



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Charlotta Winman

Domarens intuition – ett nödvändigt ont?

- en tvärvetenskaplig analys om domarens möjligheter att undvika systematiska tankefel vid bevisprövningen i brottmål

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Christian Dahlman
Termin för examen: VT17

Vi kan vara blinda för det uppenbara, men vi är också blinda för vår egen blindhet.¹

¹ Kahneman, s. 30.

Innehåll

SUMMARY 1

SAMMANFATTNING 3

FÖRORD 5

1. INLEDNING 6

- 1.1 Bakgrund 6
- 1.2 Syfte och frågeställning 8
- 1.3 Perspektiv 8
- 1.4 Disposition 8
- 1.5 Metod och material 9
- 1.6 Forskningsläge 12
- 1.7 Avgränsningar 14
- 1.8 Förklarande begrepp 14
- 1.9 Teoretisk utgångspunkt 15

2. REGLER OCH PRINCIPER SOM STYR BEVISPRÖVNINGEN I BROTTMÅL 22

- 2.1 Oskyldighetspresumtionen 22
- 2.2 Bevisbörda och beviskrav 23
- 2.3 Principen om fri bevisprövning 24

3. MÄNSKLIGT TÄNKANDE 26

- 3.1 System 1 och system 2 - snabbt och långsamt tänkande 26
- 3.2 När intuitionen leder fel - icke-träffsäker intuition och systematiska tankefel 26
- 3.3 Intuitionen kan vara fel trots att den "känns rätt" 28
- 3.4 När intuitionen leder rätt - träffsäker intuition 28
- 3.5 Förutsättningar för träffsäker intuition genom erfarenhet 29
- 3.6 Att skilja mellan träffsäker och icke-träffsäker intuition 31

4. SYSTEMATISKA TANKEFEL VID BEVISPRÖVNINGEN I BROTTMÅL 32

- 4.1 Förbiseende av falsk positiv 32
 - 4.1.1 Fallet Olle Möller 33
- 4.2 Misslyckat motbevisningsförsök tillmäts för stark bevisverkan för den tilltalade 40
 - 4.2.1 Fallet Olle Möller 42
- 4.3 Överskattning av bevismängd 48
 - 4.3.1 Fallet Olle Möller 49

5. ATT UNDVIKA TANKEFEL 56

- 5.1 Det grundläggande problemet 56
- 5.2 Bevisvärdering- snabbt eller långsamt tänkande? 57
- 5.3 Betydelsen av bevisrättsliga regler och principer 60
 - 5.3.1 Domarens skyldighet att motivera sig 61
 - 5.3.2 Oskyldighetspresumtionen 63
 - 5.3.3 Domarens skyldighet att värdera varje enskilt bevis 65
- 5.4 Betydelsen av bevisvärderingsmetoder 65
- 5.5 Betydelsen av domarens förhållningssätt till sin intuition 67
 - 5.5.1 Intuition och bevisvärdering- vad säger forskningen? 68
 - 5.5.2 Intuition och bevisvärdering- några synpunkter i doktrin 69
 - 5.5.3 Är det möjligt att förhålla sig till sin intuition? 73

6. ANALYS OCH SLUTSATSER 74

- 6.1 Avslutande kommentar 77

KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING 79

RÄTTSFALLSFÖRTECKNING 83

Summary

This paper is concerned with *cognitive biases* in legal decision making. A bias is a systematic error in thinking which can be explained by the way the human mind is designed. There are reasons to believe that judges fall prey to biases and errors when they are confronted with evidence in Court.

The author discusses whether it is possible for judges to avoid biases when they evaluate legal evidence in a criminal case, and if so, how such errors can be reduced.

Research on judgment and choice shows that people think in two different ways – intuitively and more slowly. Intuitively processes are also called System 1 processes while deliberative processes are often referred to as System 2 processes. If someone is relying on intuition when confronted with a problem which can only be solved by deliberative thinking, there is a risk of cognitive biases. In order to avoid such errors in evidential reasoning, judges must override their intuition with deliberation.

Research reveals that it is difficult to stop people from relying on their intuition. Thus, it is impossible to eliminate biased reasoning in legal decision making. However, it can be argued that judges can take steps to at least reduce the risk of intuitive thinking, and thereby reduce the risk of cognitive biases in legal decision making.

The conclusion is that judges can make their judgements less intuitive if they use some kind of method to evaluate legal evidence. Furthermore it is important that judges make sure that they evaluate evidence in line with rules and principles underlying the legal system in order to reach well-reasoned decisions, free from errors. But most of all, in order to override their intuition, judges have to learn about intuition and what intuitive thinking can lead to in legal decision making. In other words, judges should study research on judgement and choice. By doing so judges can probably

reduce the risk of falling prey to cognitive biases and thereby increase the likelihood to produce accurate outcomes.

Sammanfattning

I denna uppsats analyseras om, och i så fall hur, domaren kan minska risken för s.k. *systematiska tankefel* vid bevisvärderingen i brottmål. Ett systematiskt tankefel är ett tankefel som vi människor tenderar att göra gång på gång och som uppkommer som en konsekvens av hur det mänskliga tänkandet är konstruerat. Det finns anledning att anta att dessa typer av tankefel också förekommer inom ramen för bevisprövningen i brottmål.

Enligt forskning i kognitiv psykologi kan mänskligt tänkande delas in i *snabbt, intuitivt* tänkande respektive *långsamt* tänkande. Ibland används istället begreppen system 1 och system 2 för att skilja mellan de två sätt som hjärnan arbetar på. Systematiska tankefel uppkommer när man med intuitivt tänkande (system 1) försöker lösa en uppgift som kräver långsamt tänkande (system 2). Att undvika systematiska tankefel vid bevisvärderingen handlar till stor del om att göra bevisvärderingen på ett sätt som främjar långsamt tänkande och som begränsar intuitionens inflytande på bedömningen.

Forskning tyder på att det är mycket svårt att ifrågasätta intuitionen och att upptäcka intuitiva bedömningar som präglas av tankefel. Det sätt som det mänskliga tänkandet fungerar på gör att det inte är möjligt att *helt* undvika tankefel. Det kan emellertid argumenteras för att domaren i *viss mån* kan minska risken för en intuitiv bedömning, och därmed risken för en bedömning präglad av tankefel.

I uppsatsen dras slutsatsen att domaren, genom att värdera bevisningen i enlighet med de regler och principer som styr bevisprövningen i brottmål samt genom att använda sig av en bevisvärderingsmetod, kan göra bevisvärderingen mindre intuitiv än annars. Men störst betydelse när det gäller att undvika systematiska tankefel har sannolikt domarens förhållningssätt till sin intuition. Genom att domaren skaffar sig ett medvetet och kritiskt förhållningssätt till sin intuition skapas de bästa

förutsättningarna för att undvika att intuitionen inverkar på bedömningen och därmed också de bästa förutsättningarna för att meddela en materiellt riktig dom. Ett sådant medvetet och kritiskt förhållningssätt får domaren genom att ta del av forskning om vilken roll som intuitionen spelar för mänskligt tänkande samt vilken betydelse intuitionen har för uppkomsten av tankefel.

Förord

Jag vill rikta ett varmt tack till författarna och advokaterna Lena Ebervall och Per E Samuelson som har låtit mig ta del av deras material om rättsfallet Olle Möller. Jag vill också tacka min handledare Christian Dahlman för värdefulla synpunkter.

Alingsås den 6 maj 2017

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Varje dag fattas i våra domstolar beslut som ibland får livsavgörande konsekvenser för de som berörs av besluten.² Ett exempel är när domstolen ska ta ställning till om det är bevisat att en tilltalad i ett brottmål har gjort sig skyldig till den åtalade gärningen. Det är inte svårt att föreställa sig att denna bedömning ofta är svår och ställer domaren inför komplicerade frågor.³ För att domstolen ska kunna meddela en materiellt riktig dom är det av avgörande betydelse att domstolen gör en objektiv bedömning grundad på rationella skäl.⁴

Det nyss sagda är inget nytt; vikten av att främja objektivitet samt att motverka subjektivitet och godtycke vid bevisvärderingen har ofta framhållits av jurister, lagstiftare och i den traditionella bevisrättsliga litteraturen.⁵ Men inte lika ofta har det i dessa sammanhang talats om de kognitiva mekanismer som styr mänskligt beslutsfattande och som påverkar domares förutsättningar att göra en sådan objektiv och rationell bevisvärdering.⁶

En som har studerat det mänskliga tänkandet är psykologen och forskaren Daniel Kahneman. Han mottog år 2002 nobelpriset i ekonomi för sin forskning om s.k. *systematiska tankefel* när det gäller ekonomiskt beslutsfattande. Ett systematiskt tankefel är ett tankefel som människor tenderar att göra gång på gång och som uppkommer som en konsekvens av hur det mänskliga tänkandet är konstruerat.⁷ Enligt Kahneman finns det ett samband mellan dessa typer av tankefel och *intuitivt tänkande*.⁸

² Jfr Lagnado, s. 185.

³ Jfr Diesen (2015), s. 72.

⁴ Jfr SOU 1938:44, s. 378.

⁵ Se t.ex. SOU 1938:44, s. 377f; Nordh, s. 69; Diesen (2015), s. 54f.

⁶ Jfr Mellqvist i SvJT s. 775.

⁷ Dahlman, s. 10f.

⁸ Se Kahneman och Klein, s. 515-525.

Systematiska tankefel och intuitivt tänkande har observerats inte bara i ekonomiskt beslutsfattande utan är någonting som har ansetts förekomma i andra sammanhang med mänskligt tänkande och beslutsfattande.⁹ I en uppmärksamman amerikansk studie om hur domare dömer, har det hävdats att domare – precis som andra människor – ibland gör intuitiva bedömningar som kan leda till felaktiga beslut.¹⁰ Det finns också annan forskning som stöder antagandet att systematiska tankefel förekommer i juridiskt beslutsfattande.¹¹ När det gäller svenska studier i dessa frågor kan det hänvisas till två kognitionsexperiment där försökspersonerna i ett av experimenten bestod av bl.a. domare verksamma i svenska domstolar.¹² Resultaten av dessa experiment ger anledning att anta att systematiska tankefel förekommer också vid bevisvärderingen i svenska domstolar.

