

## Napake sodišč pri odločanju

Polona Mozetič\*

Posameznik je nenehno v situacijah, ko se mora na podlagi kompleksne množice podatkov odločiti hitro. Zmožnosti človekovegauma za predelovanje informacij so omejene. S pomočjo t.i. kognitivnih bližnjic se je v takšnih okoliščinah zmožen ustreznodrzati, saj zmanjšajo količino potrebnega časa in truda, da pride do relativno dobre odločitve. Tovrstni kognitivni procesi sonamreč večinoma zanesljivi in vodijo do ustreznih odločitev. Obenem pa so povod za nekatere sistematične napake. To velja tudi za subjekte, ki se pravno odločajo. Legitimnost sodnega odločanja temelji na predstavah o tem, kakšno je to odločanje. Na splošno se pričakuje, da v urejenem pravnem sistemu sodišča ne delajo sistematičnih napak. Nekatere empirične raziskave kažejo, da so tovrstna pričakovana neutemeljena in na sodno odločanje prav tako delujejo t.i. poenostavljene hevristike in kognitivne iluzije.

**Ključne besede:** sodniki, kazenski postopek, odločanje, kognitivni procesi, poenostavljene hevristike, kognitivne iluzije, verjetnostno dokazovanje

**UDK:** 159.955 : 343.1 + 347.91/.95

### 1. Uvod

Obseg napak pri odločanju sodišč opredeljuje razmerje med tem, kako sodišča dejansko odločajo, in tem, kako bi morala odločiti. Vendar je tako na eno kot na drugo vprašanje nemogoče objektivno in enoznačno odgovoriti. Raziskovanje, kako sodišča dejansko odločajo, je povezano z metodološkimi problemi, ugotavljanje, kako naj bi odločala, pa je vrednostno obarvanovo. Ta prispevek ne obravnava raznih interesno motiviranih odklonov v odločanju sodišč, ampak predstavlja stališča, da so določene vrste napak pri odločanju sodišč sistematične, ne pa bolj ali manj naključne.<sup>1</sup>

Nekatere kognitivne teorije utemeljujejo, da je izvor določenih napak neodvisen od politične orientacije, osebnih interesov, družbenih vlog, prizadevnosti in drugih lastnosti sodnikov in drugih subjektov. Ljudje se namreč zanašamo na lastna opažanja, spomin in razum, pri čemer večinoma ne upoštevamo, da so zmožnosti umeja pri predelovanja informacij omejene. Zavestno procesiranje množic podatkov, ki so nam na voljo pri dejansko vsakem problemu odločanja, bi nam vzelo ogromno časa in truda. Posebni kognitivni procesi to poenostavijo, pri čemer prihaja do napak. To velja tudi za sodnike, ki odločajo na podlagi kompleksne množice podatkov, pogosto pa so tudi časovno omejeni. Tako tudi najbolj nadarjeni in predani sodniki občasno

delajo napake, saj se zanašajo na kognitivne procese odločanja, ki so takšni, da vodijo do sistematičnih napak. Izraz »napaka« je v tem prispevku zato vsebinsko omejen na primere, ko pride pri odločanju do odklonov od pravil logičnega sklepanja. V tem prispevku bo predstavljeno nekaj tovrstnih napak, do katerih prihaja pri odločanju v pravu. Predstavljeni bodo zlasti primeri, ki se nanašajo na kazenski postopek. Ker so tovrstni pogledi in empirične raziskave povečini iz angloameriškega pravnega okolja, se bom poskusila opredeliti, koliko so njihove ugotovitve relevantne za kontinentalni kazenskoprocесni okvir.

### 2. Domneva racionalnega odločanja v modernem pravu

Zupančič trdi, da je temeljni postulat modernega prava, da se mora razreševanje sporov podrejati moči logike in ne logiki moči.<sup>2</sup> Ta moč logike se v dominantni pravni kulturi med drugim kaže kot zahteva po formaliziranem, premišljenem in nepri-stranskem odločanju v pravu. Vendar zaradi narave predmeta, o katerem odloča, sodnik ne more biti gotov o pravilnosti svoje odločitve. Sodišča namreč odločajo o edinstvenih dogodkih, ki so se zgodili v preteklosti. Zato mnoge odločitve temeljijo zgolj na določeni verjetnosti preteklih dogodkov. Sodnik odloča na podlagi večjega ali manjšega števila nekonkluzivnih dokazov. Ti dokazi so nepopolni glede na dejstva, ki so relevantna za dokazni sklep, in so pridobljeni iz virov, ki iz različnih razlogov, ne morejo biti popolnoma verodostojni. Sklepanje na podlagi takšnih dokazov je po svoji naravi lahko zgolj verjetnostno.<sup>3</sup>

\* Polona Mozetič, mlada raziskovalka na Inštitutu za kriminologijo pri Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani, Poljanski nasip 2.

<sup>1</sup> Pravzaprav gre že za nekakšno pravno gibanje, podobno na primer gibanju »pravo in ekonomija«, ki združuje pravo in spoznanja vedenjske teorije odločanja. V literaturi ga imenujejo »vedenjsko pravo in ekonomija« (v ang. *behavioral law and economics*), če se izpostavlja nasprotje z izhodišči, ki jih zagovarja gibanje »pravo in ekonomija«, ali pa »novo pravo in psihologija« (v ang. *new law and psychology*), če se poudarja, da gre za poglede, ki razlagajo procese odločanja v pravu na nov način.

<sup>2</sup> Zupančič 1991: 223–4.

<sup>3</sup> Schum 1994: 2.

Dokazno sklepanje je najmanj reguliran vidik kazenskega postopka. Sodišče se po načelu proste presoje dokazov<sup>4</sup> odloča, katerim dokazom bo verjelo in v kolikšni meri. Presoja, ali je podano kakšno dejstvo ali ne, ni vezana na formalna dokazna pravila. Dokazno sklepanje, ki zavrača legalno dokazno teorijo in načelo formalne resnice v kazenskem postopku, velja za civilizacijsko pridobitev.<sup>5</sup> Zgodovinska izkušnja je namreč pokazala, da ni primerno s pravno normo vnaprej odrediti, kakšno spoznavno vrednost naj ima določen dokaz za ugotavljanje določnega dejstva.<sup>6</sup>

Obenem načelo proste presoje dokazov pomeni, da sodišče nima pravno določenih epistemoloških vodil, kako naj sklepa na podlagi izvedenih dokazov. Načelo proste presoje dokazov je posledica ugotovitve, da je relevantnost in dokazna moč dokazov kontekstualna. Zato ne more biti *ex ante* določena s kategoričnimi pravnimi pravili. Mogoče je namreč nepredvidljivo število kombinacij določenega dokaza in drugih okoliščin, od katerih je odvisno, kako sodišče presoja dokaz. Damaška zato pravi, da je zaradi možnih zlorab in težnje po zagotovitvi predvidljivosti odločanja v pravu načelo proste presoje dokazov na epistemološki ravni znamenje resignacije, druga najboljša rešitev. Če bi bilo mogoče vnaprej opredeliti zanesljiva merila določanja dokazne vrednosti, bi namreč bili prepričljivi argumenti za to, da se jih povzame v obvezna pravna pravila, vendar ni tako.<sup>7</sup>

Vendar načelo proste presoje dokazov ne pomeni, da za dokazno sklepanje ne veljajo pravila logičnega mišljenja in sklepanja na podlagi življenjskih izkušenj.<sup>8</sup> Bayer pravi, da dokazna ocena sicer ni pravno normirana, vendar pa mora upoštevati splošne zakone ljudskega mišljenja.<sup>9</sup> Sodišča so torej zavezana pravilom razumnega sklepanja, ki so v danem zgodovinskem trenutku splošno sprejeta v družbi. Odločitev sodišča mora temeljiti na racionalni presoji dokazov: sporna dejstva morajo biti dokazana do določene verjetnosti na podlagi previdnega in racionalnega tehtanja dokazov, ki so obenem relevantni in zanesljivi. Tako je na primer Vrhovno sodišče Združenih držav v zadevi *In Re Winship*<sup>10</sup> izhajalo iz stališča, da dokazni standard in razporeditev dokaznega bremena v določeni vrsti pravnega postopka proporcionalno razporedita tveganje sodne

napake na tak način, da so zavarovani pomembnejši interesi, ki so v določeni vrsti postopka na kocki. Iz ločenega mnenja vrhovnega sodnika Harlan izhaja, da sta predpostavki tega stališča naslednji: (a) dejanskega stanja v pravnih postopkih ni mogoče ugotoviti s popolno gotovostjo in (b) sodišče odloča racionalno po principu t.i. Bayesovega teorema. V kazenskem postopku, v katerem se odloča o pomembnih interesih posameznika in temeljnih družbenih vrednotah, mora biti možnost napake najmanjša. Zato sme obsodilna sodba temeljiti le na dejanskem stanju, ki je ugotovljeno z največjo verjetnostjo.<sup>11</sup> Bayesov teorem je matematična formula, ki ponazarja, kako izvedba novega dokaza vpliva na subjektivno prepričanje racionalnega (idealnega) sodnika (ali porotnika) o krivdi oz. nedolžnosti obdolženca. S pomočjo verjetnostne teorije pojasnjuje dokazno sklepanje.<sup>12</sup> V ameriški dokaznopravni teoriji ima teorem pomembno mesto pri razlagi dokazne ocene, obenem pa je tudi predmet kritičnih obravnav. Bayesov teorem predpostavlja, da je verjetnost dogodka, katerega dejansko stanje se ugotavlja v pravnem postopku, mogoče izračunati iz probabilističnih vrednosti posameznih konstitutivnih elementov dogodka.<sup>13</sup> Končno odločitev v nekem pravnem postopku (v kazenskem postopku odločitev o obsodbi ali oprostitvi obdolženca) tako determinira primerjava verjetnosti dogodka, ki jo izračunamo z Bayesovim teoremom, z numerično vrednostjo, ki jo določimo relevantnemu dokaznemu standardu (npr. da dokazni standard »onstran razumnegra dvoma« zahteva več kot 90 % verjetnost, da je obdolženec storilec očitanega kaznivega dejanja).<sup>14</sup>

### 3. Model racionalne izbire

Odgovor na vprašanje, kakšno odločanje je racionalno, ni nепроблематичен. Na mnogo področjih se je kot model razlage

<sup>11</sup> V *common law* pravnih sistemih se za poimenovanje dokaznega standarda za obsodbo uporablja izraz »onstran razumnegra dvoma«, v kontinentalnih mešanih modelih kazenskega postopka pa se govori o »gotovosti«, »moralnem prepričanju«, »intimnem prepričanju« ipd.

<sup>12</sup> Koehler / Shaviro 1990: 255–6.

<sup>13</sup> Simon razlikuje med atomistično in holistično razlagovo dokaznega sklepanja. Bayesov teorem je primer atomističnega pristopa, saj temelji na domnevni, da sodišče postopek oceni vsak dokaz posebej. Na oceno dokaza ne vplivajo niti drugi dokazi niti končna odločitev v postopku. Ta domnava izhaja iz koncepta enosmernosti človekovega sklepanja: sklepanje gre v smeri od posameznega dokaza proti sodbi, ki temelji na »zrnožku« ocen vseh izvedenih dokazov. V luči atomističnega pristopa percepcija dokaza v nasprotni smeri ni mogoča; dokazna ocena je predhodna glede na proces oblikovanja sodbe in od njega povsem neodvisna. Drugače menijo zagovorniki holističnega pristopa, ki trdijo, da sodišče ne ocenjuje posameznih dokazov kot izoliranih enot, pač pa v večjih kognitivnih strukturah, navadno v obliki pripovedi ali zgodb. Privrženci holistične razlage dokazne ocene torej menijo, da na oceno posameznega dokaza vplivajo tako drugi dokazi (ali odsotnost drugih dokazov) kot tudi končna odločitev (Simon 2004: 559–60).

<sup>14</sup> Podrobnejšo razlagovo Bayesovega teorema glej npr. v Bajt / Štiblar 2002: 82–4.

<sup>4</sup> Glej 18. člen Zakona o kazenskem postopku (ZKP-UPB3), Ur. 1. RS, št. 8/2006 (v nadaljevanju ZKP).

