

## DEO 1

# U P O T R A Z I Z A Š U M O M

Nije baš prihvatljivo da slični ljudi, osuđeni za isti prestup, dobiju drastično različite kazne – recimo, jedan pet godina zatvora, a drugi uslovnu kaznu. A opet se na mnogim mestima dešava tako nešto. Sigurno da je krivičnopravni sistem prožet pristrasnošću. Ali mi smo usredsređeni na šum – a posebno na ono što se desilo kada je jedan čuveni sudija skrenuo pažnju na tu pojavu, proglasio je skandaloznom i započeo krstaški rat koji je na izvestan način promenio svet (ali ne dovoljno). Naša priča se odnosi na Sjedinjene Države, ali uvereni smo da se slične priče mogu ispričati (i biće ispričane) o mnogim drugim zemljama. Pretpostavljamo da je u nekima problem šuma još gori nego u Sjedinjenim Državama. Ovaj primer delom koristimo i zato da pokažemo kako šum može proizvesti velike nepravdičnosti.

Krivične presude su posebno dramatične, ali i u privatnom sektoru uloženi mogu biti veliki. To ćemo ilustrovati primerom jedne velike osiguravajuće kompanije. Agenti osiguranja imaju zadatak da odrede premije osiguranja za potencijalne klijente; a procenitelji potraživanja moraju da procene vrednost potraživanja. Možda biste očekivali da će ovi zadaci biti jednostavni i automatski i da će različiti profesionalci doći do otprilike istih iznosa. Sproveli smo brižljivo osmišljen eksperiment – reviziju šuma – da proverimo ova očekivanja. Rezultat nas je iznenadio; ali što je još važnije, zaprepastio je i porazio i vođstvo kompanije. Saznali smo da količina prisutnog šuma kompaniju košta silan novac. Ovim primerom pokazujemo da šum može proizvesti velike ekonomske gubitke.

U oba ova primera uključene su studije o velikom broju ljudi koji donose veliki broj sudova. Ali mnogi važni sudovi su *singularni*, tj. ne ponavljaju se: kako se poneti u vezi sa, čini se, jedinstvenom poslovnom prilikom, da li lansirati potpuno nov proizvod, kako se nositi sa pandemijom, da li zaposliti nekoga ko ne ispunjava tražene kriterijume. Da li se šum može naći u odlukama o jedinstvenim situacijama poput ovih? U iskušenju smo da pomislimo da ga tu nema. Na kraju krajeva, šum je neželjena varijabilnost, a otkud varijabilnost kada govorimo o singularnim odlukama? U poglavlju 3 pokušavamo da odgovorimo na to pitanje. Sud koji donesete, čak i u najzgodnijem jedinstvenoj situaciji, predstavlja jednu od mnoštva mogućnosti. I tu postoji obilje šuma.

Ono što proističe iz ova tri poglavlja može se sažeti u jednoj rečenici i predstavlja glavnu temu cele knjige: *gde god ima rasuđivanja, ima i šuma – i to više nego što mislite*. Utvrdimo koliko ga ima.

# 1

## ZLOČIN I ŠUMNA KAZNA

Pretpostavimo da nekog osude – za krađu iz prodavnice, posedovanje heroina, fizički napad ili oružanu pljačku. Kakvu kaznu će verovatno dobiti?

Odgovor ne bi trebalo da zavisi od konkretnog sudije kome će slučajno dopasti slučaj ili od toga da li je napolju vruće ili hladno, kao ni od rezultata koji je juče postigao lokalni sportski tim. Bilo bi sramotno da tri slične osobe, osuđene za isti zločin, dobiju drastično različite kazne: jedna uslovnu, druga dve godine zatvora a treća deset godina zatvora. A ipak takva sramotnost može se naći u mnogim zemljama – ne samo u dalekoj prošlosti, već i danas.