En bedömning som bygger på systematiska tankefel innebär att bedömningen inte grundar sig på alla relevanta omständigheter eller att bedömningen grundar sig på omständigheter som saknar betydelse i sammanhanget.¹³ Det behöver inte framhållas hur viktigt det är att domare gör en bevisvärdering fri från tankefel. Men är det över huvud taget möjligt för domstolen att minska risken för systematiska tankefel vid bevisvärderingen i brottmål och hur ska det i så fall gå till?

⁹ Ang. tankefel i medicinskt beslutsfattande, se Croskerry och Norman (2008); ang. tankefel i företagsledning, se Bazerman (2005); ang. tankefel i politiskt beslutsfattande, se Kahneman och Renshon (2007).

¹⁰ Se Guthrie, m.fl. s. 1-43.

¹¹ Se t.ex. English m.fl. (2006) och Enescu och Kuhn (2012); Jfr Mitchell (2002).

¹² Se Dahlman, Zenker och Sarwar.

¹³ Jfr Dahlman och Zenker, s. 1.

1.2 Syfte och frågeställning

Syftet är att – mot bakgrund av hur det mänskliga tänkandet fungerar – analysera om, och i så fall hur, domaren kan minska risken för systematiska tankefel vid bevisvärderingen i brottmål.

Den övergripande frågan är om kunskap hos domare om hur det mänskliga tänkandet fungerar kan minska risken för systematiska tankefel i bevisvärderingen i brottmål?

De *underfrågor* som uppsatsen behandlar är följande.

- a) Hur fungerar mänskligt tänkande?
- b) Vilken betydelse har intuitionen för uppkomsten av systematiska tankefel?
- c) Med utgångspunkt i svaren under a) och b), hur *bör* domaren *förhålla sig* till intuition vid bevisvärderingen?

1.3 Perspektiv

Fråga c är normativ, och den avser jag att besvara i ett *rättssäkerhetsperspektiv*. Med en rättssäker bevisvärdering avser jag en bevisvärdering som mynnar ut i en *materiellt riktig dom*.

Fråga a) och b) är deskriptiva, dvs. de tar sikte på att beskriva hur det faktiskt ser ut. För att utreda vilka intellektuella processer som styr mänskligt beslutsfattande tar jag avstamp i forskning i *kognitiv psykologi*.

1.4 Disposition

Arbetet är uppdelat i 6 kapitel. I kapitel 2 redovisas de regler och principer som styr bevisprövningen i brottmål. Syftet med denna del är att redogöra för de ”bevisrättsliga spelregler” som domstolen är skyldig att förhålla sig till när den värderar bevis i brottmål.

I kapitel 3 följer ett avsnitt om det mänskliga tänkandet. Syftet med denna del är att förklara hur systematiska tankefel uppkommer och vilken roll som intuitionen spelar för uppkomsten av sådana typer av fel.

I kapitel 4 belyser jag, med hjälp av rättsfallet Olle Möller, tre tankefel som har betydelse på bevisrättens område. Här avser jag att konkretisera hur människans sätt att tänka kan komma till uttryck vid bevisvärderingen i brottmål. Syftet med denna del är också att illustrera hur en bevisvärderingsmetod kan användas för att pröva träffsäkerheten i intuitiva bedömningar i bevisrättsliga frågor. Den metod som används förklaras närmare längre ned.¹⁴

Vidare diskuterar jag i kapitel 5 de åtgärder som kan vidtas av domaren för att undvika att göra tankefel. Närmare bestämt undersöks här betydelsen av bevisrättsliga regler och principer, betydelsen av bevisvärderingsmetoder och betydelsen av domarens förhållningssätt till sin intuition. Här redogörs också för några uppfattningar i doktrin om vilken roll intuitionen spelar, och bör spela, vid bevisvärderingen. Med denna del hoppas jag kunna illustrera den skillnad i inställning till intuition som kan synas mellan å ena sidan domare och personer inom den traditionella bevisrättsliga litteraturen och å andra sidan forskare inom kognitiv psykologi.

I kapitel 6 följer en analys med sammanfattande slutsatser samt en avslutande kommentar.

1.5 Metod och material

För att redogöra för de regler och principer som styr bevisprövningen i brottmål har jag studerat de traditionella rättskällorna, dvs. lag, förarbeten, praxis och doktrin. Jag har alltså använt mig av en rättsdogmatisk metod.¹⁵

Som juriststudent är man under utbildningen angelägen om att lära sig innehållet i gällande rätt. Men ibland glömmar man bort att reflektera över våra praktiska förutsättningar att tillämpa de regler och principer som vi

¹⁴ Se under kap. 1.9.

¹⁵ Korling & Zamboni, s. 21ff.

som färdiga jurister är skyldiga att förhålla oss till. I den här uppsatsen har jag därför valt att se på bevisrättsliga frågor inte enbart i ljuset av de traditionella rättskällorna utan också i ljuset av forskning i kognitiv psykologi. Uppsatsen är alltså av interdisciplinär karaktär.¹⁶

Det har inom ramen för denna uppsats naturligtvis inte varit möjligt att ge en heltäckande bild av den komplexitet som det mänskliga tänkandet uppvisar. Jag har istället förklarat de grundläggande mekanismer som styr mänskligt beslutsfattande och som jag anser är viktiga att känna till för att kunna värdera bevis i enlighet med de regler och principer som gäller för bevisprövningen.

Det är svårt för den som inte har några tidigare kunskaper i kognitiv psykologi att orientera sig i detta ämne och att avgöra vilka forskningsrön som är tillförlitliga. För att sätta mig in i ämnet ”det mänskliga tänkandet” har jag valt att utgå från Daniel Kahnemans forskning. Det är också i huvudsak det material som Kahneman har publicerat som ligger till grund för själva uppsatsen. Hans bok ”*Tänka, snabbt och långsamt*” har varit till stor hjälp under arbetets gång.

Det skulle kunna invändas att, genom att lägga så stor vikt vid en enda källa, arbetet blir ensidigt och onyanserat. Daniel Kahneman anses dock vara den ledande forskaren i ämnet¹⁷ och har som nämnts mottagit nobelpriset i ekonomi för sin forskning. Jag anser därför att det är legitimt att förlita sig på hans arbete i en sådan här uppsats.

För att undersöka vilken bäring Kahnemans forskning har på domare som dömer i domstol har jag utgått från en uppmärksammad amerikansk studie genomförd vid Cornell University Law School.¹⁸ Denna bygger på omfattande forskning i mänskligt beslutsfattande i juridisk kontext och

¹⁶ Olsen, s. 129.

¹⁷ Dahlman, s. 11.

¹⁸ Se Guthrie m.fl.

citeras ofta i litteraturen. Vidare har jag här använt mig av en förhållandevis färsk studie av Christian Dahlman, Frank Zenker och Farhan Sarwar.¹⁹

Denna är mycket relevant just för svenskt vidkommande eftersom försökspersonerna i ett av experimenten som studien avser bestod av praktiskt verksamma jurister i Sverige, däribland domare.

När det gäller de specifika tankefel som jag behandlar har jag, förutom nyss nämnda studie, utgått från Christian Diesens bok, ”*Bevisprövning i brottmål*”. I den har han sammanställt några av de felkällor som kan förekomma vid bevisvärdering.

De slutsatser som dras om de åtgärder som domare kan vidta för att minska risken för tankefel, grundar sig på, förutom Daniel Kahnemans forskning och den tidigare nämnda amerikanska studien, forskning om s.k. ”debiasing” av bl.a. Christian Dahlman och Frank Zenker.²⁰

I den del av uppsatsen som rör tankefel vid bevisprövningen i brottmål har jag valt att konkretisera och exemplifiera de tankefel som jag behandlar med hjälp av ett svenskt rättsfall – fallet Olle Möller. Omständigheterna i det målet är sådana att de kan användas som underlag för att förklara och illustrera de tankefel som jag tar upp. Det ska här särskilt framhållas att fallet Olle Möller *enbart* används som ett *hjälpmedel* för att föra fram teorin bakom dessa tankefel. Genom att göra så hoppas jag kunna göra beskrivningen mindre abstrakt, och därmed lättare för läsaren att ta till sig. Syftet med fallet Olle Möller är alltså inte att analysera om domstolen i det målet faktiskt gjorde sig skyldig till några tankefel.²¹

Under inläsningen av fallet Olle Möller har jag haft stor användning av advokaterna och författarna Lena Ebervalls och Per E. Samuelssons bok

¹⁹ Se Dahlman, Zenker och Sarwar.

²⁰ Se Dahlman och Zenker. Förutom denna har jag använt mig av Dahlman, Zenker, Bååth och Sarwar.

²¹ Den som är intresserad av den frågan föreslås att läsa ”Mördaren i folkhemmet” av Lena Ebervall och Per E Samuelson samt ”Olle Möller och orättvisan” av Henrik Sidoli.

”Mördaren i folkhemmet”. Det material som har legat till grund för de slutsatser som dras med anledning av fallet Olle Möller är dels förundersökningsmaterial och Rådhusrättens dom, dels Henrik Sidolis granskning av fallet, i boken ”Olle Möller och orättvisan”.

För att illustrera de tankefel som uppsatsen behandlar har jag använt mig av Bayesiansk sannolikhets teori och Bayes teorem (se mer om detta längre ned).

1.6 Forskningsläge

Enligt Kahneman råder det i stort sett enighet bland forskare om att människan begår systematiska tankefel.²² Däremot finns det delade meningar om hur vanligt det är med sådana typer av fel. Anhängarna av idéströmningen heuristics and biases (HB), och som Kahneman ansluter sig till, ger uttryck för att systematiska tankefel är ett relativt utbrett fenomen. De har kopplat systematiska tankefel till *intuitivt* beslutsfattande. Anhängarna av idéströmningen naturalistic decision making (NDM) ifrågasätter denna bild. De menar istället att det finns många exempel på intuitiva bedömningar som är träffsäkra, dvs. leder till korrekta beslut.²³

Kahneman har, tillsammans med en av förespråkarna av NDM, undersökt när det går att lita på intuitiva bedömningar och när sådana bedömningar riskerar att leda till systematiska tankefel.²⁴ Under deras samarbete enades de om vilken orsaken är till att anhängarna av HB och NDM har olika uppfattningar om förekomsten av systematiska tankefel. De studier som deras respektive forskning bygger på har historiskt sett genomförts i olika miljöer, och risken för systematiska tankefel är olika stor i dessa olika miljöer. Enligt Kahneman och Klein är motsättningen mellan förespråkarna av HB och NDM skenbar; skiljelinjerna i deras respektive uppfattningar

²² Kahneman, s. 16.