<sup>5</sup> Stoletja je v Evropi vladalo mišljenje, da mora biti dokazna ocena, kot podlaga ugotavljanja dejstev, intenzivno pravno normirana. Kazenski postopek, v katerem ne bi bilo predpisano koliko in kakšnih dokazov je treba zbrati, da bi se obdolženca smelo obsoditi, so teoretiki iz obdobja fevdalizma prikazovali kot postopek, v katerem vlada samovolja sodišča (Bayer 1995: 118).

<sup>6</sup> Grubiša 1989: 26.

<sup>7</sup> Damaška 1995: 344.

<sup>8</sup> Pavčnik 1991: 141; Damaška 1995: 345.

<sup>9</sup> Bayer 1995: 118.

<sup>10</sup> 397 U.S. 358 (1970).

odločanja uveljavil t.i. model racionalne izbire. Ta model se je uveljavil zlasti v ekonomiji, zaznamoval pa je tudi sociologijo, psihologijo, politologijo, pravo<sup>15</sup> itd. Teorija racionalne izbire je tako neposredna, prepričljiva in uporabna konstrukcija, da jo je veliko znanstvenih disciplin prevzelo za osrednji princip razlage človekovega odločanja.<sup>16</sup>

Teorija racionalne izbire sicer ni enoznačna, ampak ima več različic.<sup>17</sup> Na tem mestu naj zadošča pojasnilo, da model racionalne izbire temelji na predpostavki, da se posameznik, ki izbira med več možnostmi, odloča tako, da najprej ovrednoti korist, ki bi mu jo vsaka opcija prinesla, in oceni verjetnost, da bi ta korist nastopila, če bi izbral določeno opcijo. Nato primerja opcije med seboj in izbere tisto z optimalno kombinacijo koristi in verjetnosti. Teorija racionalne izbire predpostavlja, da posamezniki ocenjujejo verjetnosti, da bodo nastopili določeni rezultati, in pripisujejo tem rezultatom koristi ter da to počnejo dobro. Zagovorniki modela racionalne izbire sicer ne trdijo, da ljudje pri tem ne delajo napak, vendar menijo, da so napake nesistematične oz. naključne.<sup>18</sup> Model namreč temelji na aksiomih logičnega sklepanja.<sup>19</sup> Logično sklepanje označujejo določeni nespremenljivi postopki, ki s pravilno uporabo vedno privedejo do ustreznega sklepa. Model racionalne izbire temelji na predpostavki, da se ljudje teh postopkov praviloma držijo.

Priljubljenosti in razširjenosti navkljub je model racionalne izbire tarča kritik. Te so utemeljene na množici empiričnih raziskav, katerih izsledki opozarjajo na njegove hibe in ponujajo alternativni pogled na razumevanje človekovega odločanja.

#### 4. Kognitivne iluzije in napake pri odločanju

Če, kot to velja za teorijo racionalne izbire, predpostavimo, da so vrednote posameznika dane in konsistentne, da je svet objektivno tak, kot se nam kaže, in da ima tisti, ki odloča, neomejene zmožnosti obdelovanja informacij, sledita dva zaključka. Prvič, ni nam treba razlikovati med resničnim svetom in percepциjo sveta: tisti, ki odloča, dojema svet, kakršen je v resnici. Drugič, izključno na podlagi lastnega opazovanja sveta lahko predvidimo, katero opcijo bo izbral racionalni posameznik, če poznamo njegovo koristnostno funkcijo. Če pa izhajamo

<sup>15</sup> Model racionalne izbire kot vodilo analize prava utemeljuje zlasti gibanje »pravo in ekonomija«, ki je iz ekonomije prevzelo vrsto domnev o tem, kako se ljudje obnašajo. »Pravo in ekonomija« je tako v osnovi vedenjska (behavioristična) teorija, saj se ukvarja s tem, kako se subjekti odzivajo na to, kako pravo ureja določeno vprašanje (Korobkin / Ulen 2000: 1055).

<sup>16</sup> Korobkin / Ulen 2000: 1060.

<sup>17</sup> Strnjen pregled različic teorije racionalne izbire glej npr. v Jager 1999: 62–77.

<sup>18</sup> Gilovich / Griffin, v: Gilovich et al. (ur.) 2002: 1.

<sup>19</sup> Glej npr. Korobkin / Ulen 2000: 1064 ali Tverski / Kahneman, v: Kahneman / Tversky (ur.) 2000: 210–1.

iz predpostavk, da sta posameznikovo vedenje in sposobnost obdelovanja informacij omejena, moramo razlikovati med realnim svetom ter percepco sveta in razmišljanjem o njem. Zato moramo oblikovati – in po možnosti empirično preizkusiti – drugačno teorijo procesov odločanja. Ta mora zajeti ne le procese razmišljanja, tehtanja in sklepanja, ampak tudi subjektivne predstave problema odločanja.<sup>20</sup>

Težko je opredeliti vse dejavnike, ki vplivajo na oblikovanje, nastajanje, prisvajanje, spreminjanje in urejanje našega vedenja. Vprašanje, kako posamezniki v vsakdanjem življenju in strokovnjaki pri reševanju strokovnih problemov ocenjujejo verjetnosti negotovih dogodkov, je privabilo zanimanje psihologov. Narejene so bile raziskave na raznih področjih, kjer se odloča na podlagi negotovih podatkov (v ekonomiji, pravu, medicini, politiki itd.). Rezultati tovrstnih empiričnih raziskav so postavili pod vprašaj ustreznost idealnega – racionalnega – modela odločanja.

Nekateri raziskovalci so pokazali na nekonsistentnost človekovega odločanja tako, da so primerjali intuitivne sklepe z verjetnostmi, ki so bile ugotovljene po pravilih statistike in matematičnih zakonih verjetnosti. *Ward Edwards* je vpeljal v psihologijo *Bayesovo* analizo, ki je postala normativni standard, s katerim je bilo mogoče ocenjevati ustreznost vsakodnevnega odločanja ljudi. Iz njegovih raziskav izhaja, da človekove intuitivne ocene znatno odstopajo od »idealnega« normativnega standarda, na katerem vztraja model racionalne izbire.<sup>21</sup>

Pomemben je prispevek *Herbertha Simona*, ki je ugotovil, da je »idealno« odločanje, ki ga implicira model racionalne izbire, nerealistični standard za predvidevanje in razlaganje človekovega odločanja. Izdelal je koncept »omejene racionalnosti«, ki temelji na ugotovitvi, da so sposobnosti človeškegauma pri predelovanju informacij omejene. *Simon* je menil, da ljudje sicer razmišljajo in se odločajo racionalno, vendar znotraj omejenih zmožnosti. Da učinkovito razrešijo probleme pri odločanju, se zanašajo na poenostavljene hevristike<sup>22</sup>, ki olajšujejo postopke odločanja.<sup>23</sup>

V poznih šestdesetih in zgodnjih sedemdesetih letih prejšnjega stoletja sta *Amos Tversky* in *Daniel Kahneman* povzročila revolucijo v raziskovanju človekovega odločanja. Posameznik se mora pogosto odločati na podlagi lastnih ocen o verjetnosti negotovih dogodkov. Ker pri tem navadno nima na voljo primernih

<sup>20</sup> Simon 1997: 368–9.

<sup>21</sup> Gilovich / Griffin, v: Gilovich et al. (ur.) 2002: 2.

<sup>22</sup> V Verbinčevem Slovarju tujk je izraz »hevristika« opredeljen kot: 1. nauk o metodah raziskovanja (z uporabljanjem še nedokazanih trditv, hipotez itd.), 2. v pedagogiki: navajanje učenca k temu, da sam najde pravo rešitev (hevristična metoda) (Verbinč 1976: 263). V psihologiji se izraz »hevristika« nanaša na pojav, ki ga *Uletova* imenuje »kognitivna bližnjica« (Ule 2004: 91).

<sup>23</sup> Gilovich / Griffin, v: Gilovich et al. (ur.) 2002: 2.

modelov za računanje verjetnosti, njegovo odločanje temelji na omejenem številu mentalnih bližnjic oz. hevristik. Velik del umskega delovanja ni produkt premišljenega in namernega procesiranja informacij, pač pa hitrih in bolj refleksnih procesov, ki so v manjši meri podvrženi zavestnim intervencijam. Kahneman in Tversky pravita, da tovrstno odločanje ni zgolj poenostavljeni odločanje, ki sledi racionalnemu modelu, pač pa je od njega kategorično drugačno. Hevristike so občutljivi procesi ocenjevanja verjetnosti negotovih dogodkov, ki sicer niso iracionalni. Čeprav prinašajo hitre in poenostavljeni rešitve, so ti kognitivni procesi izjemno prefinjeni. Hevristike ne prihajajo v poštev zgolj pri reševanju izjemno kompleksnih problemov oz. pri preobremenjenosti s količino informacij, pač pa so normalni intuitivni odgovori tudi na najbolj preprosta in vsakdanja vprašanja pri odločanju. Koncept hevristik se nanaša na ocene, ki jih delamo vsakodnevno in rutinsko že kot del percepcije dogodkov in razumevanja sporočil, ki jih dobivamo iz okolja.<sup>24</sup> Hevristike niso strategije, ki jih ljudje uporabijo namenoma, da bi si olajšali odločanje pri nalogah, ki so zanje pretežke ali bi od njih zahtevali preveč časa in truda. Delovanju nekaterih hevristik se posameznik ne more izogniti niti, če je bolj pozoren, bolj motiviran ali če v reševanje določene naloge vloži več kognitivnih naporov. Raziskave so pokazale, da tudi odločanje visoko motiviranih in vrhunsko specjaliziranih strokovnjakov temelji na strategijah kognitivnih bližnjic.<sup>25</sup>

Zaradi kognitivnih bližnjic je naše vsakdanje življenje lažje, saj tako porabimo manj časa in energije, da pridemo do večinoma razumnih ocen in odločitev. Te kognitivne strategije delujejo hitro in povečini zanesljivo. Njihova pomanjkljivost pa je v tem, da lahko vodijo do sistematičnih napak pri odločanju. Ker je uporaba hevristik nezavedna in nenamerna, so takšne tudi napake. Enako kot lahko nekateri vizualni vzorci prevarajo naše oči, da vidijo nekaj, česar ni, lahko določeni vzorci dejstev povzročijo, da verjamemo nekaj, kar ni res.<sup>26</sup> Zanašanje na hevristike lahko oblikuje kognitivne iluzije (v ang. *cognitive illusions*), ki vodijo do napačnih odločitev.

## 5. Odločanje v pravu

Prve raziskave o odločanju v pravu so se ukvarjale s porotami.<sup>27</sup> Izследki so pokazali, da kognitivne iluzije neugodno vplivajo na kakovost razsojanja porot. Zato se je zastavilo vprašanje, ali iste ugotovitve veljajo tudi za sodnike, ki so pravni strokovnjaki. V empiričnih raziskavah je bilo namreč ugotovljeno, da

<sup>24</sup> Tverski / Kahneman, v: Gilovich et al. (ur.) 2002: 20.

<sup>25</sup> Gilovich / Griffin, v: Gilovich et al. (ur.) 2002: 4–5. Rachlinski 2000-a: 61.

<sup>26</sup> Na podlagi optičnih iluzij je mogoče sklepati, kako deluje vidna percepcija. Podobno prispeva preučevanje okoliščin, ki vodijo do napak pri odločanju, k razumevanju procesov odločanja (Rachlinski 2000-b: 750).

<sup>27</sup> Rachlinski 2000-b: 740.

pred kognitivnimi iluzijami niso imuni niti zdravniki, inženirji, računovodje, borzni posredniki, vojaški poveljniki, psihologi in drugi, ki se profesionalno odločajo na določenih področjih. Kolikor je sojenje izbira med različnimi možnostmi, naj bi se izsledki raziskav o vplivanju kognitivnih iluzij na sprejemanje odločitev nanašali tudi na sodnike. Ker so sodniki pri odločanju pod pritiskom časovnih omejitev (rokov, načela hitrega postopka, načela ekonomičnosti postopka), naj bi se pri odločanju še bolj zanašali na kognitivne bližnjice.

