallgren, Carl A., Reno, Raymond R. (1991). A Focus Theory of Normative Conduct: A Theoretical Refinement and Reevaluation of the Role of Norms in Human Behavior. V: M. P. Zanna (ur.), *Advances in Experimental Social Psychology* (let. 24, str. 201–234). Academic Press, [https://doi.org/10.1016/S0065-2601\(08\)60330-5](https://doi.org/10.1016/S0065-2601(08)60330-5).
- Cornforth, Alana (2009). Behaviour change: insights for environmental policy making from social psychology and behavioural economics. *Policy Quarterly*, 5(4), Article 4, <https://doi.org/10.26686/pq.v5i4.4307>.
- Danziger, Shai, Levav, Jonathan, Avnaim-Pesso, Liora (2011). Extraneous factors in judicial decisions. *Proceedings of the National Academy of Sciences*, 108, 6889–6892, <https://doi.org/10.1073/pnas.1018033108>.
- Dhami, Mandeep K., Belton, Ian K., Merrall, Elizabeth, McGrath, Andrew, Bird, Sheila M. (2020). Criminal Sentencing by Preferred Numbers. *Journal of Empirical Legal Studies*, 17(1), 139–163, <https://doi.org/10.1111/jels.12246>.

- Ebert, Philip, Freibichler, Wolfgang (2017). Nudge management: applying behavioural science to increase knowledge worker productivity. *Journal of Organization Design*, 6(1), 4, <https://doi.org/10.1186/s41469-017-0014-1>.
- Engel, Christoph, Glöckner, Andreas (2013). Role-Induced Bias in Court: An Experimental Analysis. *Journal of Behavioral Decision Making*, 26(3), 272–284, <https://doi.org/10.1002/bdm.1761>.
- Englich, Birte, Mussweiler, Thomas (2001). Sentencing under uncertainty: Anchoring effects in the courtroom. *Journal of Applied Social Psychology*, 31(7), 1535–1551, <https://doi.org/10.1111/j.1559-1816.2001.tb02687.x>.
- Englich, Birte, Mussweiler, Thomas, Strack, Fritz (2006). Playing dice with criminal sentences: the influence of irrelevant anchors on experts' judicial decision making. *Personality and Social Psychology Bulletin*, 32(2), 188–200, <https://doi.org/10.1177/0146167205282152>.
- Guthrie, Chris, Rachlinski, Jeffery, Wistrich, Andrew (2001). Inside the judicial mind. *Cornell Law Review*, 86(4), 777–830.
- Johnson, Eric J., Goldstein, Daniel (2003). Do Defaults Save Lives? *Science*, 302(5649), 1338–1339, <https://doi.org/10.1126/science.1091721>.
- Johnson, Eric J., Shu, Suzanne B., Dellaert, Benedict G. C., Fox, Craig, Goldstein, Daniel G., Häubl, Gerard, Larrick, Richard P., Payne, John W., Peters, Ellen, Schkade, David, Wansink, Brian, Weber, Elke U. (2012). Beyond nudges: Tools of a choice architecture. *Marketing Letters*, 23(2), 487–504, <https://doi.org/10.1007/s11002-012-9186-1>.
- Kahneman, Daniel (2011). *Thinking, fast and slow*. New York: Farrar, Straus and Giroux.
- Kahneman, Daniel, Sibony, Oliver, Sunstein, Cass R. (2021). *Noise: A Flaw in Human Judgment*. New York: Little, Brown Spark.
- King, Dominic, Jabbar, Ali, Charani, Esmita, Bicknell, Colin, Wu, Zhe, Miller, Gavin, Gilchrist, Mark, Vlaev, Ivo, Franklin, Bryony D., Darzi, Ara (2014). Redesigning the 'choice architecture' of hospital prescription charts: a mixed methods study incorporating in situ simulation testing. *BMJ Open*, 4(12), e005473, <https://doi.org/10.1136/bmjopen-2014-005473>.