²³ Kahneman och Klein, s. 515-519, 525.

²⁴ Se Kahneman och Klein.

beror inte på att de är oeniga i sakfrågan utan har snarare en historisk och metodologisk förklaring.²⁵

Det finns ett flertal studier som ger stöd för att människor i allmänhet begår systematiska tankefel. När det gäller förekomsten av sådana tankefel i juridiskt beslutsfattande är antalet mer begränsat. Som ett exempel på det senare slaget kan nämnas en amerikansk studie av Chris Guthrie, Jeffery J. Rachlinski och Andrew J. Wistrich,²⁶ och som har legat till grund för denna uppsats. Deras undersökning har gjorts med utgångspunkt i Daniel Kahnemans forskning och behandlar särskilt vilken roll som intuitionen spelar för domare i den dömande verksamheten.

När det gäller hur svenska domare värderar bevis i brottmål finns det mycket få undersökningar. Christian Dahlman har tillsammans med Frank Zenker och Farhan Sarwar publicerat en artikel i den vetenskapliga tidskriften *Law, Probability and Risk*. I den redovisas resultatet av ett kognitionsexperiment som genomfördes vid ett seminarium med Lunds domarakademi 2015. Majoriteten av de domare som deltog i experimentet gjorde sig skyldiga till en form av systematiskt tankefel.²⁷

Avslutningsvis ska sägas att de metodologiska svårigheter som är förenade med att bevisa att en viss metod faktiskt har en begränsande effekt på ett visst systematiskt tankefel gör att det inte är möjligt att dra helt säkra slutsatser om hur domare kan undvika tankefel på grundval av den empiriska forskning som finns.²⁸ Det utgör dock inget hinder mot att analysera frågor av dessa slag med utgångspunkt i den forskning som finns tillgänglig.

²⁵ Kahneman och Klein, s. 515-519, 525.

²⁶ Se Guthrie m.fl.

²⁷ Se Dahlman, Zenker och Zarwar.

²⁸ Jfr Dahlman och Zenker, s. 6.

1.7 Avgränsningar

Det finns flera olika systematiska tankefel som kan uppkomma vid bevisvärderingen i brottmål. Jag har valt ut tre tankefel som jag tror att jurister i allmänhet och domare i synnerhet kan ha nytta av att bli bekanta med.

Här ska också sägas att bevisningen i fallet Olle Möller var mycket omfattande. Jag har av utrymmesmässiga skäl inte kunnat redovisa all den bevisning som förekom i målet. Det har emellertid inte varit nödvändigt för att nå syftet med arbetet.

I uppsatsen gör jag ingen skillnad mellan juridiskt skolade domare och nämndemän. Eftersom de intellektuella processer som styr det mänskliga tänkandet är allmängiltiga har jag inte ansett det vara fruktbart, eller ens nödvändigt, att skilja mellan juridiskt skolade domare och nämndemän för att kunna uppnå mitt syfte med uppsatsen.²⁹

1.8 Förklarande begrepp

Med *domare* och *domstol* avses alla rättens ledamöter, dvs. även nämndemän.

Med *intuition* menas en omedelbar känsla för någonting som har uppkommit genom snabbt tänkande (system 1).

Med *intuitiv bedömning* avses en bedömning som grundar sig på en intuition, och där bedömaren inte har kontrollerat att intuitionen stämmer

²⁹ I svenska förarbeten sägs att juridiskt skolade domare inte är bättre rustade att värdera bevis än personer som saknar juridisk utbildning, se SOU 1926:32; Jfr Diesen (2015), s. 20-29.

med hjälp av långsamt tänkande (system 2). Ibland sägs istället för intuitiv bedömning *instinktiv bedömning*.

Bevisprövning och *bevisvärdering* används synonymt för att beskriva processen när en domstol värderar styrkan hos ett eller flera bevis samt prövar om bevisningens styrka uppfyller beviskravet i brottmål.

1.9 Teoretisk utgångspunkt

Bevisvärdering – en fråga om att uppskatta sannolikheter

En av domstolens huvudsakliga uppgifter i ett brottmål är att ta reda på vad som är bevisat i målet.³⁰ Närmare bestämt ska domstolen avgöra om det är bevisat att den tilltalade har gjort sig skyldig till den gärning som framgår av åtalet. För att domstolen ska komma fram till det krävs att det är ställt utom rimligt tvivel att det har gått till på det sätt som åklagaren har gjort gällande.³¹ Domstolen kan alltså finna åtalet styrkt trots att det råder viss mindre osäkerhet i frågan om skuld. Att det förhåller sig på detta sätt är en ofrånkomlig konsekvens av att det i efterhand är omöjligt att med full säkerhet fastslå vad som verkligen har passerat.³²

Däremot är det möjligt att dra slutsatser om *hur sannolikt* ett påstått händelseförlopp är. Det görs genom att man undersöker konsekvenserna av en påstådd händelse.³³ Enligt ”*Locard’s utbytesprincip*” lämnar varje kontakt från en brottsling spår efter sig. Genom att man undersöker spåren efter ett begånget brott kan man alltså dra slutsatser om hur förövaren har gått till väga vid brottstillfället.³⁴

³⁰ 35 kap. 1 § rättegångsbalken.

³¹ Gregow, s. 510.

³² Diesen (2015), s. 15; Ekelöf, s. 153; Gregow, s. 510.

³³ Nordgaard och Rasmussen, s. 3. Se också Nordgaard och Ansell, ”Statistikens roll i forensiken”, <http://kriminalteknik.nu/statistikens-roll-i-forensiken/> (senast kontrollerad den 6 mars 2017).

³⁴ Seminarium med Nordgaard, den 3 dec 2015.

Om det hade varit så att varje bevis som analyserades i domstol kunde ha tillkommit endast på *ett sätt* hade bevisvärdering varit enkel. Men så ser inte verkligheten ut. Det finns ofta anledning för domstolen att beakta sannolikheten för att ett bevis kan ha orsakats på ett annat sätt än det som åklagaren har gjort gällande.³⁵

Ett bra bevis är ett bevis som ofta förekommer när det man försöker bevisa, dvs. bevisemat, är sant, och som sällan förekommer när bevisemat är falskt. Ett dåligt bevis är ett bevis som ofta förekommer, inte bara när bevisemat är sant, utan också när bevisemat är falskt. Att kunna särskilja bra bevis från dåliga bevis är en förutsättning för att kunna dra säkra slutsatser om åklagarens gärningspåstående och därmed också en förutsättning för att åstadkomma en rättssäker bevisvärdering.³⁶

Bayesiansk sannolikhetsteori och Bayes teorem

Sannolikhetsteori kan vara ett användbart hjälpmedel vid bevisvärdering för att skilja mellan bra och dåliga bevis och för att minska risken för att begå systematiska tankefel.³⁷ I den här uppsatsen kommer jag att använda mig av Bayesiansk sannolikhetsteori för att illustrera de systematiska tankefel som jag behandlar. Utgångspunkten för denna teori är Bayes teorem. Det är en matematisk formel som beskriver hur sannolik en viss händelse är, givet den information om händelsen som bedömaren har. Med hjälp av Bayes teorem kan man räkna ut styrkan hos ett enskilt bevis, samt räkna ut den sammanlagda styrkan hos flera bevis.³⁸ I det följande förklaras Bayes teorem.³⁹

³⁵ Materialsamling, del 1, s. 109f; Nordgaard och Rasmusson, s. 3.

³⁶ Materialsamling, del 1, s. 109f.

³⁷ Jfr Dahlman, s. 6ff.

³⁸ Dahlman, s. 6f.

³⁹ För en mer utförlig redogörelse av Bayes teorem, se t.ex. Nordgaard och Rasmusson, ”The Likelihood Ratio as Value of Evidence”, Law Probability and Risk, 2012.

Att räkna ut beviskraften hos ett enskilt bevis

När man uttalar sig om styrkan hos ett bevis uttalar man sig om hur starkt beviset är i förhållande till ett visst antagande, eller ett visst *bevistema* som antagandet kallas inom bevisrätten. *Beviskraften* hos ett bevis är ett mått på i vilken utsträckning som beviset gör bevistemat mer sannolikt.⁴⁰

Låt oss säga att det har skett ett mord och att det kan konstateras att offret har dödats med en yxa, eller med ett annat liknande föremål. Misstankarna riktas mot X, som sedan åtalas. Ett av bevisen mot X utgörs av en yxa som har hittats i dennes garage. För att ta reda på vilken beviskraft som yxan har i förhållande till bevistemat att X är skyldig till mordet måste bedömaren ställa sig *två* frågor.⁴¹

Den första frågan är hur sannolikt det är att man ska hitta en yxa hemma hos X givet att bevistemat är sant, dvs. att X är skyldig till mordet. Denna fråga tar sikte på att uppskatta sannolikheten för ett s.k. *sant positivt utfall*. Att utfallet är positivt innebär att beviset föreligger och att utfallet är sant betyder att bevistemat är sant.⁴²

Den andra frågan är hur sannolikt det är att man ska hitta en yxa hos X givet att bevistemat är falskt, dvs. att X är oskyldig till mordet. Denna fråga tar sikte på att uppskatta sannolikheten för ett s.k. *falskt positivt utfall*. Att utfallet är positivt innebär att beviset föreligger och att utfallet är falskt innebär att det bevistema som beviset ska utgöra bevis för är falskt.⁴³

När bedömaren väl har uppskattat sannolikheten för ett sant respektive falskt positivt utfall kan beviskraften räkans ut med hjälp av Bayes teorem.

Beviskraften hos ett enskilt bevis får man genom att dividera sannolikheten

⁴⁰ Dahlman, s. 16f.

⁴¹ Jfr Materialsamling 1, s. 114; Jfr Dahlman, s. 16-22.

⁴² Jfr Materialsamling 1, s. 114; Jfr Dahlman, s. 16-22.