### 5.1. Usidranje

Včasih moramo pripisati dejstvom numerične vrednosti, da se lahko na njihovi osnovi odločimo. Te vrednosti oblikujemo po izhodiščnih vrednostih, v kolikor so nam dostopne. Izhodiščna vrednost deluje kot kognitivno »sidro«, saj determinira oz. »usidra« končno oceno numerične vrednosti. V mnogih situacijah je zanašanje na takšno »sidro« upravičeno in razumno, če je izhodiščna vrednost relevantna podlaga za določitev vrednosti. Problematično pa je, da tudi »sidra«, ki ne vsebujejo nobenih relevantnih podatkov in so popolnoma naključna in arbitarna, vplivajo na odločanje.<sup>28</sup>

Delovanje kognitivne bližnjice »usidranja« je empirično raziskano. Tversky in Kahneman sta v neki raziskavi respondentom naročila, naj ocenijo kolikšen je delež afriških držav v Združenih narodih. Pri tem sta jim povedala, da je ta delež večji ali manjši od številke, ki jo je naključno pokazalo kolo sreče, ki sta ga na skrivaj nastavila tako, da se je ustavilo na številki 10 ali 65. Če se je kolo ustavilo na številu 10, so respondenti v povprečju ocenili, da je delež afriških držav v ZN 25 %. Če pa se je kolo ustavilo na številki 65, so menili, da je ta delež kar 45 %. Čeprav bi se morale zdeti vrednosti, ki jih je pokazalo kolo sreče, nerelevantne za pravilni odgovor, so pomembno vplivale na ocene respondentov.<sup>29</sup> Učinkovale so kot izhodišča, ki so usidrala vrednosti, po kateri so bili vprašani.

Že sam obstoj »sidra« napejje ljudi k temu, da pri odločanju izhajajo iz predpostavke, da je vrednost, ki jo iščejo, podobna »sidru«. Zato si predstavljajo okoliščine, pod katerimi bi bilo »sidro« pravilno. Tudi če je očitno, da »sidro« ne daje nikakršne relevantne informacije o vrednosti, ki jo želijo ugotoviti, kognitivno testiranje »sidra« povzroči, da mu prilagodijo svojo odločitev. Tudi ekstremna, celo absurdna, »sidra« vplivajo na odločanje. Tako so na primer v nekem poskušu študentje veliko višje ocenili povprečno vrednost učbenika, če so jim pred tem povedali, da je njegova cena nižja od nezaslišano visokega zneska 7128,53 \$. To »sidro«, čeprav smešno visoko, je bilo vseeno tolikšna kognitivna prisila, da so vrednost učbenika ocenili znatno višje, kot bi jo ocenili sicer, če jim ta vrednost ne bi bila predstavljena.

<sup>28</sup> Guthrie et al. 2001: 788.

<sup>29</sup> Guthrie et al. 2001: 788.

»Usidranje« je kognitivni pojav, ki vpliva tudi na odločanje v pravnih zadevah. Raziskave so preučevale njegov vpliv na odločanje strank v poravnava<sup>30</sup>, na odločanje porot, pa tudi na odločanje profesionalnih sodnikov. Ker se je izkazalo, da prav porote posebej pogosto podležejo vplivom »usidranja«<sup>31</sup>, so se v Združenih državah pojavile ideje, da bi bilo treba porotno sojenje zamenjati s profesionalnim. Te ideje so temeljile na predpostavki, da so sodniki zaradi svojih izkušenj in strokovnosti bolj imuni na »usidranje«. Vendar pa so raziskave razkrile delovanje kognitivnih iluzij tudi pri odločanju sodnikov.

Z vplivom »usidranja« na odločanje profesionalnih sodnikov se je ukvarjala raziskava, ki je bila opravljena na vzorcu 167 ameriških zveznih sodnikov (v ang. *federal magistrate judges*).<sup>32</sup> Sodniki so morali v hipotetični civilni zadevi odločiti, kakšno odškodnino bi dosodili tožniku. Prva skupina sodnikov je dosojala odškodnino zgolj na podlagi dejstev primera, ne da bi stranki predlagali kakršenkoli znesek odškodnine. Druga skupina sodnikov je dobila dodatno informacijo, da je toženec zahteval zavrnjenje tožbenega zahtevka, ker naj sodišče ne bi bilo pristojno za odločanje v tej zadevi, ker naj vrednost škode ne bi dosegala zakonskega praga za stvarno pristojnost sodišča, tj. 75.000 \$. Iz spisa je bila sicer očitna stvarna pristojnost sodišča, saj je tožnik očitno utpel škodo, ki je bila večja od tega zakonsko določenega praga. Sodnikom bi torej moralo biti očitno, da je toženčev zahtevek nebistven, in je v raziskavi služil kot »sidro«. Sodniki iz prve skupine so v povprečju dosodili odškodnino v znesku 1.249.000 \$, druga skupina sodnikov pa je dosodila povprečno 882.000 \$. Razlika med odločitvami prve in druge skupine sodnikov je statistično signifikantna (29,4 %). Druga skupina sodnikov se je pri določanju odškodnine odločala glede na znesek 75.000 \$ v predlogu za zavrnjenje tožbenega zahtevka. Ta eksperiment kaže, na kako enostaven

<sup>30</sup> V hipotetičnem primeru so stranke v večji meri pristajale na plačilo 12.000 \$, če je bila začetna ponujena vsota le 2.000 \$, kot pa če je bilo že na začetku ponujenih 10.000 \$ (Guthrie *et al.* 2001: 789).

<sup>31</sup> Raziskave na poskusnih porotah (v ang. *mock jury*) so pokazale, da višina odškodniškega zahtevka vpliva na odločitev porote. V isti zadevi je tako porota dosodila odškodnino 90.000 \$, ko je tožnik zahteval 100.000 \$, in kar 300.000 \$, ko je zahteval 500.000 \$. Celo očitno nesporazumno visoki tožbeni zahtevki vplivajo na odločitev porote. Tako je porota dosodila veliko večjo odškodnino v primeru, ko je tožnik zahteval nezaslišano visoko vsoto 1 milijard \$, kot pa v primeru, ko je zahteval veliko bolj razumen znesek. Na podlagi teh raziskav bi lahko zaključili, da več kot zahtevaš, več boš dobil (Guthrie *et al.* 2001: 789–90).

<sup>32</sup> Raziskava, izvedba in rezultati katere so opisani v članku *Inside the judicial mind*, avtorjev Guthrie, Rachlinski in Wistrich, je ugotavljala prisotnost petih kognitivnih iluzij pri odločanju profesionalnih sodnikov. Poimenovanja teh kognitivnih iluzij je težko dobesedno prevesti iz angleščine v slovenščino. Poleg »usidranja« (v ang. *anchoring*) je raziskava preučevala še »uočvirjenje« (v ang. *framing*), »precenjevanje zmožnosti predvidevanja dogodkov« (v ang. *hindsight bias*), »reprezentativnost« (v ang. *representativeness heuristic*) in »predsodek egocentričnosti« (v ang. *egocentric bias*) (Guthrie *et al.* 2001).

način »usidranje« vpliva tudi na odločanje profesionalnih in izkušenih sodnikov.<sup>33</sup>

»Usidranje« je kognitivna iluzija tudi pri odločanju sodišč v kazenskih zadevah. Kot »sidro« bi na primer lahko deloval predlog o vrsti in višini kazenske sankcije, ki ga lahko poda tožilec na koncu glavne obravnave (347. člen ZKP). Pri tem velja omeniti, da ima »usidranje« večji učinek, če med njegovim lansiranjem in odločitvijo preteče čim manj časa.<sup>34</sup> Nenazadnje so tudi razponi kazenskih sankcij (splošni in posebni minimumi ter maksimumi) zakonsko določena izhodišča »usidranja«.<sup>35</sup>

## 5. 2. Precenjevanje zmožnosti predvidevanja dogodkov

Precenjevanje zmožnosti predvidevanja dogodkov je kognitivna iluzija, ki je posebej relevantna za pravni kontekst odločanja. Ljudje smo nagnjeni k temu, da *ex ante* precenjujemo predvidljivost nastopa določenega dogodka, potem ko že vemo, da se je ta dogodek res zgodil. Korobkin in Ulen opisujeta raziskavo, v kateri so morali študenti, ki so jih razdelili v pet skupin, prebirali poročilo o nekem zgodovinskem dogodku. Nato so jih razdelili v skupine. Štiri skupine so doobile vsaka različno informacijo o tem, do kakšnega vojaškega spropada je privedel dogodek, o katerem so brale. Peta – tj. kontrolna – skupina pa ni dobila nobene dodatne informacije, kaj naj bi se po omenjenem dogodku zgodilo. Študente so nato vprašali, kako bi ocenili verjetnost, da so po dogodku, o katerem so brali, natopile štiri različne vrste vojaških spropadov. Študenti v prvih štirih skupinah, ki so imeli na voljo podatek, kaj naj bi se v resnici zgodilo, so znatno bolje *ex ante* predvideli določene vrste spropada, kot študenti iz kontrolne skupine.<sup>36</sup>

Ker ljudje precenjujemo svojo sposobnost predvidevanja dogodkov, menimo, da bi tudi drugi morali biti zmožni predvideti dogodke bolje, kot so jih dejansko lahko predvideli, in bi posledično morali tudi ravnati bolj ustrezno. Ko ocenjujemo predvidljivost nekega negotovega dogodka, ki se bo morebiti zgodil v prihodnosti, je naše odločanje signifikantno manj »samozavestno«, kot če ocenjujemo, ali bi nekdo mogel predvideti dogodek, za katerega vemo, da se je kasneje res zgodil.

Če moramo ocenjevati, ali je bil dogodek predvidljiv preden se je zgodil, navadno zanemarimo, da na našo oceno vpliva dejstvo, da vemo, kaj se je dejansko zgodilo.<sup>37</sup> Razlogi tega kognitivnega pojava izvirajo iz same narave kognitivnih procesov, deloma pa so motivacijsko pogojeni. Ljudje sestavimo vse, kar vemo o določenem dogodku in okoliščinah pred njegovim

<sup>33</sup> Guthrie *et al.* 2001: 790–4.

<sup>34</sup> Guthrie *et al.* 2001: 793.

<sup>35</sup> Guthrie *et al.* 2001: 794.

<sup>36</sup> Korobkin in Ulen 2000: 1095–6. Glej tudi Rachlinski, v: Sunstein *et al.* (ur.) 2000: 95–6.

<sup>37</sup> Guthrie *et al.* 2001: 799.

nastopom, v koherentno celoto. Pri tem pripišemo dogodek tistim predhodnim okoliščinam, za katere se nam za nazaj zdi, da so v največji meri prispevale k temu, da je do dogodka res prišlo, zanemarjam pa pomen ostalih okoliščin, ki bi sicer utegnile voditi do drugačnega razpleta.<sup>38</sup> Več okoliščin, za katere vemo, da so obstajale pred dogodkom, kot je mogoče vključiti v njegovo razlagu, bolj se nam za nazaj zdi neizogibno, da je prišlo prav do tega dogodka.