Sudije širom sveta odavno imaju izuzetnu slobodu odlučivanja o odgovarajućim kaznama. U mnogim državama eksperti podržavaju tu slobodu i smatraju je i pravičnom i humanom. Insistiraju na tome da krivične presude treba određivati na osnovu mnoštva faktora, koji se ne tiču samo zločina već i karaktera okrivljenog i okolnosti dela. „Individualizovano krojenje“ kazni je bilo opšteprihvaćeno. Da su sudije ograničene pravilima, kriminalci bi bili tretirani na dehumanizovan način; ne bi bili smatrani individuama, bilo bi im uskraćeno ukazivanje na detalje njihove situacije. Sama ideja valjanog sprovođenja zakona po mnogima podrazumeva neograničenost sudskog diskrecionog prava odlučivanja.

Opšti entuzijazam za sudsko diskreciono pravo je 70-ih godina 20. veka počeo da jenjava iz jednog jednostavnog razloga: zbog iznenađujućih podataka o šumovima. Čuveni sudija Marvin Frankel 1973. skreće javnosti pažnju na taj problem. Pre nego što je postao sudija, Frankel je bio advokat u slučajevima slobode govora i strastveno se borio za ljudska prava, učestvujući u

osnivanju Komiteta pravnika za ljudska prava (organizacije danas poznate pod nazivom Human Rights First).

Frankel je umeo da bude žestok. Bio je ogorčen što postoji šum u krivič-nopravnom sistemu. Evo kako opisuje svoju motivaciju:

*Ukoliko se radi o presudi za pljačku federalne banke, maksimalna kazna bi mogla da bude dvadeset pet godina zatvora. To znači bilo koju kaznu između 0 i 25 godina. A na koliko će okrivljeni biti osuđen, ubrzo sam shvatio, manje zavisi od slučaja ili konkretnog okrivljenog koliko od konkretnog sudije, tj. shvatanja, sklonosti i pristrasnosti sudije. Tako bi isti okrivljeni za isti slučaj mogao dobiti veoma različite kazne zavisno od toga kom sudiji se dodeli slučaj.*

Frankel nije dao nikakvu statističku analizu u prilog svojim tvrdnjama. Ali jeste izneo niz ubedljivih priča o nepravično različitom postupanju prema vrlo sličnim ljudima. Dva muškarca, od kojih nijedan nije imao krivični dosije, osuđena su za unovčavanje krivotvorenih čekova u iznosu od 58,40 dolara, odnosno 35,20 dolara. Prvi je osuđen na 15 godina, drugi na 30 dana. Za slična dela pronevere, jedan biva osuđen da provede 117 dana u zatvoru, a drugi 20 godina. Ukazujući na brojne slučajeve ove vrste, Frankel osuđuje, kako to naziva, „gotovo potpuno nekontrolisanu i nezauzdanu moć“ federalnih sudija, čija je posledica „svakodnevna primena arbitrarnih surovosti“, što on smatra neprihvatljivim u „vladavini zakona, ne ljudi“.

Frankel poziva Kongres da okonča ovu „diskriminaciju“, kako opisuje te arbitrarne surovosti. Pod tim prevashodno podrazumeva šum, u vidu neobjašnjivih varijacija u presudama. Ali bavio se i pristrasnošću u formi rasnih i socioekonomskih dispariteta. U cilju borbe i protiv šuma i protiv pristrasnosti, on insistira da razlike u postupanju prema počiniocima krivičnih dela ne bi smele da budu dopuštene sem ukoliko se mogu „opravdati relevantnim proverama kojima se može formulisati i primeniti dovoljna objektivnost da rezultati ne budu samo idiosinkrazijski ukazi konkretnih zvaničnika, bilo sudija ili drugih“. (Termin „idiosinkrazijski ukazi“ je pomalo ezoteričan; Frankel pod njim misli na „lične edikte“.) Osim toga, Frankel odlučno zagovara smanjenje šuma kroz „detaljan profil ili spisak faktora koje treba štriklirati, a koji bi uključili, gde god je to moguće, numeričku ili drugu objektivnu ocenu“.