⁴³ Jfr Materialsamling 1, s. 114; Jfr Dahlman, s. 16-22.

för ett sant positivt utfall med sannolikheten för ett falskt positivt utfall.⁴⁴

Formeln blir alltså:

Beviskraft = sannolikheten för sant positivt utfall/sannolikheten för falskt positivt utfall

Låt oss säga att vi uppskattar sannolikheten för att hitta en yxa hemma hos X givet att X är mördaren till 50 % (sant positivt utfall). Anta vidare att vi anser att sannolikheten är stor för att hitta en yxa hemma hos X givet att X är oskyldig (falskt positivt utfall); X kanske har en öppen spis hemma och det är i så fall inte särskilt anmärkningsvärt att X äger en yxa som X använder för att hugga ved med. Låt oss säga att sannolikheten för ett falskt positivt utfall är 50 %. Beviskraften hos fyndet av yxan i förhållande till temat att X är skyldig till mordet blir i så fall 1.

Sant positivt utfall: 50 % (0,5)

Falskt positivt utfall: 50 % (0,5)

Beviskraft = $0,5/0,5 = 1$

En beviskraft på 1 innebär att beviset varken talar för eller emot bevisemat.⁴⁵ Yxan är alltså värdelöst som enskilt bevis för att styrka X skuld. För att ett bevis ska öka sannolikheten för att bevisemat är sant måste beviset ha en beviskraft på mer än 1.⁴⁶

*NFC:s skala*⁴⁷

Nationellt Forensiskt Centrum, NFC, är den avdelning inom polisen som undersöker och analyserar forensisk bevisning. I en brottsutredning kan NFC få i uppdrag att besvara frågor såsom ”kommer färgflagorna från den här bilen?”, eller ”är det yxan som har hittats hemma hos X som har orsakat

⁴⁴ Jfr Materialsamling 1, s. 114; Jfr Dahlman, s. 16-22.

⁴⁵ Materialsamling 1, s. 114.

⁴⁶ Materialsamling 1, s. 114.

⁴⁷ Jfr Dahlman, s. 22.

offrets skador”)?⁴⁸ För att utreda frågor av dessa slag använder sig NFC av Bayesiansk sannolikhetsteori och Bayes teorem.⁴⁹

Istället för att uttrycka säkerheten i sina svar i termer av beviskraft använder sig NFC av en sifferskala för att gradera styrkan hos ett bevis. Varje siffra motsvarar en beviskraft enligt ett intervall som framgår av tabellen här nedan.⁵⁰

	Beviskraft
+4	>1 000 000
+3	6 000 - 1 000 000
+2	100 - 6 000
+1	6 -100
0	< 6

Av tabellen framgår att ett bevis som är +1 har en beviskraft på 6-100. Det innebär att det är mellan 6 och 100 gånger mer sannolikt att beviset föreligger om bevistemat är sant än om bevistemat är falskt. Ett bevis som tillskrivs +1 på skalan är alltså ett relativt sett svagt bevis. Ett bevis som tillskrivs +3 är däremot ett starkt bevis; +3 motsvarar en beviskraft på 6 000-1 000 000, vilket innebär att det är minst 6 000 gånger mer sannolikt att beviset föreligger om bevistemat är sant än om det är falskt.⁵¹ Det finns de som hävdar att en beviskraft på 10 000, dvs. +3, är tillräckligt för att beviskravet i brottmål ska anses vara uppfyllt.⁵²

⁴⁸ <http://nfc.polisen.se/om-nfc/undersokning-och-analys/> (senast kontrollerad den 7 mars 2017).

⁴⁹ Se Nordgaard och Rasmusson, s. 1.

⁵⁰ Jfr Dahlman, s. 22f.

⁵¹ <http://nfc.polisen.se/kriminalteknik/logiska-angreppssattet/> (senast kontrollerad den 7 mars 2017); Dahlman, s. 23f.

⁵² Se Dahlman, s. 41; Jfr Nordgaard och Rasmusson, s. 102f.

Att räkna ut värdet av samverkande bevisning

Den sammanlagda styrkan hos ett flertal bevis får man genom att multiplicera beviskraften hos vart och ett av bevisen.⁵³ I exemplet ovan bedömdes fyndet av yxan ha en beviskraft på 1. Endast yxan är som bevis med andra ord värdelös för att styrka X skuld. Men låt oss säga att bevisningen, förutom yxan, består av ytterligare fyra bevis som vart och ett har en beviskraft på 10. Den sammanlagda styrkan hos bevisningen blir då 10 000, dvs. åtalet ska i så fall bifallas.⁵⁴

Samverkande bevisning i ”Yxmålet”:

$$\text{Beviskraft} = 1 \times 10 \times 10 \times 10 \times 10 = 10\,000$$

Kritik mot att använda matematiska formler vid bevisvärdering

Det finns de som är kritiska till att använda sig av matematiska modeller och sannolikhets teori för att analysera styrkan hos bevisning i brottmål.⁵⁵ En typ av kritik som ofta lyfts fram är att det inte går att exakt uttrycka olika sannolikhets samband i siffror. Den som t.ex. uttalar sig om hur sannolikt det är att man ska hitta en yxa hemma hos X givet att X är skyldig (sant positivt utfall) kan bara göra det genom rena gissningar och grova uppskattningar om hur världen förhåller sig. Det innebär att den beviskraft som bedömaren kommer fram till med hjälp av Bayes teorem inte kan vara någonting annat än bedömaren subjektiva uppfattning om hur stark bevisningen är. Dessutom kan den som uttrycker bevisningens styrka i numeriska värden få en falsk känsla av att resultatet speglar en absolut sanning, och vara blind

⁵³ Dahlman, s. 46. Detta gäller under förutsättning att respektive bevis är oberoende från varandra. För mer härom se Dahlman, s. 55-59.

⁵⁴ Jfr Dahlman, s. 47. Här bortses ifrån den eventuella motbevisning som kan finnas i målet, och som talar för att bevisemat är falskt. För mer om hur beviskraften påverkas av motverkande bevisning, se t.ex. Dahlman, s. 50f.

⁵⁵ Se t.ex. Nordh, s. 33; Diesen (2015), s. 51; Ekelöf, s. 202.

inför det uppenbara att bedömningen vilar på en mer eller mindre osäker grund.⁵⁶

Oavsett hur man väljer att värdera bevisningens styrka, om det är med ord eller med siffror, kommer man inte ifrån att värdering av bevis ytterst grundar sig på uppskattningar och antaganden om hur världen förhåller sig.⁵⁷ Bevisvärdering är komplext och det upphör inte att vara det bara för att man tar hjälp av Bayes teorem när man räknar ut bevisningens styrka. Så länge man är medveten om detta är Bayes teorem dock ett användbart hjälpmedel vid bevisvärderingen; modellen underlättar för bedömaren att skilja mellan bra och dåliga bevis samt minskar risken för att bedömaren begår systematiska tankefel.⁵⁸

⁵⁶ Diesen (2015), s. 43, 74.

⁵⁷ Jfr <http://nfc.polisen.se/kriminalteknik/logiska-angreppssattet/> (senast kontrollerad den 7 mars 2017); Dahlman, s. 6f.

⁵⁸ Jfr Dahlman, s. 7f.

2 Regler och principer som styr bevisprövningen i brottmål

2.1 Oskyldighetspresumtionen

För att åtal ska få väckas krävs att åklagaren anser att det finns tillräckliga bevis för att en misstänkt person har begått ett brott.⁵⁹ Det är lätt att föreställa sig att kunskapen om de överväganden som ligger bakom ett åtalsbeslut kan bidra till att domstolen, redan innan den har prövat bevisningens styrka, utgår från att sannolikheten är hög för att den tilltalade har gjort sig skyldig till den gärning som åklagaren har angett.⁶⁰ Detta är dock ett synsätt som domstolen vid bevisvärderingen måste frigöra sig från. Det följer av den s.k. oskyldighetspresumtionen.⁶¹

Enligt oskyldighetspresumtionen är domstolen skyldig att betrakta den tilltalade som oskyldig till dess hans skuld lagligen fastställts.⁶² Denna presumtion utgör en slags ”fiktiv startsannolikhet” för den tilltalades skuld, som vid början av rättegången befinner sig i närheten av 0 %. Den är fiktiv, eftersom startsannolikheten för att den tilltalade är skyldig i själva verket överstiger 0 %.⁶³

Oskyldighetspresumtionen ska ses i ljuset av att det anses vara mer förkastligt att döma en oskyldig än att fria tio skyldiga. En grundläggande tanke bakom presumtionen är att minimera risken för att någon blir oskyldigt dömd.⁶⁴

⁵⁹ https://www.aklagare.se/om_rattsprocessen/fran-brott-till-atal/atalbeslutet/ (senast kontrollerad den 24 mars 2017).

⁶⁰ Nowak, s. 66; Diesen (2015), s. 81.

⁶¹ Dahlman, s. 36.

⁶² Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och grundläggande friheterna, Art. 6 p. 2.

⁶³ Dahlman, s. 14, 36; Nowak, s. 31.

⁶⁴ Nowak, s. 19, 50.

2.2 Bevisbörda och beviskrav

Utgångspunkten för bevisprövningen i brottmål är alltså att den tilltalade är oskyldig.⁶⁵ För att en domstol ska komma fram till att den tilltalade är skyldig måste *åklagaren bevisa* att den tilltalade har gjort sig skyldig till den gärning som framgår av åtalet. Åklagaren bär med andra ord *bevisbördan* för den tilltalades skuld.⁶⁶

För att fullgöra sin bevisbörda måste åklagaren lägga fram bevis som med tillräcklig styrka talar för den tilltalades skuld. Den styrka som krävs av bevisningen anges av beviskravet.⁶⁷ I brottmål gäller att det ska vara ”*ställt utom rimligt tvivel*” att den tilltalade har gjort sig skyldig till den gärning som framgår av åtalet för att beviskravet ska vara uppfyllt.⁶⁸

Bevisprövningen tar sikte på att utreda om det finns alternativa händelseförlopp till åklagarens gärningspåstående som gör att det finns rimligt tvivel om den tilltalades skuld.⁶⁹

Det har på olika håll gjorts försök att precisera beviskravet. T.ex. har det ansetts att ett rimligt tvivel finns om ett alternativt händelseförlopp till åklagarens gärningspåstående framstår som ”tänkbart”, ”fullt tänkbart”, ”möjligt” eller ”praktiskt möjligt”.⁷⁰ Det har också sagts att om det praktiskt sett framstår som uteslutet att den åtalade är oskyldig är beviskravet uppfyllt.⁷¹

Beviskravet har också uttrycks i termer av sannolikhet. F.d. justitierådet Göran Lambertz har ansett att, för att passera gränsen för ett rimligt tvivel,

⁶⁵ Se ovan.