V vsakdanjem življenju smo redko v situacijah, da bi morali za nazaj ocenjevati predvidljivost dogodkov, v pravu pa je takšno odločanje pogosto. Ko na primer sodišče v kazenski zadevi ocenjuje, ali je obdolžencu mogoče očitati, da je ravnal malomarno, mora presoditi, ali se je pred dejanjem zavedal, da lahko zaradi njegovega ravnanja nastane prepovedana posledica (18. člen KZ). Podobno je tudi ugotavljanje vzročne zveze med ravnanjem in prepovedano posledico. Na primer pri kaznivem dejaju povzročitve prometne nesreče iz malomarnosti (325. člen KZ) mora sodišče oceniti, ali je storilec mogoč prometno nesrečo objektivno predvideti.<sup>39</sup> Sodišče torej za nazaj ocenjuje predvidljivost prometne nesreče. Podoben odločitveni problem se zastavlja v kazenskem postopku, ko sodišče za nazaj presoja, ali so bili podani zakonski pogoji za kakšen poseg v človekove pravice in temeljne svoboščine posameznika. Sodišče tako naknadno presoja, ali je bil pred posegom, s katerim so bili dejansko najdeni kakšni dokazni viri, ki bremenijo obdolženca, podan dokazni standard. Sodišče se mora pri tem postaviti v situacijo, kot da bi odločalo pred posegom, ko torej še ni vedelo, da je bil ob izvedbi posega dejansko najden kakšen inkriminirajoč dokaz. Oceniti mora, ali so dejstva, ki so bila znana pred posegom, zadoščala zahtevanemu dokaznemu standardu, in pri tem odmisli, da je bil dokaz dejansko najden.<sup>40</sup>

V neki raziskavi so respondentne razdelili v dve skupini. Prva skupina je ocenjevala, ali bi morala tožena stranka zagotoviti zaščito pred poplavami, če bi hipotetično obstajala več kot 10 % verjetnost, da bo prišlo do poplave. Ocena naj bi temeljila na primerjavi med stroški, ki so potrebni za zagotovitev protipoplavnih ukrepov, in škodo, ki bi nastala, če bi prišlo do poplave. Druga skupina je morala na podlagi podatkov, da tožena stranka ni zagotovila nobenega varnostnega ukrepa zoper poplavo in da je poplava povzročila škodo v višini 1 milijona \$, odločiti, ali je tožena stranka pravno odgovorna za nastalo

<sup>38</sup> Pravzaprav gre za podoben princip kot pri Festigerjevi teoriji o kognitivni neskladnosti oz. o kognitivni disonanci (Korobkin / Ulen 2000: 1093). Po Festigerju gre v procesu odpravljanja neskladnih (nekonsistentnih) stališč za vzpostavljanje skladnosti stališč. Neskladnost v odnosu do določenega stališča lahko zmanjšamo tako, da zvišamo psihološki pomen tistim svojim kognitivnim komponentam, ki potrujejo neko stališče, ali tako, da znižamo psihološki pomen elementom, ki so z njim v neskladju. Lahko pa tudi kombiniramo obe metodi (Ule 2004: 147–153).

<sup>39</sup> Bavcon 2000: 153.

<sup>40</sup> Glej tudi Robbenolt / Sobus 1997: 543.

škodo. Druga skupina je bila poučena, da je toženec odgovoren za škodo, če bi mogel oceniti, da je verjetnost, da lahko pride do poplave, večja od 10 %. Čeprav sta morali obe skupini na podlagi enakih podatkov ocenjevati predvidljivost poplave, so bile ocene signifikantno različne. Zgolj 24 % respondentov prve skupine je ocenilo, da je hipotetična verjetnost poplave tako visoka, da mora toženec zagotoviti varovalne ukrepe. Kar 57 % respondentov druge skupine, ki so torej vedeli, da je poplava dejansko bila, pa je menilo, da je bila poplava toliko predvidljiva, da je toženec, ker ni poskrbel za varovalne ukrepe, ravnal malomarno.<sup>41</sup>

Izpeljemo lahko ugotovitev, da precenjevanje zmožnosti predvidevanja dogodkov v skrajnih primerih povzroči, da se ne glede na pravne določbe, ki opredeljujejo pogoje, kdaj posameznik ravna malomarno, v praksi uveljavlja načelo objektivne odgovornosti. Tako pride do neskladja med tem, kar velja na deklatorni (zakonski) in aplikativni (praktični) ravni. Čeprav je bila zgoraj predstavljena raziskava izvedena na podlagi civilnega primera, si je mogoče podoben odločitveni problem zamisliti tudi v kazenskem postopku.

V raziskavi, v kateri so sodelovali sodniki, so sodnike razdelili v tri skupine. Predstavljena jim je bila neka hipotetična zadeva, v kateri so morali odločiti. Prva in druga skupina sta dobili podatek, s katerim sodišča sicer niso seznanjena. Prva skupina sodnikov je bila seznanjena s podatkom, da je v tej zadevi pritožbeno sodišče potrdilo določeno odločitev prvo-stopenskega sodišča. Druga skupina je imela informacijo, da je pritožbeno sodišče prvo-stopensko sodno odločbo razveljavilo. Tretja skupina pa ni imela podatka o tem, kakšna je bila odločitev pritožbenega sodišča. Rezultati raziskave so razkrili, da je na odločitev sodnikov znatno vplivalo, če so vedeli, kako je odločilo pritožbeno sodišče. Sodniki prve in druge skupine, ki so bili seznanjeni z odločitvijo pritožbenega sodišča, so v veliko večji meri menili, da bi se tudi sami odločili enako, kot se je odločilo pritožbeno sodišče.<sup>42</sup>

Tudi sodniki torej precenjujejo zmožnost predvidevanja dogodkov. Da pri ocenjevanju predvidljivosti nekega dogodka ni mogoče odmisli vedenja, da se je dogodek res zgodil, je

<sup>41</sup> Guthrie et al. 2001: 800.

<sup>42</sup> Guthrie et al. 2001: 801–5.

Vpliv precenjevanja predvidljivosti dogodkov na odločitve sodišč je včasih razviden tudi iz obrazložitev sodnih odločb, ko na primer sodišče neko dejstvo, ki bi ga bilo sicer treba posebej ugotavljati in dokazovati, razglasí kar za splošno znano dejstvo. V neki sodbi je tako sodišče zapisalo: *if it was common knowledge, not only amongst bankers and trust companies, but the general public as well, that the stock market condition at the time of [the] testator's death was an unhealthy one, that values were very much inflated and that a crash was almost sure to occur.* Zastavlja se vprašanje, koliko je na *ex post* oceno o *ex ante* predvidljivosti stečaja gospodarske družbe vplivalo to, da je sodišča vedelo, da je bil stečaj kasneje res uveden (Guthrie et al. 2001: 804).

problematično tudi v primerih, ko se od sodnikov zahteva, da pri odločanju ne upoštevajo svojega védenja o določenih dejstvih ali dokazih, ki so bili pridobljeni na nedovoljen način.<sup>43</sup>

### 5.3. Reprezentativnost

Pogosto se sprašujemo o vzročno-posledičnih odnosih med pojavili ali ravnanjem: kolikšna je verjetnost, da določen pojav ali ravnanje izvira iz oz. je povzročen zaradi drugega pojava ali ravnanja. »Reprezentativnost« je kognitivni proces, pri katerem tedaj, ko presojamo, ali nek pojav ali ravnanje ustreza določeni kategoriji, ocenjujemo stopnjo podobnosti med značilnostmi tega pojava ali ravnanja in značilnostmi kategorije. Ugotavljamo torej, koliko je pojav reprezentativnen za kategorijo. Če menimo, da je stopnja reprezentativnosti velika, navedno ocenimo, da je tudi verjetnost, da pojav izhaja iz te kategorije, velika. Če pa pojav ni reprezentativnen za kategorijo, ocenimo, da je ta verjetnost majhna. Na primer, na oceno verjetnosti, ali oseba X pripada skupini A, vpliva to, ali se nam zdi oseba X reprezentativna za skupino A. Podobno vpliva na presojo vprašanja, ali je dogodek C vzrok dogodka D, koliko je prvi dogodek reprezentativnen glede na drugi dogodek. Zaradi »reprezentativnosti« menimo, da sta dva pojava ali dogodka verjetnostno povezana preprosto zato, ker glede na svoje deskriptivne značilnosti spominjata eden na drugega.<sup>44</sup>

Čeprav se takšna »kognitivna bližnjica« v vsakdanjem življenju velikokrat izkaže za primerno strategijo odločanja in nas vodi do pravilnih odločitev, je lahko tudi izvir napak pri odločanju. Zaradi zanašanja na »reprezentativnost« namreč zanemarjammo pomen drugih podatkov, ki bi utegnili biti pomembni za pravilno odločitev. Zaradi »reprezentativnosti« na primer podcenjujemo pomen statističnih podatkov, kako pogost je določen pojav v populaciji<sup>45</sup>, prevelik poudarek in dokazno vrednost pa daje-

<sup>43</sup> Glej npr. drugi odstavek 18. člena (»sodišče ne sme opreti sodne določbe na dokaze, ki so bili pridobljeni [...]«), tretji odstavek 148.a. člena (»sodišče ne sme opreti svoje odločbe« na nezakonito pridobljeno izpovedbo osumljence), tretji odstavek 154. člena, 219. člen ZKP ipd. (o ekskulziji dokazov glej Šugman 1999).

Spoznanja o precenjevanju predvidljivosti dogodkov so bila v Združenih državah povod za nekatere reforme, ki so prenesle pristojnost odločanja o nekaterih vprašanjih s porot na sodnike. Vendar je precenjevanje predvidljivosti dogodkov eden najbolj trdoživih kognitivnih mehanizmov, katerih vpliv ne morejo izničiti niti izkušnje profesionalnih sodnikov (Guthrie et al. 2001: 801).

<sup>44</sup> Tversky / Kahneman 1974: 1124.

<sup>45</sup> V literaturi se pogosto citira poskus, ki sta ga naredila Tversky in Kahneman. Skupini študentov sta predstavila opis ženske z imenom Linda: Linda je stara 31 let, samuška, komunikativna in zelo bistra, diplomirala je iz filozofije, kot študentka se je ukvarjala z vprašanji diskriminacije in socialne pravičnosti in je sodelovala v protijedrskih demonstracijah. Nato sta respondentne vprašale, katera alternativa je bolj verjetna: (i) Linda je bančna uslužbenka ali (ii) Linda je bančna uslužbenka in aktivistka v feminističnem gibanju. Kar 85 % študentov se je odločilo

mo individualiziranim podatkom. Odločanje, ki temelji na »reprezentativnosti«, zato pogosto sistematično odstopa od statističnih pravil.

»Reprezentativnost« se pojavlja tudi pri odločanju v pravu. Kahneman in Tversky sta izvedla poskus, v katerem sta več sto respondentov soočila z naslednjim pravnim problemom. Taksist je ponoči povzročil prometno nesrečo in pobegnil s kraja nesreče. V mestu delujejo dve taksi službi, prava ima zelene, druga pa modre taksije. V mestu je tako 85 % taksijev zelene barve in 15 % taksijev modre barve. Priča je povedala, da je nesrečo povzročil modri taxi. Sodišče je preizkusilo, kakšne so pričine zmožnosti prepozname v pogojih vidljivosti ob nesreči, in ugotovilo, da priča pravilno identificira barvo taksija v 80 % primerov, zmoti pa se v 20 % primerov. Kahneman in Tversky sta respondentom zastavila vprašanje, kakšna je verjetnost, da je nesrečo povzročil modri (ne pa zeleni) taxi. Povprečni odgovor se je glasil 80 %.<sup>46</sup> Tako sta ugotovila, da ljudje dajejo neproporcionalno večjo informativno težo priči in njeni 80 % zanesljivosti, podcenjujejo – celo ignorirajo – pa statistični podatek, kako pogosto se obe barvi taksijev pojavljata v mestu.<sup>47</sup> Respondenti so imeli dovolj informacij, da bi se lahko izognili napaki, vendar se je izkazalo, da niso namenili potrebne pozornosti podatku, koliko taksijev določene barve je v mestu.

Možna razloga tega kognitivnega pojava je, da pripisujemo manjšo informativno vrednost statističnim dokazom, ker niso specifični in jih je težko obdelati. Individualizirani dokazi (tj. tisti, ki se tičejo konkretnih osebe oz. stvari) so bolj intenzivni in pozornost zbujači ter zato bolj prepričljivi. Ker nam relevantni statistični podatki v vsakdanjem življenju pogosto sploh niso dostopni, se zdi tudi bolj učinkovito, če se pri odločanju

za drugo možnost, čeprav je logično prva možnost bolj verjetna, saj v celoti zajema tudi drugo možnost (tj. logično pravilo konjunkcije). Večina študentov (65 %) se je odločila za drugo alternativo, tudi ko so izbirali med naslednjima možnostma: (i) bolj verjetno je, da je Linda bančna uslužbenka kot pa feministka-bančna uslužbenka, ker je vsaka feministka-bančna uslužbenka bančna uslužbenka, nekatere bančne uslužbenke pa niso feministke in Linda bi lahko bila ena od slednjih; (ii) bolj verjetno je, da je Linda bančna uslužbenka in feministka, kot pa bančna uslužbenka, ker bolj spominja na aktivno feministko kot pa na bančno uslužbenko (Tversky / Kahneman, v: Gilovich et al. (ur.) 2002: 26–9).