Pišući početkom 70-ih, nije išao tako daleko da brani ono što zove „zamena ljudi mašinama“. Ali zapanjuje da se prilično približio toj ideji. Verovao je da „vladavina zakona podrazumeva korpus bezličnih pravila, primenjivih u svim slučajevima i obavezujućih i za sudije i za sve ostale“. Eksplicitno se

zalaže za upotrebu „kompjutera kao pomagala u cilju uređenog promišljanja kazni“. Takođe preporučuje formiranje komisije za presude.

Frankelova knjiga postaje jedno od najuticajnijih dela u istoriji krivičnog prava – ne samo u Sjedinjenim Državama, već i širom sveta. Istina, njegov rad pati od izvesne doze neformalnosti. Govori o poražavajućoj situaciji, ali na nivou impresija. Da bi se proverilo realno stanje šuma, nekoliko istraživača je odmah prionulo na ispitivanje nivoa šuma u oblasti krivičnih kazni.

Jedna od prvih obuhvatnih studija ove vrste, koju je vodio sam sudija Frankel, sprovedena je 1974. godine. Od pedeset sudija iz različitih okruga tražili su da odrede kazne za optužene u hipotetičkim slučajevima sažetim u istovetnim izveštajima. Osnovni nalaz je ukazivao da je „odsustvo konsenzusa norma“ i da su varijacije kazni „zaprepašujuće“. Diler heroina bi dobio od jedne do deset godina zatvora, zavisno od sudije. Kazne za pljačkaša banke su se kretale od pet do osamnaest godina zatvora. Za jedan slučaj iznude kazne u ovoj studiji varirale su od ogromnih dvadeset godina zatvora i novčane globe od 65.000 dolara do samo tri godine zatvora bez ikakve novčane kazne. Najviše iznenađuje to što u šesnaest od dvadeset slučajeva nije bilo jednoglasne odluke u pogledu prikladnosti bilo koje zatvorske kazne.

Nakon ove studije usledio je niz studija i sve su došle do sličnog, šokantnog nivoa šuma. Na primer, Vilijam Ostin i Tomas Vilijams godine 1977. sprovede istraživanje kojim je obuhvaćeno četrdeset sedmoro sudija od kojih je traženo da izreknu presude u istih pet slučajeva, od kojih su se svi ticali relativno blagih prestupa. Svi opisi slučajeva su podrazumevali sažetke informacija koje su koristile sudije u stvarnim suđenjima, uključujući optužnicu, svedočenja, krivični dosije (ako ga ima), društveno poreklo i podatke u vezi sa ličnošću počinioaca. Ključni nalaz bile su „znatne varijacije“. U slučaju provale, na primer, preporučene kazne su išle od pet godina zatvora do pukih trideset dana (uz kaznu od 100 dolara). U slučaju posedovanja marihuane, neke sudije su preporučile zatvorsku kaznu, a neke uslovnu.

Mnogo veća studija sprovedena 1981. obuhvatila je 208 federalnih sudija kojima je izloženo šesnaest istih hipotetičkih slučajeva. Glavni nalazi bili su zapanjujući:

*U samo tri slučaja od ukupno šesnaest postojalo je jednoglasno slaganje o izricanju zatvorske kazne. Čak i tamo gde se većina sudija složila o prikladnosti zatvorske kazne, postojale su znatne varijacije u pogledu dužine preporučene zatvorske kazne. U jednom slučaju prevare, gde je prosečna zatvorska kazna bila 8,5 godina, najduža preporučena je bila kazna doživotnog zatvora. U drugom slučaju je prosečna kazna zatvora bila 1,1 godinu, dok je najduža preporučena iznosila 15 godina“.*

Koliko god šuma da otkrivaju, ove studije, koje podrazumevaju dobro kontrolisane eksperimente, gotovo izvesno potcenjuju razmere šuma u stvarnom svetu krivičnog prava. Sudije su u stvarnom životu izložene kudikamo brojnijim informacijama nego učesnici eksperimenata koji su dobili brižljivo pripremljene sažetke. Neke od ovih dodatnih informacija su, naravno, relevantne, ali postoji i obilje dokaza da irelevantne informacije, u vidu malih ili naizgled slučajnih faktora, mogu da dovedu do velikih razlika u ishodima. Zaključeno je, primera radi, kako su sudije sklonije da dosuđuju uslovne kazne na početku dana ili nakon pauza za jelo nego neposredno pre takvih pauza. Ako su gladni, sudije su strože.