⁶⁶ Ekelöf, s. 150.

⁶⁷ Ekelöf, s. 151.

⁶⁸ NJA 1980, s. 725; NJA 1996, s. 176.

⁶⁹ Ekelöf, s. 152.

⁷⁰ Lambertz, s. 3.

⁷¹ Gregow, s. 510.

måste bevisningen tala för den tilltalades skuld med minst 98 %.⁷² Vidare har det framhållits i doktrin att tvivlet ska kunna motiveras logiskt, dvs. tvivlet ska vara rationellt.⁷³

2.3 Principen om fri bevisprövning

I svensk rätt gäller principen om fri bevisprövning. Det innebär dels att det inte finns några begränsningar om vilka kunskapskällor som domstolen får grunda sin bedömning i skuldfrågan på, dels att det inte finns några regler om vilken styrka som domstolen ska tillmäta viss bevisning.⁷⁴ I rättegångsbalken sägs endast att ”rätten skall efter samvetsgrann prövning av allt, som förekommit, avgöra, vad i målet är bevisat.”⁷⁵

Principen om den fria bevisprövningen innebär inte att domstolen får lov att genomföra bevisvärderingen hur som helst. Tvärtom är domstolen skyldig att hålla sig till vissa riktlinjer när den värderar bevis i ett brottmål. Det framgår av motiven till rättegångsbalken.⁷⁶

För det första ska bevisvärderingen göras genom en *objektiv bedömning* grundad på *rationella skäl*. Rätten får inte grunda sitt avgörande på en rent subjektiv uppfattning om bevisningens styrka.⁷⁷

För det andra ska domstolen värdera värdet av varje enskilt bevis innan den avgör om åtalet är styrkt. Det är med andra ord inte tillåtet för domstolen att grunda sin bedömning på totalintrycket av bevisningen i målet.⁷⁸

För det tredje ska domstolen grunda sin bedömning endast på det som har framkommit under rättegången. Det är dock tillåtet för domstolen att vid

⁷² Lambertz, s. 4; Jfr Dahlman, s. 38.

⁷³ Ekelöf, s. 153.

⁷⁴ SOU 1938:44, s. 377.

⁷⁵ Rättegångsbalken, 35:1.

⁷⁶ SOU 1938:44, s. 377f; Nordh, s. 39.

⁷⁷ SOU 1938:44, s. 377f; NJA 2015, s. 702; Nordh, s. 39.

⁷⁸ SOU 1938:44, s. 378; Nordh, s. 39.

bevisvärderingen använda sig av allmänna erfarenhetsstaser och omständigheter som är allmänt veterliga, utan att dessa har kommenterats av parterna under rättegången.⁷⁹

För det fjärde ska domstolen motivera hur den har värderat bevisningen i målet. Denna skyldighet framgår dels av motiven till rättegångsbalken⁸⁰, dels av en bestämmelse i rättegångsbalken som stadgar att domen ska innehålla uppgift om vad som är bevisat i målet.⁸¹

⁷⁹ SOU 1938:44, s. 378; 35:2, rättegångsbalken; Nordh, s. 40f.

⁸⁰ SOU 1938:44, s. 378. Nordh, s. 41.

⁸¹ 30:5, rättegångsbalken.

3 Mänskligt tänkande

I detta kapitel undersöks hur det mänskliga tänkandet fungerar med utgångspunkt i forskning i kognitiv psykologi. Denna forskning ger anledning att anta att de bedömningar som vi människor gör i stor utsträckning baseras på vår intuition, samt att intuitiva bedömningar under vissa förutsättningar kan ge upphov till systematiska tankefel.⁸²

3.1 System 1 och system 2 – snabbt och långsamt tänkande

Enligt den s.k. *tvåsystemteorin* arbetar hjärnan enligt två olika system, system 1 och system 2. De tankeprocesser som sker i system 1 och system 2 skiljer sig väsentligen från varandra. System 1 arbetar *snabbt*, medan system 2 arbetar jämförelsevis *långsamt*. Det snabba tänkandet (system 1) sker automatiskt och omedvetet och det långsamma tänkandet (system 2) behöver aktiveras för att arbeta och generera tankar. System 1 ger hela tiden, vare sig vi vill det eller inte, upphov till *intuitioner*. Om det långsamma tänkandet (system 2) ”godkänner” en intuition blir vi övertygade om att den stämmer; vi får med andra ord en stark känsla av att någonting förhåller sig på ett visst sätt.⁸³

3.2 När intuitionen leder fel – icke-träffsäker intuition och systematiska tankefel

Psykologen och forskaren Daniel Kahneman har i flera sammanhang varnat för att de intuitioner som skapas av system 1 *ibland* ger upphov till systematiska tankefel, s.k. snedvridningar eller kognitiva bias.⁸⁴ Enligt

⁸² Kahneman s. 17-20.

⁸³ Kahneman, s. 27, 31.

⁸⁴ Se t.ex. Kahneman och Tversky, Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases, *Science*, New Series, Vol. 185, No. 4157. (Sep. 27, 1974), pp. 1124-1131; Kahneman, *Tänka, snabbt och långsamt*, 2013.

Kahneman kan fenomenet med systematiska tankefel förklaras av sätten som system 1 och system 2 arbetar på.⁸⁵

System 1 tolkar omvärlden genom att tillämpa olika tumregler (heuristik). Dessa tumregler bygger på antaganden om hur världen förhåller sig. Den uppsättning av tumregler som vi människor har tillgång till är omfattande och varje regel är förhållandevis träffsäker, vilket innebär att vår intuition *ofta* leder till en korrekt bedömning. Ibland händer det att system 1 tillämpar en tumregel som ger en missvisande eller direkt felaktig bild av verkligheten. Kahneman beskriver det som att system 1 besvarar en lättare fråga än den som är föremål för bedömning, vilket han kallar för *substitution*.⁸⁶ En intuition tillkommen genom substitution kallas här för en *icke-träffsäker intuition*, icke-träffsäker i den bemärkelsen att den kan leda till ett systematiskt tankefel.⁸⁷

En icke-träffsäker intuition kan leda till att vi begår ett systematiskt tankefel – men inte nödvändigtvis. Det är först om vi förlitar oss på en sådan intuition som tankefelet blir en realitet. Huruvida vi väljer att tro på vår intuition beror på om system 2 accepterar den. System 2 kan liknas vid en kontrollant som ska granska de intuitioner som system 1 levererar. Till skillnad från system 1 kan system 2 – med viss ansträngning – se logiska samband och förhålla sig till statistik. System 2 spelar därmed en viktig roll för det mänskliga intellektet på det sättet att det bidrar med ett mer kritiskt och ifrågasättande förhållningssätt till vår omvärld än system 1 samt hjälper oss att lösa uppgifter som kräver analytiskt tänkande. System 2 arbetar dock efter devisen om minsta möjliga ansträngning. Det innebär att vissa intuitioner som tillkommit genom substitution inte kommer att uppmärksammas av system 2. I ett sådant fall kommer den icke-träffsäkra intuitionen att ge upphov till ett systematiskt tankefel; den icke-träffsäkra intuitionen leder bedömaren fel.⁸⁸

⁸⁵ Kahneman, s. 466ff.

⁸⁶ Kahneman, s. 19, 31, 113ff, 467; Dahlman, s. 11.

⁸⁷ Jfr Kahneman och Klein, s. 521, ”imperfect intuition”; Jfr Kahneman, s. 18.

⁸⁸ Kahneman, s. 30ff., 47, 52-55, 115f, 467; Dahlman, s. 11.

3.3 Intuitionen kan vara fel trots att den ”känns rätt”

En intuition behöver inte ge en korrekt bild av verkligheten. Detta är inte särskilt svårt att ta till sig. De flesta av oss har vid ett flertal tillfällen varit med om att det i efterhand har visat sig att den starka känsla som vi först hade var fel. Så snart man har ett facit kan det vara enkelt att erkänna och förstå sina misstag. Men innan man har tillgång till ett sådant facit kan den intuitiva känslan framstå som fullt rimlig, trots att den inte är det.⁸⁹

Följande räkneexempel kan illustrera det nyss sagda:⁹⁰

”Ett slagträ och en boll kostar 1,10 dollar. Slagträet kostar en dollar mer än bollen. Hur mycket kostar bollen?”

Forskare som har låtit amerikanska studenter från några av USA:s mest prestigefyllda universitet ta sig an räkneexemplet ovan fann att mer än hälften av studenterna svarade att bollen kostade 10 cent. Samma svar gavs av majoriteten av de domare som i ett annat sammanhang har ställts inför räkneuppgiften. *Instinktivt* kan detta svar verka riktigt, men det är fel. Det rätta svaret är 5 cent ($5 \text{ cent} + 1,05 \text{ dollar} = 1,10 \text{ dollar}$). Av detta och av andra liknande exempel kan den slutsatsen dras att känslan av att en intuition stämmer inte säger någonting om huruvida den är träffsäker eller inte.⁹¹

3.4 När intuitionen leder rätt – träffsäker intuition

Hittills har talats om intuition grundad på heuristik, dvs. intuition som har uppkommit genom en tumregel. En intuitiv bedömning grundad på heuristik kan vara träffsäker.⁹² Men ibland sker substitution som genererar en icke-

⁸⁹ Kahneman, s. 10, 52ff, 239.

⁹⁰ Exempel hämtat från Frederick, s. 26f. Se också Kahneman, s. 52.

⁹¹ Kahneman, s. 52f. Beträffande domarnas resultat, se Guthrie m.fl. s. 16.