<sup>46</sup> Pravilni odgovor je 41 %. Zamislimo si, da je v mestu 100 taksijev, 85 zelenih in 15 modrih. Ker je prepozname priči 80 % zanesljiva, bi pravilno identificirala barvo 68 zelenih taksijev, v 17 primerih pa bi se zmotila in bi taxi, ki je dejansko zelen, prepoznala kot moder. Od 15 taksijev modre barve bi priča pravilno identificirala 12 taksijev, zmotila pa bi se trikrat. Priča bi torej povedala, da je videla taxi modre barve v 29 primerih (17 + 12), od tega bi pravilno prepoznała modro barvo v 12 primerih. Verjetnost, da je nesrečo povzročil moder taxi je zato 12/29 oz. 41 %!

<sup>47</sup> Koehler / Shaviro 1990: 255–6.

opremo (samo) na individualizirane dokaze.<sup>48</sup> Več posebnosti in podrobnosti ko vemo o zadevi, bolj se nam zdi posebna. Vendar bolj ko je zadeva edinstvena, manj je zastopana v populaciji, zaradi česar njena statistična verjetnost (delež v populaciji) upada. Plous trdi, da je »reprezentativnost« poglaviti razlog za to, da želimo imeti veliko podrobnih informacij, preden se odločimo. Zelo natančni scenariji namreč dajejo iluzorni občutek uvida in dobrega poznavanja problema. Na primer, hipoteza, da je obdolženi zapustil kraj, kjer je bilo storjeno kaznivo dejanje, se zato zdi manj prepričljiva od bolj natančne hipoteze, da je obdolženec zapustil kraj dejanja iz strahu, da ga bodo obdolžili, da je storil kaznivo dejanje, čeprav je druga hipoteza statistično manj verjetna od prve (prva hipoteza namreč zajema tudi drugo).<sup>49</sup>

Zaradi »reprezentativnosti« lahko pravna odločitev temelji na t.i. »obrnjeni zmoti« (v ang. *inverse fallacy*). Tovrstno napako naredimo, ko iz ugotovitve, da obstaja v primeru, ko se zgodi A, velika verjetnost, da se zgodi B, napačno sklepamo, da če se je zgodil B, obstaja velika verjetnost, da se je zgodil A.<sup>50</sup> V tem primeru obravnavamo verjetnost hipoteze glede na dokaze (npr. verjetnost, da je bil toženec malomaren, ker je bil tožnik poškodovan) kot enako verjetnosti dokazov glede na hipotezo (verjetnost, da bi bil tožnik poškodovan, če bi bil toženec malomaren). Izvedenec sodne medicine v kazenskem postopku na primer izpove, da se vzorec obdolženčeve DNA ujema z DNA, ki je bila najdena na kraju kaznivega dejanja ter da je verjetnost, da bi se naključno izbran vzorec DNA ujema z vzorcem, najdenim na kraju dejanja, ena proti milijon. Če bi iz tega podatka sklepali, da je tudi verjetnost, da je obdolženec nedolžen, enaka ena proti milijon, bi bila to »obrnjena zmotka«. Dokazna vrednost DNA testa je namreč odvisna od zanesljivosti testa in od velikosti populacije.<sup>51</sup> Zanemarja se torej, da je inicialna (apriorna) verjetnost, da je naključno izbrana oseba kriva konkretnega kaznivega dejanja, zelo majhna.<sup>52</sup>

Da bi preizkusili, ali sodniki sklepajo po principu »obrnjene zmote«, so jih postavili pred naslednji pravni problem. Tožnik je utrpel poškodbo, ko se je sprehajal mimo toženčevega skladišča. Ranjen je bil z orožjem, ki so ga delavci skladišča z vrvjo dvi-

<sup>48</sup> Guthrie et al. 2001: 806.

<sup>49</sup> Plous 1993: 111.

<sup>50</sup> »The term *fallacy* is used here as a psychological hypothesis, not an evaluative epithet. A judgment is appropriately labeled a fallacy when most of the people who make it are disposed, after suitable explanation, to accept the following propositions: (a) They made a nontrivial error, which they would probably have repeated in similar problems; (b) the error was conceptual, not merely verbal or technical; and (c) the *should* have known the correct answer or a procedure to find it.« (Tversky / Kahneman 2002: 34).

<sup>51</sup> Taroni et al. 2006: 9–10. Glej tudi Bajt / Štiblar 2002: 85–90.

<sup>52</sup> Guthrie et al. 2001: 807.

Raziskave s poskusnimi porotami kažejo, da porote velikokrat precenjujejo dokazno vrednost tovrstnih forenzičnih dokazov.

<sup>53</sup> Bajt / Štiblar 2002: 85.

govali s tal. Obstajata dva možna vzroka nesreč: malomarno varovanje orožja, za kar bi bil pravno odgovoren toženec, ali slaba vrv (nesreča). Inšpektorji so raziskali dogodek in ugotovili: (i) če je orožje malomarno varovano, obstaja 90 % verjetnost, da se bo sprožilo; (ii) tudi če je pravilno varovano, se sproži v 1 % primerov; (iii) delavci malomarno zavarujejo orožje le v enem primeru od tisočih. Sodniki so morali na podlagi teh podatkov presoditi, kolikšna je verjetnost, da je bil toženec poškodovan zaradi malomarnosti lastnika skladišča. Izbirali so med naslednjimi ocenami: (a) 0–25 %, (b) 26–50 %, (c) 51–75 %, (d) 76–100 %. Pri reševanju tovrstnega problema večina ljudi domneva, da je verjetnost toženčeve malomarnosti 90 % ali vsaj zelo velika, kar je »obrnjena zmotka«: iz dejstva, da se je orožje dejansko sprožilo, sklepajo na malomarnost toženca. V resnici je verjetnost, da je bil toženec malomaren, le 8,3 %.<sup>54</sup> Kar 40,9 % sodnikov, ki so bili udeleženi v raziskavi, je odgovorilo pravilno in izbralo odgovor (a), 8,8 % sodnikov se je odločilo za odgovor (b), 10,1 % sodnikov za odgovor (c), 40,3 % sodnikov pa se je zelo nagibalo k »obrnjeni zmotki« in izbralo odgovor (d). Čeprav so se sodniki izkazali bolje kot laiki, jih je še vedno manj kot polovica odgovorila pravilno.<sup>55</sup>

### 5.3.1. Verjetnostno dokazovanje

Problem »reprezentativnosti« je povezan z vprašanjem verjetnostnega (probabilističnega) dokazovanja, tj. uporabe matematičnih metod pri dokaznem sklepanju. Izraz »verjetnostno dokazovanje« se nanaša na apliciranje matematičnih teorij – najbolj poznana je *Bayesov teorem* – na statistično ugotovljene ali domnevane porazdelitve določene lastnosti v populaciji, da bi ugotovili verjetnost, da določen dogodek ni nastopal naključno.<sup>56</sup> Polemika, ali naj se na sojenju dovoli verjetnostno dokazovanje, traja že dolgo. Primer neprimerne verjetnostne analize dokazov je zadeva *People v. Collins*.<sup>57</sup> V primeru *Collins* so priče opisale storilca kot temnopoltega moškega z brki in brado, ki je bil v družbi dekleta s plavimi lasmi, spetimi v konjski rep, pobegnila pa sta z vozilom rumene barve. Tožilec je za vsako od navedenih lastnosti določil, koliko pogosto se pojavlja v populaciji: rumenih avtomobilov naj bi bilo 10 %, moških z brki naj bi bilo 25 %, plavolasih deklet 33 %, deklet, ki imajo lase spete v rep, naj bi bilo 10 % itd. Izvedenec matematične stroke je na tej podlagi izračunal, da je verjetnost ena proti dvanajst milijonov, da bi imel naključno izbrani par vseh šest izpostavljenih značilnosti. Porota je obdolženca obsodila, kalifornijsko Vrhovno sodišče pa je odklonilo tovrstno dokazovanje.

<sup>54</sup> Podrobnejšo obrazložitev pravilnega odgovora glej v Guthrie et al. 2001: 809.

<sup>55</sup> Guthrie et al. 2001: 808–10.

<sup>56</sup> Huffman 1992: 976.

<sup>57</sup> 438 P.2d 33 (Cal. 1968).

Vrhovno sodišče Kalifornije je tovrstno dokazovanje zavrnilo s štirimi argumenti.<sup>58</sup> (1) Tožilec ni predložil nikakršnih empiričnih podatkov, ki bi podpirali njegove navedbe o tem, kako pogosto se določene lastnosti obdolženca pojavljajo v populaciji. Posamezne verjetnostne postavke je tožilec določil preprosto po svojem občutku.<sup>59</sup> (2) Tudi če bi bile tožilčeve postavke utemeljene in pravilne, bi bil njihov zmnožek ustrezen zgolj v primeru, če bi bile posamezne postavke med seboj izključujoči. V primeru *Collins* je namreč izvedenec zmnožek serijo verjetnostnih postavk, ki niso bile izključujoče (npr. med dekleti s plavimi lasmi so tudi dekleta z lasmi, spetimi v konjski rep). Če dve ali več postavk lahko nastopajo hkrati, verjetnosti njihovih ločenih pojavnosti ni mogoče preprosto zmnožiti, da bi dobili verjetnost njihove skupne pojavnosti. (3) Tudi če bi bil končni izračun pravilen, bi še vedno obstajala znatna verjetnost, da krivi par dejansko ni imel vseh navedenih značilnosti, saj je možno, da je bil dejansko krivi par zamaskiran ali da so očividci lagali ali da so se zmotili. Običajno bi porotaupoštevala to možnost napake, ko bi presojala kredibilnosti prič in dokazne vrednosti njihovih pričevanj. Pri verjetnostnem dokazovanju pa je po mnenju kalifornijskega Vrhovnega sodišča porota v skušnjavi, da pripisuje nesorazmerno veliko dokazno vrednost tožilčevim izračunom, ker ne more kvantificirati možnosti napake. (4) Tožilec je napačno sklepal, da je verjetnost, da ima naključno izbran par inkriminirajoče lastnosti, povezana z verjetnostjo, da bi bil katerikoli par s takšnimi lastnostmi nedolžen.<sup>60</sup> Kalifornijsko Vrhovno sodišče je odločilo, da je bilo tovrstno matematično sojenje nepošteno, saj je izkrivilo vlogo porote in spravilo obrambo v nedoposten položaj. Po njegovem mnenju matematiki, čaravnici naše kompjuterizirane družbe, ne sme biti dovoljeno, da uroči sodišče, ko ugotavlja dejansko stanje.<sup>61</sup>

Argumente zoper verjetnostno dokazovanje je predstavil *Laurence H. Tribe* v znanem članku *Trial by Mathematics*, ki je nastal kot avtorjev odgovor na naraščajoč obseg – zlasti ameriške – strokovne literature, ki se je zavzemala za večjo zastopanost matematičnih načel v sojenju.<sup>62</sup> *Tribovo* stališče do uporabe matematičnih metod v pravnih postopkih je odklonilno, ker so tovrstne metode v koliziji s pomembnimi vrednotami, ki naj bi jih pravni postopek zagotavljal. Eden od njegovih ugovorov zoper verjetnostno dokazovanje je, da bi sodišča tovrstnemu dokazovanju pripisovala preveliko vrednost (v ang.

<sup>58</sup> Povzeto po *Tribe* 1971: 1335–8.

<sup>59</sup> Glej tudi *Zupančič* 1991: 317.

<sup>60</sup> Relevantaost določenega dokaza ni njegova inherentna lastnost, pač pa gre za odnos med določenim dokazom in trditvijo, ki naj bi jo dokaz(ov)al. Če naj bi določen dokaz dokazal (ne)obstoj nekega zatrjevanega dejanskega stanja, je relevanten zgolj v razmerju do te trditve, ne pa na splošno (*James* 1941: 690).

<sup>61</sup> »*Mathematics, a veritable sorcerer in our computerized society, while assisting the trier of fact in the search for truth, must not cast a spell over him.*« (*People v. Collins*).

<sup>62</sup> *Tribe* 1971: 1332. Glej tudi *Zupančič* 1991: 231.