- Marder, Ian D., Pina-Sánchez, Jose (2020). Nudge the judge? Theorizing the interaction between heuristics, sentencing guidelines and sentence clustering. *Criminology & Criminal Justice*, 20(4), 399–415, <https://doi.org/10.1177/1748895818818869>.
- Mussweiler, Thomas, Englich, Birte, Strack, Fritz (2012). Anchoring effect. V: R. F. Pohl (ur.), *Cognitive illusions: A handbook on fallacies and biases in thinking, judgement and memory*, str. 183–200, Hove: Psychology Press.
- Mussweiler, Thomas, Strack, Fritz (2001). Considering the impossible: Explaining the effects of implausible anchors. *Social Cognition*, 19(2), 145–160.
- Rachlinski, Jeffery J., Wistrich, Andrew J., Guthrie, Chris (2013). Altering Attention in Adjudication. *UCLA Law Review*, 60(1586), 2013.
- Ryberg, Jesper, Roberts, Julian V. (2021). *Sentencing and Artificial Intelligence*. Studies in Penal Theory and Philosophy. Oxford: Oxford University Press.
- Schmidt, Andreas T., Engelen, Bart. (2020). The ethics of nudging: An overview. *Philosophy Compass*, 15(4), e12658, <https://doi.org/10.1111/phc3.12658>.

- Schubert, Christian (2015). On the Ethics of Public Nudging: Autonomy and Agency. MAGKS - Joint Discussion Paper Series in Economics 33-2015 (2015), <https://doi.org/10.17192/es2024.0392>.
- Simon, Herbert A. (1955). A behavioral model of Rational Choice. *Quarterly Journal of Economics*, 69(1), 99–118.
- Sunstein, Cass R. (2016). *The Ethics of Influence: Government in the Age of Behavioral Science*. Cambridge University Press.
- Thaler, Richard H., Benartzi, S. (2004). Save More Tomorrow™: Using Behavioral Economics to Increase Employee Saving. *Journal of Political Economy*, 112(S1), S164–S187, <https://doi.org/10.1086/380085>.
- Thaler, Richard H., Sunstein, Cass R. (2009). *Nudge: Improving decisions about health, wealth, and happiness (Revised&Expanded)*. New York: Penguin Books.
- Thaler, Richard H., Sunstein, Cass R., Balz, J. (2013). *Choice architecture*. V: E. Shafir (ur.), *The Behavioral Foundations of Public Policy*, str. 428–439. Princeton: Princeton University Press, <https://doi.org/10.2307/j.ctv550cbm.31>.
- Tversky, Amos, Kahneman, Daniel (1974). Judgment under uncertainty: Heuristics and biases. *Science*, 185(4157), 1124–1131, <https://doi.org/10.1126/science.185.4157.1124>.
- Tversky, Amos, Kahneman, Daniel (1981). The framing of decisions and the psychology of choice. *Science*, 211(4481), 453–458, <https://doi.org/10.1126/science.7455683>.
- Tversky, Amos, Kahneman, Daniel (1982). Judgments of and by representativeness. V: D. Kahneman, P. Slovic, A. Tversky (ur.), *Judgment under uncertainty: Heuristics and biases*, str. 84–100. Cambridge: Cambridge University Press.
- Weber, Elke U. (2013). Doing the right thing willingly: Using the insights of behavioral decision research for better environmental decisions. V: E. Shafir (ur.), *The Behavioral Foundations of Public Policy*, str. 380–397. Princeton: Princeton University Press.
- Weyman, Andrew, O'Hara, Rachel (2019). Decision-making in the front line: The role of choice architecture in NHS paramedic judgements over patient conveyance. *Critical Perspectives on the Management and Organization of Emergency Services*, 200–216.
- Wilson, Theodore (2019). The promise of behavioral economics for understanding decision-making in the court. *Criminology & Public Policy*, 18(4), 785–805, <https://doi.org/10.1111/1745-9133.12461>.
- Yeung, Karen (2016). The Forms and Limits of Choice Architecture as a Tool of Government. *Law & Policy*, 38(3), 186–210, <https://doi.org/10.1111/lapo.12057>.