⁹² Kahneman och Klein, s. 522.

träffsäker intuition. Om denna icke-träffsäkra intuition inte uppmärksammas av system 2 begår vi ett systematiskt tankefel; intuitionen leder med andra ord fel. Det finns därför anledning att vara kritisk till intuitioner som har grundats på heuristik.⁹³

Förutom intuitioner som tillkommit genom heuristik (tumregler) finns intuitioner som baseras på kunskap och erfarenhet. Denna typ av erfarenhetsbaserad intuition är ofta träffsäker. En intuition grundad på kunskap och erfarenhet utgör med andra ord en användbar och effektiv vägvisare när det gäller att fatta korrekta beslut.⁹⁴

Den som får en intuition och vill avgöra om den bör ifrågasättas eller tas på allvar ska alltså fråga sig om det rör sig om en intuition grundad på kunskap och erfarenhet eller om det rör sig om en intuition grundad på heuristik. Forskning tyder på att erfarenhetsbaserad intuition endast kan förvärvas under vissa förutsättningar⁹⁵, vilka utvecklas närmare här nedan.

3.5 Förutsättningar för träffsäker intuition genom erfarenhet

I Nationalencyklopedin definieras intuition som ”en filosofisk term för omedelbar uppfattning av ett objekt där alla moment uppfattas direkt, utan stöd av *erfarenhet* eller intellektuell analys”.⁹⁶ Denna förklaring ger i detta sammanhang en missvisande och ensidig bild av vad intuition är.⁹⁷ Som tidigare nämnts kan en intuitiv känsla hos en person grunda sig på kunskaper, eller *erfarenheter*, som den personen har skaffat sig under sitt liv. Ibland har den erfarenhet som intuitionen grundar sig på förvärvats under yrkesutövning. Som exempel kan nämnas att en läkare, direkt och utan eftertanke, kan ”känna på sig” vilken behandling som är mest lämplig för att en patient ska bli frisk. Läkaren får med andra ord en *träffsäker*

⁹³ Kahneman och Klein, s. 522; Kahneman, s. 272f.

⁹⁴ Kahneman och Klein, s. 519; Kahneman, s. 17, 272f.

⁹⁵ Se Kahneman och Klein, 515-525.

⁹⁶ Nationalencyklopedin, intuition.

<http://www.ne.se/uppslagsverk/encyklopedi/lång/intuition> (hämtad 2017-01-14), min kursivering.

⁹⁷ Jfr Kahneman och Klein, s. 520.

intuition, träffsäker i den bemärkelsen att intuitionen leder till en korrekt bedömning.⁹⁸

Personer inom vissa yrken, t.ex. läkare, kommer under sitt arbete att lära sig att känna igen olika typer av situationer och att koppla samman dem med en effektiv och lämplig åtgärd. T.ex. lär sig läkaren att *om* det kommer in en patient med en viss symtombild *så* ska läkaren ordinera en viss behandling. Denna inlärningsprocess kan beskrivas som att yrkespersonen, i detta fall läkaren, skapar en mental karta över en mängd ”om-så-satser” som lagras i system 1. När situation x inträffar genererar system 1, med utgångspunkt i den mentala kartan, förslag y, vilket yttrar sig i att läkaren får en stark känsla eller intuition för y.⁹⁹

För att en om-så-sats ska vara (allmän) giltig och träffsäker måste den spegla en verklighet som är regelbunden, dvs. om x så *alltid* y, inte om x så *ibland* y. Den som verkar i en *regelbunden miljö* har bättre förutsättningar att skapa en mental karta över giltiga om-så-satser, och därmed bättre förutsättningar att göra träffsäkra bedömningar grundade på sin intuition.¹⁰⁰

För att någon över huvud taget ska kunna skapa en sådan mental karta som här avses måste det vara tydligt för personen ifråga att x leder till y. För att återknyta till exemplet med läkaren måste denne *inse* att om en patient med en viss symtombild får en viss behandling så blir patienten frisk, för att denna sats ska lagras i minnet som en erfarenhet. Denna insikt får läkaren genom att observera effekten av att denne agerar på ett visst sätt. Man skulle också kunna uttrycka saken så, att effekten utgör ett slags facit på om läkarens agerande var riktig utifrån den rådande situationen. Kahneman talar om att träffsäker intuition genom erfarenhet, förutom en regelbunden miljö, förutsätter en möjlighet att lära sig regelbundenheten genom *snabb och tydlig feedback*.¹⁰¹

⁹⁸ Kahneman och Klein, s. 516, 519f.; Kahneman, s. 265f., 467f.

⁹⁹ Kahneman, s. 265-270; Kahneman och Klein, s. 516. Kahneman talar inte om ”om-så-satser”, utan om regelbundenheter och mönster.

¹⁰⁰ Kahneman och Klein, s. 520; Kahneman, s. 268ff.

¹⁰¹ Kahneman, s. 269, 271f.; Kahneman och Klein, s. 520.

3.6 Att skilja mellan träffsäker och icke-träffsäker intuition

Träffsäker intuition är vanligare bland vissa yrkesgrupper än hos andra. Det beror på att vissa ”yrkespersoner” verkar i en regelbunden miljö med möjlighet till snabb och tydlig feedback, t.ex. läkare, medan vissa yrkespersoner verkar i en miljö där sådana förutsättningar saknas, t.ex. domare.¹⁰²

Den som verkar i en miljö där förutsättningarna för att få en erfarenhetsbaserad intuition saknas, kan också få en intuitiv känsla för någonting. Intuitionen är i så fall sannolikt baserad på heuristik och kan ha uppstått genom substitution.¹⁰³ Det har tidigare förklarats att en intuition tillkommen genom substitution är icke-träffsäker och kan, om den inte uppmärksammas av system 2, ge upphov till ett systematiskt tankefel.¹⁰⁴

Det är inte möjligt att ”känna sig till” om en intuition är baserad på erfarenhet (sannolikt träffsäker) eller om den har tillkommit genom substitution (icke-träffsäker). Genom att undersöka den miljö där intuitionen har uppstått går det dock att dra en något sånär säker slutsats om det rör sig om en intuition av det ena eller andra slaget, och därmed kunna bilda sig en uppfattning om intuitionen bör litas på eller ifrågasättas.¹⁰⁵

¹⁰² Jfr Kahneman och Klein, s. 520; Kahneman, s. 270ff. Att domare verkar i en oregelbunden miljö utvecklas längre ned.

¹⁰³ Kahneman och Klein, s. 521f.; Kahneman, s. 273.

¹⁰⁴ Se kap. 3.2.

¹⁰⁵ Kahneman och Klein, s. 522; Kahneman, 273. En annan sak är att det kan vara svårt att avgöra om en miljö är regelbunden eller inte, och av den anledningen svårt att veta hur man bör förhålla sig till en intuition, jfr Kahneman och Klein, s. 520.

4 Systematiska tankefel vid bevisprövningen i brottmål

En förutsättning för att kunna upptäcka och förhindra tankefel är enligt Kahneman att man lär sig att känna igen dessa typer av fel.¹⁰⁶ I denna del behandlas därför några av de tankefel som har betydelse på bevisrättens område.

4.1 Förbiseende av falsk positiv¹⁰⁷

Tidigare har det i uppsatsen förklarats att styrkan hos ett bevis inte enbart är beroende av sannolikheten för ett sant positivt utfall, utan beviskraften påverkas också av sannolikheten för ett falskt positivt utfall.¹⁰⁸ Den som förbiser sannolikheten för ett falskt positivt utfall gör sig skyldig till en form av tankefel som kallas för ”miss rate neglect”¹⁰⁹ eller ”förbiseende av falsk positiv”.¹¹⁰

Förbiseende av falsk positiv kan ta sig olika uttryck. Det kan handla om att:

- helt bortse från sannolikheten för ett falskt positivt utfall eller,
- underskatta vilken betydelse som förändringar av storleken på ett falskt positivt utfall har för beviskraften eller,
- bortse från omständigheter som påverkar sannolikheten för ett falskt positivt utfall.¹¹¹

I Sverige har det genomförts två experiment som ger anledning att anta att människor gör sig skyldiga till tankefel b) respektive c). I det ena

¹⁰⁶ Kahneman, s. 34f.

¹⁰⁷ Dahlman, s. 28.

¹⁰⁸ Se kap. 1.9.

¹⁰⁹ Se Dahlman, Zenker och Sarwar.

¹¹⁰ Se Dahlman, s. 28.

¹¹¹ Se Dahlman, Zenker och Sarwar, under rubriken ”Miss rate neglect”.

experimentet bestod testpersonerna av bl.a. domare verksamma i svenska domstolar. En klar majoritet av de domare som deltog i studien underskattade vilken betydelse som förändringar av storleken på ett falskt positivt utfall har för beviskraften (tankefel b).¹¹²

Kahnemans teori om människans sätt att tänka kan ge en förklaring till varför människor tycks ha svårt att förhålla sig korrekt till sannolikheten för ett falskt positivt utfall. Det kan antas att ”vårt system 1 tänkande inte uppfattar beviskraft som en kvot mellan sannolikheten för ett sant positivt utfall och sannolikheten för ett falskt positivt utfall, utan bara tänker på beviskraft som sannolikheten för ett sant positivt utfall. För att ta hänsyn till sannolikheten för ett falskt positivt utfall behöver vi koppla in system 2.”¹¹³

Konsekvensen av förbiseende av falsk positiv är att styrkan hos ett bevis kan komma att över- eller underskattas.¹¹⁴ Det finns alltså all anledning att göra jurister, och då inte minst domare, uppmärksamma på denna typ av tankefel. Ett konkret exempel hämtat från fallet Olle Möller kan illustrera vikten av att analysera sannolikheten för ett falskt positivt utfall vid bevisvärderingen.

4.1.1 Fallet Olle Möller

Den 8 december 1939 hittades den 10-åriga flickan Gerd Johansson mördad i ett skogsparti intill Lötsjön, utanför centrala Stockholm.¹¹⁵ Flickan hade varit försvunnen sedan 17-tiden fredagen den 1 dec samma år, då vittnen påstod sig ha sett Gerd föras bort av en man i bil.¹¹⁶ Av den rättsmedicinska utredningen konstaterades att Gerd hade strypts till döds och att hon dessförinnan hade blivit utsatt för brutalt sexuellt våld.¹¹⁷

¹¹² De två experimenten redovisas i Dahlman, Zenker och Sarwar.

¹¹³ Dahlman, s. 31.

¹¹⁴ Se Dahlman, Zenker och Sarwar, under rubriken ”Introduction”.

¹¹⁵ Fup. daterad 18 dec 1940, s. 19f.

¹¹⁶ Fup. daterad 18 dec 1940, s. 9-14.

¹¹⁷ Fup. daterad 18 dec 1940, s. 74.