*dwarfing of soft variables*).<sup>63</sup> Zgoraj predstavljene raziskave o »reprezentativnosti« pravzaprav zavračajo ta argument in ugotavljajo prav nasprotно.<sup>64</sup>

Zagovorniki verjetnostnega dokazovanja pravijo, da so vsi dokazi v pravu v bistvu verjetnostni, saj pri sklepanju na podlagi kakršnihkoli dokazov vedno obstaja možnost napake. Tudi ko sklepa na podlagi edinstvenih dokazov, mora tisti, ki odloča, narediti neko subjektivno oceno verjetnosti, da je dejstvo, obstoj katerega dokazi dokazujejo, resnično. Vsi dokazi v pravu so »verjetnostni« v epistemološkem smislu, saj na njihovi podlagi ni mogoče sklepati brez določene možnosti napake, pa čeprav gre zgolj za sklepanje, da so stvari običajno takšne, kot se kažejo naši percepциji. Probabilistični dokazi, ki so izraženi v natančnih (številčnih) odstotkih, zgolj naredijo to možnost napake eksplicitno.<sup>65</sup> *Shapiro*, ko zavrača argumente zoper verjetnostno dokazovanje, zato pravi, da gre pri odklanjanju tovrstnega dokazovanja zgolj za vzdrževanje videza pravičnosti.<sup>66</sup>

Podobno meni *Nesson*, ki pravi, da načela in pravila dokazovanja niso takšna, kakršna so, da bi se z njimi najbolje ugotavljalo dejansko stanje. Mnoga dokazna pravila in vidike sodnega postopka je mogoče bolje razložiti s potrebo, da bi bile sodne odločitve javno sprejete. Namen sodne funkcije je sporočiti, kakšno vedenje je družbeno zaželeno. Da bi javnost to sporočilo sprejela, mora sodno odločbo dojeti kot vsebinsko odločitev o dogodku, ki je bil predmet postopka, ne pa kot odločitev o dokazih. Le tako bo posameznik sprejel vedenjsko sporočilo materialne pravne norme: če storim kaznivo dejanje, bom kaznovan. Če pa sodno odločbo dojame kot procesno odločitev o dokazih, bo dojel le dokazno pravilo: kaznovan bom, če mi bodo uspeli dokazati, da sem storil kaznivo dejanje.<sup>67</sup> Zato *Nesson* meni, da namen sojenja ni proizvajanje matematično verjetnih sodb, ampak sodb, ki bodo javno sprejete. Odklanjanje verjetnostnega dokazovanja je posledica tega, da verjetna sodba ni vedno sprejemljiva in da sprejemljiva sodba ni nujni najbolj verjetna.<sup>68</sup>

Opredelitev za verjetnostno dokazovanje in proti njemu sicer izpostavijo temne in svetle plati takega pristopa k dokazovanju, vendar pogosto spregledajo metodološko vrednost verjetnostne

<sup>63</sup> *Tribe* 1971: 1361–5.

<sup>64</sup> »*The very mystery that surrounds mathematical arguments – the relative obscurity that makes them at once impenetrable by the layman and impressive to him – creates a continuing risk that he will give such arguments a credence they may not deserve and a weight they cannot logically claim.*« (*Tribe* 1971: 1334).

<sup>65</sup> Glej tudi *Faigman / Baglioni* 1988: 13–6.

<sup>66</sup> *Koehler / Shapiro* 1990: 252–3.

<sup>67</sup> *Shapiro* 1989: 531.

<sup>68</sup> *Nesson* 1985: 1361–3.

<sup>69</sup> *Nesson* 1985: 1378.

Zlasti ne bi bile sprejemljive sodne odločbe, ki bi temeljile izključno na statističnih dokazih (*Nesson* 1985: 1378–82).

analize dokazov. Pri tovrstni analizi namreč ne gre nujno za vprašanje, ali so številne verjetnosti pravilno opredeljene in matematični računi pravilno zastavljeni. Vrednost verjetnostne analize dokazov je, da spodbudi subjekte k zastavljanju vprašanj, na katera sicer ne bi pomislili.<sup>69</sup>

#### 5.4. Kontekst odločanja

Model racionalne izbire predpostavlja, da tisti, ki izbira med dvema možnostma, pripše vsaki določeno (subjektivno) vrednost ter nato izbere tisto, ki ima višjo vrednostjo. Model predpostavlja, da je vrednotenje opcij neodvisno od konteksta odločanja. To pomeni, da se razmerje vrednosti med dvema določenima opcijama ne bi smelo spremeniti, če bi bila dana na razpolago še tretja opcija izbire. Z drugimi besedami: če posameznik pripše prvi opciji večjo korist kot drugi, bo izbral prvo opcijo tudi, če bo imel na voljo še tretjo možnost izbire, ki ni relevantna za vrednotenje prvih dveh opcij.<sup>70</sup> Dejansko pa posameznikovo odločanje v primerih binarnih problemov izbire ni konsistentno, kot to predvideva teorija racionalne izbire, ampak je odvisno od konteksta.<sup>71</sup> Izbira je odvisna od konteksta odločanja, če na izbiro med dvema opcijama vpliva tretja opcija, ki ni relevantna v smislu, da prinaša kakšne nove informacije o relativnih vrednostih prvih dveh opcij. Pri tem ločimo dve vrsti odklonov od idealnega modela odločanja: prvi so posledica kompromisa, drugi pa kontrasta.<sup>72</sup>

##### 5.4.1. Učinek kompromisa

Ko se posamezniki odločajo med tremi opcijami različnih kakovosti, so nagnjeni k temu, da se odločijo za kompromisno opcijo oz. izberejo t.i. »zlato sredino«. Zato v primeru, ko tistem, ki izbira, damo na voljo dodatno opcijo, vplivamo na njegovo preferenčno izbiro v smeri te dodane opcije.<sup>73</sup>

Z učinkom kompromisa v kazenskem postopku se je ukvarjalo več raziskav, ki so preučevali, kako možnost obsodbe za lažje istovrtno kaznivo dejanje<sup>74</sup>, vpliva na odločanje sodišča (porote).

<sup>69</sup> Taroni *et al.* 2006: 246.

<sup>70</sup> Kelman *et al.*, v: Sunstein *et al.* (ur.) 2000: 61.

<sup>71</sup> Rachlinski / Jourden 2003: 459–60.

<sup>72</sup> Kelman *et al.*, v: Sunstein *et al.* (ur.) 2000: 61.

<sup>73</sup> Tovrstne kognitivne procese izkoriščajo zlasti strokovnjaki za marketing. Večina ljudi namreč ne kupi niti najcenejšega niti najdražjega modela nekega proizvoda. Zato so nekatera podjetja uspela pomembno povečati prodajo kakšnega proizvoda srednjega cenovnega razreda tako, da so dala v prodajo še en model istovrtnega proizvoda, ki pa je bil znatno višje cene (Pearlstein 2002). Podjetje torej lansira na trg drag model proizvoda, ne zato da bi z njegovo prodajo ustvarilo dobiček, pač pa da bi povečalo prodajo modela, ki se cenovno umesha nekam v »zlato sredino«.

<sup>74</sup> Tovrstne možnosti (v ang. *inclusion of a lesser charge*) slovensko kazensko pravo ne pozna.

V neki raziskavi so študente psihologije z univerze Stanford razdelili v tri skupine in jim predstavili izmišljeno kazensko zadevo. Člani prve skupine so izbirali med dvema možnostma: obdolženko so lahko obsodili zaradi storitve kaznivega dejanja umora ali uboja. Druga skupina pa je imela na voljo še tretjo možnost, tj. obsodbo za umor v posebnih okoliščinah, ki je posebno težka oblika umora. Z vidika teorije racionalne izbire se razmerje med študenti, ki bi se odločili obdolženca obsoditi za uboj, in študenti, ki bi izbrali umor, v prvi in drugi skupini ne bi smelo bistveno razlikovati. Če odločitve ne bi bile odvisne od konteksta odločanja, bi se respondent, ki bi se odločil obsoditi za uboj, odločil za to dejanje ne glede na to, ali bi imel na voljo še dodatno – skrajno – možnost kvalificirane oblike umora. Rezultati raziskave pa so pokazali prav nasprotno: respondenti v drugi skupini, ki so imeli na voljo še tretjo, skrajno možnost, so se v znatno manjši meri (le 19 %) odločali za najlažjo kvalifikacijo (tj. uboj) kot respondenti prve skupine (kar 47 %).<sup>75</sup>

V nekem drugem eksperimentu so respondentom predstavili dejansko stanje neke kazenske zadeve in jim razložili zakonske definicije štirih možnih pravnih kvalifikacij zadeve: umor v posebnih okoliščinah, umor, namerni uboj in nenamerni uboj. Udeleženci so se morali odločiti, za katero od teh dejanj bi obdolženca spoznali za krivega, če bi bili porotniki. Pri tem je bilo prvi skupini respondentov rečeno, da obsodba za umor v posebnih okoliščinah, ki je najtežja pravna kavifikacija, ne pride v poštev, saj umor v danem primeru ni bil storjen v posebnih okoliščinah. Drugi skupini pa je bilo rečeno, da ne pride v poštev obsodba za najlažje kaznivo dejanje, torej za nenamerni uboj. Prva skupina se je torej dejansko odločala med tremi »manj težkimi« kaznivimi dejanji, saj je bila izključena možnost izbire najhujšega dejanja. Druga skupina pa se je dejansko odločala med tremi najtežjimi pravnimi kvalifikacijami, ker je bila izključena možnost obsodbe za nenamerni uboj. V obeh skupinah je večina respondentov izbrala t.i. »zlato sredino« med možnostmi, ki jih je imela na voljo. V prvi skupini se je 55 % študentov odločilo obsoditi za namerni uboj in 39 % za umor. V drugi skupini pa se jih je 31 % odločilo za namerni uboj in 57 % za umor. Večina respondentov prve skupine je med tremi »manj težkimi« kaznivimi dejanji izbrala po vrednosti srednjo oz. kompromisno pravno kvalifikacijo kaznivega dejanja. Prav tako se je za kompromisno kvalifikacijo odločila večina respondentov druge skupine, vendar tokrat za kompromis med tremi najtežjimi pravnimi kvalifikacijami.<sup>76</sup> Eliminacija najtežje ali najlažje možnosti izbire je vplivala na odločanje tako, da je razkrila vpliv kompromisa.

<sup>75</sup> Rezultatov raziskave sicer ne gre posloševati. Rezultate raziskave bi bilo namreč mogoče razložiti tudi tako, da so (nekateri) člani druge skupine možnost izbire tretje opcije razumeli kot dodatno informacijo tudi o prvih dveh opcijah. (Kelman *et al.*, v: Sunstein *et al.* (ur.) 2000: 62–4).

<sup>76</sup> Kelman *et al.*, v: Sunstein *et al.* (ur.) 2000: 64–6.

Če bo v vrsti opcij, med katerimi izbiramo, določena opcija predstavljena kot »zlata sredina«, jo bomo pogosteje dojeli kot najbolj primerno izbiro, kot pa če bo predstavljena kot skrajna opcija.<sup>77</sup> Z drugimi besedami: ljudje se izogibamo ekstremom. Pri tem velja poudariti, da to, da dojamemo določeno opcijo kot ekstremno, ni odvisno od inherentnih lastnosti te opcije, ampak od alternativ, med katerimi izbiramo. Zato lahko v kazenskem pravu uzakonitev dodatnih možnosti odločanja vpliva na konistentnost pravnih odločitev, na primer izrekanja kazenskih sankcij (kaznovalno politiko). Po drugi strani pa iz dejstva, da sodišča pogosteje posegajo po kakšni na novo uzakonjeni pravni možnosti, ni mogoče avtomatično sklepati na kognitivno iluzijo. Če ima sodišče na voljo več možnih odločitev, namreč izbere tisto, ki je glede na dejansko stanje najbolj ustrezna.

#### 5.4.2. Učinek kontrasta

Kontekst odločanja je vplival na odločitev, če določeno opcijo izbire ovrednotimo znatno višje ob prisotnosti druge tovrstne opcije, ki je glede na prvo opcijo očitno inferiorna, kot pa bi jo ovrednotil brez takšne inferiorne opcije.<sup>78</sup> Učinek kontrasta se pokaže, če primerjamo odločanje o določeni opciji, ko je predstavljena v kontrastu z drugo očitno neprimerljivo opcijo, z odločanjem, ko tovrstna kontrastna opcija ni na voljo.