Autori jedne studije hiljada presuda suda za maloletnike došli su do zaključka da sudije donose strože presude ponedeljkom (a u manjoj meri i tokom ostatka nedelje) ako za vikend lokalni fudbalski tim izgubi utakmicu. Tamnoputi optuženici snose nesrazmerno teže breme te povećane strogosti. U drugoj studiji je analizirano milion i po sudskih odluka tokom tri decenije, a zaključak je bio sličan – sudije su oštrije u danu nakon gubitka lokalnog fudbalskog tima nego u danu nakon pobeđe.

U istraživanju šest miliona sudijskih odluka u Francuskoj tokom dvanaest godina dolazi se do zaključka da okrivljeni dobijaju blaže kazne ako im je rođendan. (To ako je rođendan okrivljenima; mada sumnjamo da su sudije blaže i na svoj rođendan, ali koliko znamo ta hipoteza nije proverena.) Čak i nešto tako nevažno kao što je spoljna temperatura može da utiče na sudije. Pregledom 207.000 sudskih odluka o imigracionim zahtevima tokom četiri godine došlo se do zaključka o znatnom uticaju dnevnih temperaturnih varijacija: kada je napolju vruće, ljudi imaju manje šanse da dobiju azil. Ako ste žrtva političkog progona u domovini i tražite azil, trebalo bi da se nadate i možda čak i molite da vam ročište padne na prohladan dan.

#### SMANJENJE ŠUMA U PRESUDAMA

Argumenti sudije Frankela i empirijski nalazi koji ih potkrepljuju 70-ih privlače pažnju Edvarda M. Kenedija, brata ubijenog predsednika Džona F. Kenedija i jednog od najuticajnijih članova Senata Sjedinjenih Država. Kenedi je bio šokiran i zgrožen. Već 1975. predstavlja zakonodavnu reformu kaznenog sistema i ne stiže nigde, ali ne odustaje. Ukazujući na dokaze, neumorno se zalaže za usvajanje novog zakonodavstva, godinu za godinom. I 1984. uspeva. S obzirom na dokaze o neopravdanoj varijabilnosti, Kongres 1984. godine usvaja Zakon o kaznenoj reformi (SRA – Sentencing Reform Act).

Namena novog zakona bila je da se smanji sistemski šum kroz umanjenje „neograničenog prava odlučivanja koje zakon daje sudijama i nadležnima za uslovne kazne, odnosno odgovornima za izricanje i sprovođenje kazni“. Kongres se posebno poziva na „neopravdano širok“ spektar kazni, konkretno govoreći da su se u oblasti Njujorka kazne za identične slučajeve kretale od tri do dvadeset godina zatvora. Ovim zakonom uspostavljena je Kaznena komisija Sjedinjenih Država, baš kao što je sudija Frankel preporučivao, čiji je glavni posao jasan: izdati smernice za izricanje kazni, sa idejom da budu obavezujuće i ustanoviti ograničen opseg kazni za različita krivična dela.

Komisija je iduće godine i odredila smernice, generalno ih zasnivajući na prosečnim kaznama izrečenim za slične slučajeve, koje su pak utvrđene na osnovu analize 10.000 stvarnih slučajeva. Sudija Stefen Brejer, veoma angažovan u ovom poduhvatu, branio je korišćenje prakse iz prošlosti ukazivanjem na nepomirljiva neslaganja unutar Komisije: „Zašto Komisija nije sela i zaista pročešljala i promislila o svemu ovome, umesto da samo uzme istorijske podatke? Kratak odgovor je: nismo mogli. Nismo mogli zato što postoji obilje tako dobrih argumenata u prilog suprotnom... Probajte da rangirate sve zločine po visini kazni koje bi trebalo da im sleduju... Potom prikupite rezultate kolega koje su uradile to isto i vidite da li se poklapaju. Ja vam kažem da se ne poklapaju.“