På Gerds kappa fann polisen hårstrån som ansågs komma från en schäferhund samt textilfibrer av jutesäckväv.¹¹⁸ Sedan tips inkommit till polisen om att löparstjärnan Olle Möller ägde en schäferhund och hade bil, samt att han ”vore känd för att visa intresse för minderåriga flickor och ha förbindelse med ett stort antal kvinnor” riktades misstankarna mot Möller.¹¹⁹

Den 7 mars 1941 dömdes Möller mot sitt nekande av Rådhusrätten till 10 års straffarbete för försök till våldtäkt samt misshandel varav döden följt.¹²⁰ Möller överklagade domen till Svea Hovrätt, och senare till HD. Liksom Rådhusrätten ansåg Hovrätten och HD Möller vara skyldig.¹²¹

Ett av huvudbevisen mot Möller utgjordes alltså av de hårstrån av schäfer som fanns på offret Gerds kappa.¹²² Åklagaren menade att hundhåren tillhörde Möllers schäferhund.¹²³ Låt oss till en början utgå från att åklagarens påstående beträffande hårstrånas härkomst stämmer, dvs. att de hår som säkrades på Gerds kappa verkligen tillhörde Möllers schäferhund. Vilken beviskraft har i sådana fall hårfynden i förhållande till det övergripande bevistemat att Möller är mördaren? För att besvara denna fråga måste det undersökas vilken sannolikheten är dels för ett sant positivt utfall, dels för ett falskt positivt utfall. Jag börjar med att utreda det förra utfallet.

Sannolikheten för att hårstrån från Möllers schäferhund ska finnas på Gerds kappa givet att Möller var mördaren får anses vara hög; det är allmänt känt att hundar hårar och det kan antas att hårstrån från Möllers hund kan ha

¹¹⁸ Fup. daterad 18 dec 1940, s. 22f.

¹¹⁹ Fup. daterad 18 dec 1940, s. 76.

¹²⁰ Se Rådhusrättens dom meddelad den 7 mars 1941.

¹²¹ Se Svea Hovrätts dom meddelad den 14 mars 1942 och Högsta domstolens dom meddelad den 26 juni 1942.

¹²² Sidoli, s. 12. Här utgås ifrån att det är klarlagt att det var hundhår av schäfer på Gerds kappa. Den professor som genomförde underökningen av hundhåren på kappan fann att hårstråna otvivelaktigt härstammade från en schäferhund, Jfr Medicinalstyrelsen utlåtande som inhämtades i målet vid Svea Hovrätt, PM, D.n:r 2335 M/1941.

¹²³ Se Rådhusrättens dom.

avsatts på de platser där hunden vistades tillsammans med Möller. Låt oss därför uppskatta sannolikheten för ett sant positivt utfall till 90 %.

När det gäller sannolikheten för ett *falskt positivt utfall* måste det undersökas om Gerd kan ha fått hundhåren på sig utan att Möller har mördat henne. Det är här av betydelse att det på Gerds kappa fanns ett stort antal hundhår. Några av dessa fanns på undersidan av kragen på kappan.¹²⁴ Mot den bakgrunden framstår det som osannolikt att Gerd endast skulle ha haft en flyktig kontakt med hunden, antingen direkt eller indirekt genom att ha vistats på en plats där hunden kan ha avsatt sina hår. En alternativ hypotes till åklagarens påstående, som går att förena med mängden hundhår på kappan, är att Gerd har stött på Möller och hans hund och att hon fått hundhåren på sig genom att hon t.ex. har lekt med hunden eller att hon har fått skjuts av Möller i hans bil, i vilken hunden ofta vistades.

Möller uppgav att han inte någon gång stötte på Gerd.¹²⁵ I den situation som han befann sig i kan det i och för sig inte förväntas att han skulle erkänna att han varit i kontakt med Gerd, även om han var oskyldig, eftersom det hade kunnat åberopas av åklagaren som ett tecken på Möllers skuld. Det kan därför inte uteslutas att det kan ha gått till på det sätt som har redovisats i stycket ovan. Sannolikheten för ett sådant händelseförlopp får dock bedömas som mycket liten; av vad som framkommit av utredningen fanns ingen annan koppling mellan Gerd och Möller än att de bodde i samma stad.¹²⁶

En alternativ förklaring till den som har getts nyss är att Gerd har fått hundhåren på sig utan att ha varit i direkt kontakt med Möller. Med tanke på den stora mängden hundhår på kappan får antalet platser som Gerd kan ha fått håren på sig antas ha varit relativt begränsat. En tänkbar plats kan ha varit Möllers bil där hunden ofta fanns. Enligt Möller var det ingen annan än

¹²⁴ Fup, daterad 18 dec 1940, s. 22.

¹²⁵ Se Rådhusrättens dom.

¹²⁶ Jfr fup, daterad 18 dec 1940.

han själv som hade tillgång till hans bil den dagen då Gerd försvann.¹²⁷
Sannolikheten för att Gerd har befunnit sig i Möllers bil utan hans vetskap framstår som ytterst liten.

Mot bakgrund av det nyss sagda får sannolikheten för att Gerd ska ha fått Möllers hunds hår på sig om han vore oskyldig antas vara mycket liten. Nedan redovisas hur beviskraften påverkas av storleken på ett falskt positivt utfall.

Sann positiv	Falsk positiv	Beviskraft
90 %	0,1 %	900
90 %	1 %	90
90 %	5 %	18

Av tabellen framgår att beviskraften hos hårfynden varierar stort beroende på vilken sannolikheten är för ett falskt positivt utfall. I förlängningen kan bedömningen av falsk positiv få stor betydelse när det gäller frågan om åtalet som helhet ska anses styrkt. En beviskraft om 900 kan tillsammans med ett enstaka bevis med avsevärt lågt bevisvärde räcka för att komma upp i en beviskraft om 10 000, vilket har ansetts krävas för att uppfylla det gällande beviskravet i brottmål.¹²⁸ Om beviskraften istället uppskattas till 18 är hårfynden som bevis långt ifrån tillräckligt för att det ska vara ställt utom rimligt tvivel att Olle Möller var skyldig.

Hittills har det vid analysen av hårfyndens beviskraft förutsatts att hårstråna på Gerds kappa verkligen kom från Möllers schäfer. Under rättegången uppkom dock frågan om hundhåren på kappan verkligen kom från Möllers

¹²⁷ Se Rådhusrättens dom och Sidoli, s. 274.

¹²⁸ Se kap 1.9.

hund.¹²⁹ Låt oss undersöka hur beviskraften hos hårfynden påverkas av osäkerheten om varifrån håren kom.

Till stöd för att det varit Möllers hund som avsatt hundhåren på kappan åberopade åklagaren ett sakkunnigutlåtande.¹³⁰ Av utlåtandet framgick att hårstråna på Gerds kapp och hårstråna från Möllers hund uppvisade *synnerligen god överensstämmelse*.¹³¹ När det gäller sannolikheten för ett sant positivt utfall måste bedömaren ställa sig frågan hur sannolikt det är att de respektive proverna uppvisar synnerligen god överensstämmelse givet att det är fråga om hundhår från samma hund. Under förutsättning att hundhår från en och samma individ är lika varandra kan sannolikheten för ett sant positivt utfall antas vara hög. Låt oss uppskatta denna sannolikhet till 95 %.

Vid en instinktiv bedömning kan det ligga nära till hands att stanna här, dvs. att bedömaren nöjer sig med att utreda sannolikheten för ett sant positivt utfall. I detta fall skulle det innebära att bedömaren vid bevisvärderingen i det närmaste räknar med att det var Möllers schäfer som avsatte hundhåren på Gerds kapp. För att inte riskera att tillmäta sakkunnigutlåtandet ett alltför högt bevisvärde måste bedömaren emellertid också utreda sannolikheten för ett falskt positivt utfall. Det handlar med andra ord om att uppskatta sannolikheten för att de respektive proverna uppvisar synnerligen god överensstämmelse trots att det var fråga om hundhår från olika hundar. Här ska sägas att den sakkunnige under förhandlingen påpekade att ”Om man blandade hår från exempelvis tio renrasiga schäferhundar, vore det sedan icke möjligt att fastställa från vilken hund vart och ett av håren tillhörde”.¹³² Detta uttalande får tolkas som att hårstrån från olika schäferhundar är mycket lika varandra. Det kanske rentav är så att hundhår från olika schäferhundar är i det närmaste identiska.¹³³ Under förutsättning

¹²⁹ Se Rådhusrättens dom. Se även PM av Möllers advokat ingivet till Rådhusrätten, undertecknat den 6 februari 1941, s. 18. För mer ingående analys om hårstrånas härkomst, se Sidoli s. 295-319.

¹³⁰ Se fup daterad 18 dec 1940, s. 127-130.

¹³¹ Se fup daterad 18 dec, s. 128.

¹³² Se Rådhusrättens dom.

¹³³ Jfr PM av Möllers advokat ingivet till Rådhusrätten, daterat den 6 februari 1941, s. 18.

att detta stämmer är det inte särskilt anmärkningsvärt att den sakkunnige har funnit att schäferhåren från de respektive proverna, dvs. från Gerds kappa och från Möllers schäfer, uppvisade synnerligen god överensstämmelse även om hårstråna de facto kom från olika hundar. Sannolikheten för ett falskt positivt utfall är med andra ord mycket stor. Låt oss säga att denna är 95 %. Under förutsättning att sannolikheten för ett sant positivt utfall uppskattas till 95 % (se ovan) är beviskraften hos sakkunnigutlåtandet 1 (0,95/0,95).

Ett bevis som har en beviskraft på 1 innebär att beviset talar varken för eller emot bevistemat.¹³⁴ Det faktum att de respektive hårproverna från Gerds kappa och från Möllers schäfer var mycket lika varandra till utseendet ger med andra ord ingen vägledning när det gäller frågan om hårstråna på kappan verkligen kom från Möllers hund. Här ska också sägas att en beviskedja aldrig kan bli starkare än sin svagaste länk.¹³⁵ Det innebär att om sakkunnigutlåtandet endast bedöms ha en beviskraft på 1 i förhållande till deltemat att hårstråna på kappan härstammade från Möllers schäfer kan beviskraften av hårfynden i förhållande till det övergripande temat att Möller var mördaren aldrig bli starkare än 1. Hårfynden är alltså betydelselöst som bevis när det gäller frågan om åtalet som helhet ska anses styrkt.