V raziskavi, ki je preučevala učinek kontrasta na odločanje porot v kazenskih zadevah, so morali študenti psihologije presojati, kakšno sankcijo bi, če bi bili porotniki, izrekli obsojencu, ki je bil spoznan za krivega nekega gospodarskega kaznivega dejanja. Prva skupina je izbirala med dverema možnostma, obsojencu je lahko poleg denarne kazni izrekla še: (i) enomesečno zaporno kazen ali (ii) pogojno obsodbo na šest mesecev zapora, med katero bi moral obsojenec opraviti še petdeset ur dela v korist skupnosti. Druga skupina je imela na voljo še tretjo možnost in je lahko obsojencu izrekla še (iii) pogojno kazen šestih mesecev zapora, med katero bi obiskoval petdeset ur predavanj o pomenu poslovne etike. Raziskava je preverjala, ali se bodo porotniki pogosteje odločili za pogojno obsodbo z delom v korist skupnosti, če bodo imeli na voljo še tretjo možnost, tj. pogojno obsodbo s predavanji, ki velja za nezadostno sankcijo za kaznivo dejanje iz pohlepa. Če bi se odločali neodvisno od konteksta, bi se morali študenti v prvi skupini v relativno večjem deležu odločati za pogojno obsodbo z delom v korist skupnosti kot študenti v drugi skupini. Dejansko pa se je druga skupina v znatno večji meri odločala za pogojno obsodbo z delom v korist skupnosti kot prva skupina, kar kaže na učinek kontrasta.<sup>79</sup>

Vpliv konteksta na odločanje je večji pri tistih, ki imajo manj izkušenj s tovrstnim odločanjem.<sup>80</sup> Zato lahko domnevamo, da so odločitve sodnikov manj odvisne od konteksta. Rezultatov predstavljene raziskave torej ni mogoče na hitro posplošiti na sodniško odločanje.<sup>81</sup> Morebiti pa bi se vpliva konteksta na pravno odločanje moral zavedati zakonodajalec. Ljudje ne vrednotimo opcij z enotnim konsistentnim merilom. Različni kontekstualni namigi lahko sprožijo različne ocenjevalne procese celo v primerih, ko so ti namigi irrelevantni. Ko na primer daje zakonodaja subjektom na voljo dodatne alternative izbire za uveljavljanje pravnih interesov, ne ponuja zgolj neodvisnih možnih opcij, pač pa lahko spreminja tudi vzorec izbire med opcijami.<sup>82</sup> Tako pravni sistem tudi ustvarja, ne pa zgolj omogoča, določene preference in določeno vrednotenje.<sup>83</sup>

#### 6. Posebej o sodnikih in kognitivnih iluzijah

Metodologija raziskav, ki izpostavijo delovanje enega kognitivnega mehanizma, ki botruje sistematičnim napakam pri odločanju, je smiselna, ker odkloni od pravilnega sklepanja in odločanja najbolje razkrivajo, kako kognitivni procesi delujejo.<sup>84</sup> Raziskovanje socialne kognicije pa je izhodišče za razumevanje družbenega delovanja in vedenja ljudi.<sup>85</sup> V kontekstu sodnega odločanja nas zato zanima, kaj determinira kognitivne procese sodnikov, ko odločajo v konkretnih primerih.<sup>86</sup>

Na podlagi predstavljenih empiričnih raziskav lahko zaključimo, da poznamo v sojenju, ki je med drugim tudi proces odločanja,

<sup>77</sup> Rachlinski / Jourden 2003: 483.

<sup>78</sup> Pri tem je zanimivo, da iz podatkov raziskave, ki se je nanašala na izrekanje smrte kazni, ni mogoče sklepati na vpliv kontrasta pri izrekanju te najstrožje kazenske sankcije. Tudi ta raziskava je bila izvedena na ameriških študentih psihologije. V ameriškem kazenskem postopku izbira in odmera sankcije načeloma ni v pristojnosti porote, pač pa o tem odloči sodnik. Izjema je izrekanje smrte kazni, ko naj bi bilo to, da o njej odloča porota, dodatna procesna garancija. Študenti, udeleženi v omenjeni raziskavi, ki se je nanašala na smrtno kazen, se pri odločanju niso zanašali na učinek kontrasta, njihove odločitve so bile bolj absolutne. Rezultate raziskave pojasnjujejo tako, da je v ameriški družbi nekakšno splošno soglasje o tem, katera kazniva dejanja zaslužijo smrtno kazen (Rachlinski / Jourden 2003).

<sup>79</sup> Kelman et al., v: Sunstein et al. (ur.) 2000: 76.

<sup>80</sup> Sunstein, v: Sunstein et al. (ur.) 2000: 2.

<sup>81</sup> »The reason for focusing on biases rather than successes is that biases usually reveal more of the underlying processes than do successes.« (Plous 1993: 109). »It is just those cases that are not in accordance with reality which are particularly instructive for discovering the laws of the processes by which normal perception originates.« (Tversky / Kahneman, v: Gilovich et al. (ur.) 2002: 47).

<sup>82</sup> Ule 2004: 91.

<sup>83</sup> Guthrie et al. citirajo Franka Jeromea, vidnega predstavnika pravnega realizma: *If judicial decisions are "based on judge's hunches, then the way in which the judge gets his hunches is the key to the judicial process. Whatever produces the judge's hunches makes the law."* (Jerome, cit. v: Guthrie et al. 2001: 781).

<sup>77</sup> Kelman et al., v: Sunstein et al. (ur.) 2000: 61.

<sup>78</sup> Tako npr. trgovci dobro vedo, da bo potrošniku določen produkt bolj privlačen, če bo obkrožen z manj atraktivnimi proizvodi (Kelman et al., v: Sunstein et al. (ur.) 2000: 61–2).

<sup>79</sup> Kelman et al., v: Sunstein et al. (ur.) 2000: 66–8.

različne kognitivne tehnike, hevristike in kognitivne iluzije.<sup>87</sup> Sodniki so v enaki meri kot vsi posamezniki pod vplivom »usidranja« in precenjujejo predvidljivost dogodkov, manj kot laiki pa so pod vplivom »reprezentativnosti«. Vendar je pri posloševanju rezultatov tovrstnih raziskav potrebna previdnost. Zunaj eksperimentalnega okolia sodniki odločajo na podlagi bolj podrobnega in bolj popolnega dokaznega gradiva od tistega, na podlagi katerega se odločajo respondenti v raziskavah. Sodniki so pri resničnem odločanju tudi bolj motivirani ter imajo na voljo več časa in virov. Po drugi strani velja poudariti, da se kognitivnim iluzijam ni mogoče izogniti z večjo motivacijo ter bolj poglobljenim premišljevanjem o problemu odločanja. Tudi večja raznolikost in podrobnost dejanskih primerov, o katerih odločajo sodniki, sama po sebi ne izniči kognitivnih iluzij. Empirične raziskave so navadno narejen tako, da je izoliran posamezen kognitivni mehanizem odločanja. V resničnih primerih je odločanje sodnika bolj kompleksno in nanj vplivajo tudi drugi dejavniki in postopki. Vendar to ne pomeni, da je učinek kognitivnih iluzij zanemarljiv. Sodniki se v sodnih dvoranah zagotovo soočajo z zapletnejšimi primeri, so bolj motivirani za dobre odločitve, imajo več časa za odločanje, na voljo so jim nasveti in predlogi strank, odvetnikov, strokovnih sodelavcev itd. A če ti dejavniki v temelju ne spreminjajo kognitivnih procesov, ne morejo izničiti kognitivnih iluzij. Poleg tega lahko dejstvo, da so resnični primeri, o katerih odloča sodnik, bolj podrobni, celo okrepi nekatere kognitivne iluzije (npr. precenjevanje zmožnosti predvidevanja dogodkov).

Kaj je sploh mogoče narediti, da bi se v kar največji meri izognili kognitivnim iluzijam pri odločanju sodišč, pa tudi drugih pravnih subjektov? Nekoliko jih je mogoče omejiti z izobraževanjem o delovanju kognitivnih procesov. A čeprav je delovanje nekaterih kognitivnih iluzij enostavno prepoznavati (npr. precenjevanje zmožnosti predvidevanja dogodkov), je druge težje zaznati. Zato ni mogoče pričakovati, da jih bodo sodišča sama prepoznala in preprečevala. Ker se je nekaterim kognitivnim iluzijam mogoče izogniti tako, da je odločanje v pristojnosti izkušenih pravnih strokovnjakov, se v Združenih državah pojavljajo ideje o prenosu odločanja s porot na sodnike.<sup>88</sup> Učinek kognitivnih iluzij je mogoče nekoliko omiliti

<sup>87</sup> Hillman 2000: 735; Guthrie et al. 2002: 44.

<sup>88</sup> Negativno kritiko te ideje glej v Hoffman 2003.

S prenosom pristojnosti odločanja na sodnike je sicer mogoče zmanjšati vpliv tistih kognitivnih iluzij, katerih vpliv omejuje izkušnje in izobrazba (npr. »usidranje«, »reprezentativnost«). Za nekatere kognitivne iluzije pa velja, da je njihov učinek manjši, ko odloča skupina posameznikov. Ker si več ljudi navadno zapomni več relevantnih informacij kot posameznik, lahko odločanje v skupini omili precenjevanje zmožnosti predvidevanja dogodkov. Tudi kadar je edini način za izognitev kognitivnim iluzijam, da se subjekta, ki odloča, ne izpostavi določenim informacijam, je porotno sojenje bolj primerno (Guthrie et al. 2001: 826–7).

Iz leposlovja so poznane celo ideje, da se sodišča tako zmotljiva, da bi jih bilo potrebno nadomestiti z računalniki. Italijanski pisatelj Giovanni Papini je leta 1953 objavil kratko zgodbo z naslovom *Elektronski tribunal* o ogromnem računalniku, ki naj bi v prihodnosti nadomestil sodišča (Köberer 1996: 27).

tudi z ustreznim oblikovanjem procesnih, dokaznih in celo materialnopravnih norm.<sup>89</sup>

Rachlinski našteva še druge možne razloge, zaradi katerih so sodišča v manjši meri kot druge družbene institucije prilagojena na napake, ki se pojavljajo v kognitivnih procesih. Čeprav sodišča želijo sprejemati logično pravilne odločitve, niso podvržena konkurenči ali pritiskom trga, ki bi jih silila oblikovati tako kakovostne postopke, da bi bila možnost napačne odločitve minimalna. Drugače je na primer z gradbenim inženirjem: če bi gradil zgradbe z napakami, bi hitro ostal brez strank.<sup>90</sup> Ker pa si je nemogoče zamisliti, da bi ta problem reševali tako, da bi izvrševanje sodne funkcije organizirali po pravilih trga, je potrebno v večji meri okrepliti ostale dejavnike, ki zavirajo kognitivne iluzije. Zlasti bi morali sodniki redno imeti povratne informacije, ali so se odločili pravilno, kolikor je o objektivni pravilnosti pravnih odločitev sploh mogoče govoriti.

## 7. Za konec

Čeprav so zmožnosti našega uma pri predelovanju informacij omejene, smo nenehno v situacijah, ko se moramo na podlagi kompleksne množice podatkov odločiti hitro. S kognitivnimi bližnjicami smo se v takšnih okoliščinah zmožni ustrezno odzvati. Njihova prednost je v tem, da skrčijo količino potrebnega časa in truda, da pridemo do relativno dobre odločitve. Zavestno procesuiranje celotne množice informacij bi bilo zaradi časa, ki bi bil za to potreben, popolnoma neživljensko. Poudariti je treba, da se kognitivne bližnjice mnogokrat izkažejo za zanesljive in vodijo do ustreznih odločitev. Po drugi strani pa je uporaba poenostavitev hevristik povod za to, da prihaja pri odločanju do sistematičnih napak.<sup>91</sup> To velja tudi za subjekte, ki odločajo v pravu.

Na empirične raziskave, ki so predstavljene v tem prispevku, je mogoče – podobno kot na druge empirične raziskave v družboslovju – nasloviti različne metodološke in vsebinske očitke. Zlasti se jim očita, da se osredotočajo na posamečne kognitivne mehanizme in ne zajamejo odločanja v celoti. Poleg tega je malo raziskav narejenih neposredno na sodnikih. Pogost očitek je tudi, da gre zgolj za reaktivne teorije o človekovem odločanju (morebiti bi jim lahko odrekli že naziv »teorija«), ki ostajajo zgolj na ravni antiteze. To pomeni, da opisujejo zgolj,

<sup>89</sup> Pravilo 407 *Federal Rules of Evidence* je primer prilagoditve prava ugotovitvam o precenjevanju zmožnosti predvidevanja dogodkov (Guthrie et al. 2001: 828).