Prema ovim smernicama, sudije moraju uzeti u obzir dva faktora pri izricanju kazni: zločin i krivični dosije okrivljenog. Dela su podeljena po četrdeset tri „nivoa kažnjivosti“, zavisno od ozbiljnosti. Krivični dosije okrivljenog odnosi se prevashodno na broj i težinu prethodno izrečenih presuda. Kada se uzmu u obzir i delo i krivični dosije, u smernicama se nude relativno uzani opsezi kazni, kod kojih najviša sme da budu duža od najniže za šest meseci ili za 25 posto. Sudijama je dopušteno da potpuno odstupe od datih opsega ukoliko navedu odgovarajuće otežavajuće ili olakšavajuće okolnosti, ali odstupanja moraju da se opravdaju apelacionom sudu.

Mada smernice jesu obavezujuće, nisu potpuno rigidne. Ne idu ni približno onoliko daleko koliko je to očekivao sudija Frankel. Ostavljaju sudijama znatan manevarski prostor. Međutim, nekoliko studija je, koristeći se raznim metodama i proučavajući razne periode, došlo do istog zaključka: Smernice su suzbile šum. Stručnije rečeno, „smanjile su varijabilnost kazni koja se može pripisati slučajnosti identiteta sudije“.

Najdetaljniju studiju je sprovela sama Komisija. Komisija je uporedila kazne za pljačke banki, dilovanje kokaina, dilovanje heroina i finansijske pronevere 1985. godine, pre stupanja smernica na snagu, s kaznama izrečenim u periodu od 19. januara 1989. do 30. septembra 1990. Za poređenje su

birani počinioци „usklađeni“ po pitanju faktora koji se po smernicama smatraju relevantnim za određivanje kazni. U tom drugom pomenutom periodu, nakon usvajanja Zakona o kaznoj reformi, mnogo su manje varijacije kazni izrečenih od strane različitih sudija.

Po još jednoj studiji očekivane razlike u dužini kazni koje izriču različite sudije iznosile su 17 procenata, ili 4,9 meseci, u periodu 1986–1987. Taj broj u periodu 1988–1993. pada na 11 posto, odnosno na 3,9 meseci. Jedna nezavisna studija, kojom su obuhvaćeni različiti periodi, ukazuje na sličan uspeh u smanjenju dispariteta među sudijama, koji se definiše kao razlike u prosečnim kaznama koje izriču sudije sa sličnim brojem slučajeva za rešavanje.

Uprkos ovim nalazima, kritičari su osuli paljbu po smernicama. Neki ljudi, uključujući i mnoge sudije, smatrali su neke kazne preoštrim – što je stvar pristrasnosti, a ne šuma. Za naše svrhe mnogo je zanimljivija primedba, koju su uputile brojne sudije, kako su smernice duboko nepravedne zato što zabranjuju sudijama da na odgovarajući način uzmu u obzir pojedinosti slučaja. Cena smanjenja šuma bila je neprihvatljiv automatizam odlučivanja. Kejt Stit, profesorka prava na Jeju, i sudija Hoze Kabranes, pišu da „ne postoji potreba za slepom pravdom, nego za uvidom, za pravičnošću“, što je „moguće samo u presudama koje uzimaju u obzir kompleksnost pojedinačnog slučaja“.

Ova primedba stavila je smernice pred velike izazove, neke po pravnim a neke po političkim osnovama. Odolevale su izazovima sve dok ih, iz razloga bez ikakve veze s debatom koju smo ovde rezimirali, Vrhovni sud nije 2005. godine oborio. Po toj sudskoj odluci smernice postaju samo savetodavne. Većina federalnih sudija je bila mnogo zadovoljnija nakon ovakve odluke Vrhovnog suda. Sedamdeset pet posto sudija daje prednost savetodavnom režimu, a tek tri procenta misli da je bolje bilo dok su bile obavezujuće.