<sup>90</sup> Rule 407 (*Subsequent Remedial Measures*): »When, after an injury or harm allegedly caused by an event, measures are taken that, if taken previously, would have made the injury or harm less likely to occur, evidence of the subsequent measures is not admissible to prove negligence, culpable conduct, a defect in a product, a defect in a product's design, or a need for a warning or instruction. [...]«

<sup>91</sup> Rachlinski 2000-a: 63–4; Rachlinski 2000-b: 756.

<sup>92</sup> Kahneman / Tversky 1996: 582.

kako odločanje odstopa od idealnega modela racionalnega odločanja, ne ponudijo pa celovite razlage kognitivnih procesov, ki delujejo, ko se človek odloča. Izsledkov naj tudi ne bi bilo mogoče strniti v splošne ugotovitve, ki bi lahko bile podlaga za oblikovanje in uporabo prava.<sup>92</sup>

Očitkom navkljub lahko zaključimo, da so izsledki teh raziskav vsaj *prima facie* dokaz, da so tudi pri odločanje v pravu sistematične napake. Pravni kontekst sam po sebi ne spodbuja k bolj logično konsistentnemu odločanju.<sup>93</sup> Pri tem ne gre za posamezne ekscesne napake, ki so naključne, pač pa za sistematične odklone, do katerih prihaja neodvisno od volje in motiva tistih, ki se odločajo. Kar je pri tovrstnih razlagah odločanja posebej zanimivo je, da v temeljih spodkopavajo legitimnost sodnega odločanja. V nekem smislu so predstavljene razlage odločanja, postavljene v pravni kontekst, antipravne. Vseeno je najbrž vsaj na kratki in srednji rok položaj sodišč razmeroma stabilen in varen. Bolj problematizirano je odločanje porote, ker so pri njej kognitivni postopki odločanja manj preverljivi (t.i. *black box* fenomen). V pravosodnih sistemih brez porote pa odločitev prvostopenjskega sodišča preverja drugostopenjsko sodišče tako glede logike sklepanja kot dejanskih vprašanj. Odločitev prvostopenjskega sodišča mora biti zato natančno in ustrezno obrazložena. Dejstvo pa je, da v luči tovrstnih razlag kognitivnih procesov sedanji modeli odločanja vzbujajo negotovost in dvom v samo legitimnost sodnega odločanja.

Vendar iz predstavljenih empiričnih izsledkov ne izhaja tudi, da je človekovo odločanje nepredvidljivo, iracionalno ali naključno, da ne sledi nobenim pravilom ali da je znanstveno neopredeljivo.<sup>94</sup> Ker pravni sistem predvsem konstruira postopke, opise in kontekste, znotraj katerih subjekti izbirajo oz. se odločajo med raznimi možnostmi, se zato zastavlja vprašanje, ali bi morali ustvarjalci in uporabniki prava upoštevati, kaj vemo in kaj še spoznavamo o procesih odločanja. Veliko postopkovnih pravnih pravil temelji na psiholoških ugotovitvah in domnevah o človekovem psihološkem delovanju. Najbolj očiten je primer eksluzijskih pravil, ki temelijo na ugotovitvah, da sodišče ne more soditi nepristransko, če je seznanjeno s prepovedanimi dokazi. Zato je mogoče, da bodo ugotovitve o delovanju kognitivnih procesov nekoč upoštevane tudi v razpravah o oblikovanju in uporabljanju posameznih pravnih norm.

## Literatura

1. Bajt, Aleksander, Štiblar, Franjo (2002): *Statistika za družboslovce*. GV založba, Ljubljana.
2. Bavcon, Ljubo (2000): Malomarnostna kazniva dejanja v cestnem prometu: zamisel, struktura in problemi. V: Bavcon, Ljubo, et al.: *Uveljavljanje novih institutov kazenskega materialnega in procesnega prava*. Uradni list RS, Ljubljana, str. 149–158.
3. Bayer, Vladimir (1995): *Kazneno procesno pravo – odabrania poglavlja, Knjiga I*. Ministarstvo unutranjih poslova Republike Hrvatske, Zagreb.
4. Damaška, Mirjan (1995): Free Proof and its Detractors. *The American Journal of Comparative Law*, let. 43, št. 3, str. 343–357.
5. Faigman, David L., Baglioni, Jr., A. J. (1988): Bayes' Theorem in the Trial Process: Instructing Jurors on the Value of Statistical Evidence. *Law and Human Behavior*, let. 12, št. 1, str. 1–17.
6. Gilovich, Thomas, Griffin, Dale, Kaufman, Daniel (eds.) (2002): *Heuristics and Biases: The Psychology of Intuitive Judgment*. Cambridge University Press.
7. Guthrie, Chris, Rachlinski, Jeffrey J., Wistrich, Andrew J. (2001): Inside the Judicial Mind. *Cornell Law Review*, let. 86, št. 4, str. 777–830.
8. Guthrie, Chris, Rachlinski, Jeffrey J., Wistrich, Andrew J. (2002): Judging by Heuristic – Cognitive Illusions in Judicial Decision Making. *Judicature*, let. 86, št. 1, str. 44–50.
9. Hillman, Robert A. (2000): The Limits of Behavioral Decision Theory in Legal Analysis: The Case of Liquidated Damages. *Cornell Law Review*, let. 85, št. 3, str. 717–738.
10. Hoffman, David A. (2003): How Relevant is Jury Rationality? *University of Illinois Law Review*, let. 2003, št. 2, str. 507–530.
11. Huffman, Mark L. (1992): When the Blue Bus Crashes into the Gate: The Problem with *People v. Collins* in the Probabilistic Evidence Debate. *University of Miami Law Review*, let. 46, št. 4, str. 975–1008.
12. Issacharoff, Samuel (2002): Behavioral Decision Theory in the Court of Public Law. *Cornell Law Review*, let. 87, št. 2, str. 671–681.
13. Jager, Matjaž (1999): *The Potential of Economic Analysis of Criminal Law and Criminal Policy with Special Regard to Drug Policy: doctoral thesis* (doktorat je dostopen na Inštitutu za kriminologijo pri Pravni fakulteti v Ljubljani).
14. James, George F. (1941): Relevancy, Probability and the Law. *California Law Review*, let. 29, št. 6, str. 689–705.
15. Kahneman, Daniel, Tversky, Amos (1996): On the Reality of Cognitive Illusions. *Psychological Review*, let. 103, št. 3, str. 582–591.
16. Kahneman, Daniel, Tversky, Amos (eds.) (2000): *Choices, values and frames*. Cambridge University Press.
17. Köberer, Wolfgang (1996): *Iudex non calculat: über die Unmöglichkeit, Strafzumessung sozialwissenschaftlich-mathematisch zu rationalisieren*. Peter Lang GmbH, Frankfurt am Main.
18. Koehler, Jonathan J., Shaviro, Daniel N. (1990): Veridical Verdicts: Increasing Verdict Accuracy through the Use of Overtly Probabilistic Evidence and Methods. *Cornell Law Review*, let. 75, št. 2, str. 246–279.
19. Korobkin, Russel B., Ulen, Thomas S. (2000): Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics. *California Law Review*, let. 88, št. 4, str. 1051–1144.
20. Nesson, Charles (1985): The Evidence or the Event? On Judicial Proof and the Acceptability of Verdicts. *Harvard Law Review*, let. 98, št. 7, str. 1357–1392.
21. Pavčnik, Marijan (1991): *Argumentacija v pravu*. Cankarjeva založba, Ljubljana.
22. Pearlstein, Steven (2002): The Compromise Effect ... And the New Thinking About Money Is That Your Irrationality Is Predictable. *Washington Post*, 27. januar 2002, <http://www.washingtonpost.com/ac2/wp-dyn/A41329-2002Jan26> (10. 10. 2006).
23. Plous, Scott (1993): *The Psychology of Judgment and Decision Making*. McGraw-Hill, Inc., New York.

<sup>92</sup> Issacharoff 2002: 672.

<sup>93</sup> Rachlinski / Jourden 2003: 463.

<sup>94</sup> Sunstein, v Sunstein et al. (ur.) 2000: 1.

24. Rachlinski, Jeffrey J. (2000-a): Heuristics and Biases in the Courts: Ignorance and Adaptation? **Oregon Law Review**, let. 79, št. 1, str. 61–102.
25. Rachlinski, Jeffrey J. (2000-b): The »New« Law and Psychology: A Reply to Critics, Skeptics and Cautious Supporters. **Cornell Law Review**, let. 85, št. 3, str. 739–766.
26. Rachlinski, Jeffrey J., Jourden, Forrest (2003): The Cognitive Components of Punishment. **Cornell Law Review**, let. 88, št. 2, str. 457–485.
27. Robbennolt, Jennifer K., Sobus, Mark S. (1997): An Integration of Hindsight Bias and Counterfactual Thinking: Decision-Making and Drug Courier Profiles. **Law and Human Behavior**, let. 21, št. 5, str. 539–560.
28. Schum, David A. (1994): **The evidential foundations of probabilistic reasoning**. John Wiley & Sons, New York.
29. Shaviro, Daniel (1989): Statistical-Probability Evidence and the Appearance of Justice. **Harvard Law Review**, let. 103, št. 2, str. 530–554.
30. Simon, Dan (2004): A Third View of the Black Box: Cognitive Coherence in Legal Decision Making. **The University of Chicago Law Review**, let. 71, št. 2, str. 511–586.
31. Simon, Herbert A. (1997): **Models of Bounded Rationality, Vol. 3: Empirically Grounded Economic Reason**. The MIT Press, Cambridge, Massachusetts.
32. Sunstein, Cass R. (ed.) (2000): **Behavioral Law and Economics**. Cambridge University Press.
33. Šugman, Katja G. (1999): Ekskluzija dokazov in doktrina sadežev zastupljenega drevesa v sodni praksi ameriškega Vrhovnega sodišča in po 18. členu Zakona o kazenskem postopku Republike Slovenije. **Zbornik znanstvenih razprav**, Ljubljana, let. LXIX, str. 378–396.
34. Taroni, Franco, Aitken, Colin, Garbolino, Paolo, Biedermann, Alex (2006): **Bayesian Networks and Probabilistic Inference in Forensic Science**. John Wiley & Sons, Ltd, Chichester, England.
35. Tribe, Laurence H. (1971): Trial by Mathematics: Precision and Ritual in the Legal Process. **Harvard Law Review**, let. 84, št. 6, str. 1329–1393.
36. Tversky, Amos, Kahneman, Daniel (1974): Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases. **Science**, let. 185, september 1974, str. 1124–1131.
37. Ule, Mirjana (2004): **Socialna psihologija**. Fakulteta za družbene vede, Ljubljana.
38. Zupančič, Boštjan M. (1991): **Kazensko procesno pravo: odločbe in razprave**. Uradni list Republike Slovenije.

## Errors in a court decision-making process

Polona Mozetič, LL.B., Young Researcher, Institute of Criminology at the Faculty of Law, Poljanski nasip 2, 1000 Ljubljana, Slovenia

Every individual is constantly having to make rapid decisions on the basis of a complex multitude of data. However, the capacities of the human brain are limited with regard to processing information. By the use of so-called cognitive short cuts, a person is nevertheless capable of responding properly in such situations, by minimising the amount of time and effort needed to reach a relatively good decision. Such cognitive processes are mostly reliable and lead to adequate decisions. At the same time, they are a cause of some systematic errors, resulting from the fact that cognitive processes do not follow the principles of the so-called model of rational choice. This also applies to persons who adopt legal decisions. The legitimacy of judicial decision-making is based on the notion of the sort of decision-making. It is understandable that tribunals sometimes make errors, but in general, they are not expected to make systematic errors in a well established legal system. Some empirical research studies, however, indicate that such expectations are unfounded and that judicial decision-making is subject to the operation of simplified heuristic methods and cognitive illusions.

**Key words:** judges, criminal procedure, decision-making, cognitive processes, simplifying heuristics, cognitive illusions, probabilistic evidence

**UDC:** 159.955 : 343.1 + 347.91/.95