Koje su bile posledice davanja savetodavnog statusa smernicama? Profesorka prava na Harvardu Kristal Jang, istraživala je ovo pitanje, ne eksperimentalno ili putem ankete, već kroz obuhvatno ispitivanje izrečenih presuda nad blizu 400.000 optuženika. Njen glavni nalaz je da se po višestrukim merenjima pokazalo da je disparitet presuda zavisno od sudija kojima su slučajevi dodeljeni znatno porastao počev od 2005. godine. Dok su smernice bile obavezujuće, optuženici koji bi dopali relativno strogim sudijama dobijali su za 2,8 meseci duže kazne nego što bi dobili od prosečno strogog sudije. Kada su smernice postale puki saveti, disparitet se *udvostručio*. Poput sudije Frankela koji je govorio četrdeset godina pre nje, Jangova piše da njeni „nalazi predstavljaju razlog za veliku brigu u vezi sa pravičnošću, pošto identitet dodeljenog sudije znatno doprinosi disparitetu postupanja prema sličnim počinioциma sličnih dela“.



Nakon što su smernice postale savetodavne, porasla je verovatnoća da sudije postupaju u skladu sa svojim ličnim vrednostima. Obavezujuće smernice smanjuju i pristrasnost i šum. Posle takve odluke Vrhovnog suda, znatno je porastao disparitet između presuda izrečenih Afroamerikancima i belim optuženicima za iste zločine. Istovremeno je porasla verovatnoća da sutkinje koriste veća diskreciona prava za izricanje blažih presuda. Isto važi i za sudije koje imenuju predsednici iz redova Demokrata.

Obaranjem obavezujućeg statusa smernica tri godine posle smrti sudije Frankela 2002. godine, stanje se vraća na ono što bi on smatrao košmarnim: zakon bez reda.

---

Priča o borbi sudije Frankela za kaznene smernice baca svetlo na nekoliko ključnih stvari koje ćemo obraditi u ovoj knjizi.

Prva: suditi je teško, zato što je svet složeno i neizvesno mesto. Ovo je očigledno u sudskim postupcima, ali važi i za većinu „profesionalnih donetih sudova“, kojim se u najširem smislu obuhvataju i sudovi doktora, medicinskih sestara i tehničara, pravnika, inženjera, nastavnika, arhitekata, holivudskih producenata, članova odbora za zapošljavanje, izdavača knjiga, korporativnih direktora svih vrsta, menadžera sportskih timova i drugih. Neslaganje je neizbežno gde god postoji rasuđivanje.

Druga: razmere ovih neslaganja su mnogo veće nego što očekujemo. Dok tek poneko ima primedbe na „diskreciono pravo sudija“, gotovo niko ne odobrava razmere dispariteta do kojih to dovodi. Sistemski šum, tj. šum u sudskim odlukama koje bi u idealnom slučaju trebalo da su identične, stvara ogromne nepravde i svakovrsnu štetu.

Treća: šum se može smanjiti. Sudija Frankel je zagovarao pristup smanjenja šuma i Kaznena komisija ga je sprovela – kroz pravila i smernice. On predstavlja jedan od nekoliko pristupa koji uspešno smanjuju šum. Druga rešenja više odgovaraju drugim tipovima sudova. Neka uz smanjenje šuma istovremeno smanjuju i pristrasnost.

Četvrta: nastojanja da se smanji šum često bivaju kritikovana i nailaze na ozbiljne poteškoće. I tim problemima se mora pozabaviti ili će borba protiv šuma biti bezuspešna.

#### O ŠUMU PRI IZRICANJU PRESUDA

„Eksperimenti pokazuju velike disparitete među presudama koje različite sudije preporučuju za istovetne slučajeve. To ne može biti fer. Kazna za optuženika ne bi trebalo da zavisi od toga kom sudiji se desi da mu slučaj dopadne.“

„Ne bi trebalo da zavisi ni od raspoloženja sudije na ročištu, niti od spoljne temperature.“

„Smernice su jedan način da se ovaj problem rešava. Ali ne dopadaju nam se zato što ograničavaju diskreciono pravo sudije koje nam je potrebno. Na kraju krajeva, svaki slučaj je jedinstven, zar ne?“