Det går naturligtvis att ifrågasätta de siffror som jag har använt mig av vid bedömningen av hårfyndens beviskraft. Poängen med beräkningarna är emellertid att visa att den som inte beaktar sannolikheten för ett falskt positivt utfall, överskattar beviskraften hos sakkunnigutlåtandet i förhållande till deltemat att det är Möllers hund som har avsatt hundhåren på kappan. Det innebär i sin tur att bevisvärdet av hårfynden i förhållande till det övergripande bevistemat att Möller är mördaren också kommer att överskattas. Slutsatsen är att resonemang kring sannolikheten för falskt positivt utfall har stor betydelse, inte enbart för frågan om vilket bevisvärde

¹³⁴ För mer om beviskraft, se kap. 1.9.

¹³⁵ Dahlman, s. 64.

ett enskilt bevis anses ha, utan också för frågan om åtalet som helhet ska anses styrkt.

4.2 Misslyckat motbevisningsförsök tillmäts för stark bevisverkan till nackdel för den tilltalade¹³⁶

I brottmål händer det att den tilltalade bemöter ett påstående från åklagaren med en förklaring som utan tvekan är oriktig, eller som framstår som så osannolik att den vid en rationell prövning inte kan anses spegla det som verkligen har inträffat.¹³⁷ Det talas ibland om att den tilltalade misslyckas med eller brister i sitt motbevisningsförsök.¹³⁸

Christian Diesen har framhållit att ett misslyckat motbevisningsförsök från en tilltalad kan ”tolkas som ett tecken på skuld eller indirekt förstärkning av huvudbevisen”.¹³⁹ Det har också på andra håll påpekats att det instinktivt kan framstå som om sannolikheten för åklagarens gärningspåstående ökar *markant* om en friande förklaring från en tilltalad kan falsifieras. Och så kan det vara, men det är inte nödvändigtvis på det sättet.¹⁴⁰

Vilket bevisvärde som kan tillmätas ett misslyckat motbevisningsförsök har att göra med hur många alternativa förklaringar till åklagarens påstående som det finns utöver den (osannolika) förklaring som den tilltalade har gett. Vid denna bedömning är det av betydelse hur sannolika dessa alternativa förklaringar är.¹⁴¹ Den som ansluter till åklagarens påstående på den grunden att den tilltalades förklaring om påståendet inte stämmer, kan sägas göra sig skyldig till ett tankefel. Tankefelet består i att bedömaren bortser från att det kan finnas andra förklaringar till åklagarens påstående än den som den tilltalade har gett, och bedömaren riskerar därmed att tillmäta ett

¹³⁶ Jfr Westberg, s. 885.

¹³⁷ Se t.ex. NJA 1991, s. 612.

¹³⁸ Se t.ex. Diesen (2015), s. 82; Westberg, s. 887.

¹³⁹ Diesen (2015), s. 82.

¹⁴⁰ Westberg, s. 888.

¹⁴¹ Heuman i festskrift till Lars Welamson, s. 278; Diesen (2015), s. 82; Westberg, s. 888f.

misslyckat motbevisningsförsök en alltför stark bevisverkan¹⁴² till nackdel för den tilltalade.

Det som hittills har sagts innebär inte att ett misslyckat motbevisningsförsök saknar betydelse vid bevisvärderingen. Om den tilltalades förklaring är oriktig, kan det finnas anledning att ifrågasätta den tilltalades allmänna trovärdighet.¹⁴³ Har den tilltalade gett en förklaring om en viss omständighet måste rätten, för att den ska kunna lägga en annan alternativ förklaring till grund för prövningen, finna en rimlig anledning till varför den tilltalade inte har gett den förklaringen.¹⁴⁴ I praktiken kan det nog många gånger vara svårt att finna en sådan rimlig anledning; varför skulle en tilltalad som riskerar ett (långt) fängelsestraff föra fram en oriktig förklaring om den tilltalade är medveten om att det finns en friande förklaring som är riktig?

Även om det kan framstå som främmande för en utomstående kan det nog finnas situationer där det för en tilltalad som är oskyldigt anklagad för brott är angeläget att undanhålla en viss omständighet för polisen och för rätten och av den anledningen ger en annan förklaring än den som stämmer överens med verkligheten.¹⁴⁵ Därför är det viktigt att rätten självmant prövar om det finns andra tänkbara och rimliga förklaringar till åklagarens påstående än den som den tilltalade har fört fram. Detta gäller även när den tilltalades förklaring har visat sig vara oriktig, eller framstår som högst osannolik.¹⁴⁶

¹⁴² Peter Westberg använder sig av begreppet oförmånlig bevisverkan, se Westberg, s. 885.

¹⁴³ Heuman i festskrift till Lars Welamson, s. 278.

¹⁴⁴ Diesen (2015), s. 131.

¹⁴⁵ Jfr Westberg, s. 888; Jfr Diesen (2015), s. 268.

¹⁴⁶ Jfr SOU 1938:44 s. 479; Jfr Diesen (1993), s. 592; Jfr Diesen (2015), s. 133.

4.2.1 Fallet Olle Möller

Under polisförhör och under rättegången förde Möller fram förklaringar till åklagarens påståenden som kan framstå som krystade, osannolika eller rentav som påhittade. Ett exempel på detta är Möllers förklaring till varför han, en kort tid efter mordet på Gerd, lät avliva sin schäferhund. I det följande undersöks vilket bevisvärde som avlivningen av hunden har i förhållande till bevistemat att Möller var mördaren. Och med detta illustreras risken för att tillmäta ett misslyckat motbevisningsförsök en för stor betydelse till nackdel för den tilltalade.

Möller lät avliva sin hund en tid efter mordet på Gerd, och uppgav då ett falskt namn. Vidare bad han att kvittot för avlivningen skulle dateras vid en tidpunkt innan mordet på Gerd ägde rum. Åklagaren gjorde gällande att Möller gjort så för att undanröja bevis om att han hade med mordet att göra.¹⁴⁷ Möller bemötte åklagarens påstående på följande sätt.

Enligt Möller avlivade han hunden för att den var sjuk och orenade inomhus. Genom ändringen av datumet på kvittot hoppades han kunna få tillbaka på hundskatten.¹⁴⁸ När det gällde orsaken till varför han inte använde sitt eget namn gav han en förklaring i polisförhör, och en annan vid förhandlingen (se mer om detta nedan).

Möllers berättelse har visst stöd i utredningen; vittnen bekräftade att hunden var sjuk och att Möller, innan mordet på Gerd ägde rum, pratade om att avliva hunden.¹⁴⁹ Att han bad om att tidigare lägga datumet för avlivningen är besvärande för honom. Det kan dock inte uteslutas att han gjorde så för att få tillbaka på hundskatten, även om denna förklaring är svår att förena med det faktum att Möller inte uppgav sitt eget namn vid besöket hos djuravlivningskliniken.

¹⁴⁷ Se Rådhusrättens dom.

¹⁴⁸ Se fup. daterad den 18 dec 1940, s. 111f.; Se också Rådhusrättens dom.

¹⁴⁹ Se Rådhusrättens dom.

I domen står följande om Möllers förklaring till det falska namnet.

”Enär kvittot antedaterats endast en månad, hade Möller insett, att han icke hade utsikt att återfå någon del av hundskatten för år 1939. Då han således icke kunde hava någon nytta av kvittot, hade han ansett det vara ligkiltigt, vilket namn som stod på kvittot. Av denna anledning hade han på tillfrågan av tjänstemannen om sitt namn uppgivit, att han hette Petterson. (...) Enligt vad han ville minnas, hade på den talong, som haft närmast föregående nummer, stått namnet Pettersson, vilket torde hava i viss mån bidragit till att han uppgivit detta namn.”¹⁵⁰

Detta får tolkas som att Möller hade uppgett sitt eget namn, om kvittot hade antedaterats så långt tillbaka i tiden som krävdes för att skatt skulle återbetalas. Att han uppgav falskt namn utesluter därför inte att hans avsikt med antedateringen var att få tillbaka skatt. Det är dock svårt att se varför Möller inte uppgav sitt eget namn om orsaken till avlivningen verkligen var att hunden var sjuk. Den förklaring som Möller lämnade vid rättegången rörande det falska namnet – att han ansåg det vara ligkiltigt vilket namn som stod på kvittot – framstår som helt osannolik.

I polisförhör framkom att Möller uppgav namnet Pettersson för att han var ledsen för att göra sig av med hunden, och att han därför inte ville förknippas med avlivningen av hunden.¹⁵¹ Inte heller denna förklaring framstår som särskilt trolig. Även om det får antas att den som är mycket fäst vid sitt djur kan känna skam över att låta avliva djuret är det otroligt att någon, enbart av denna anledning, skulle använda någon annans namn i samband med avlivningen. Redan det faktum att Möller lämnade olika versioner om varför han uppgav namnet Pettersson gör att det finns anledning att betvivla att hans berättelse var riktig.¹⁵²

¹⁵⁰ Se Rådhusrättens dom.

¹⁵¹ Se Sidoli, s. 163 med utdrag från polisförhör med Möller.

¹⁵² Jfr Gregow, s. 518; Jfr Diesen (2002), s. 222.

Möllers förklaring om avlivningen av hunden framstår som högst osannolik, eller rentav som påhittad. Det finns enligt min mening anledning att betrakta hans förklaring som ett misslyckat motbevisningsförsök. Det ligger nära till hands att uppfatta Möllers ”misslyckande” som ett tecken på att han var skyldig till mordet på Gerd. Men det faktum att Möllers förklaring inte kan godtas innebär inte med automatik att åklagarens påstående stämde. I detta läge kan man inte dra någon annan slutsats än att den berättelse som Möller lämnade inte ger någon förklaring till varför han lät avliva hunden under falskt namn och antedatera kvittot för avlivningen.¹⁵³

För att inte riskera att tillmäta Möllers bristande förklaring till sitt handlande ett för starkt bevisvärde till nackdel för honom måste man fråga sig om det finns någon alternativ förklaring till den som Möller lämnade om avlivningen, och som uteslöt honom som gärningsman.

Att Möller inte ville använda sitt eget namn får antas ha berott på att han inte ville kopplas samman med avlivningen av hunden. Det behöver i och för sig inte innebära att han hade någonting med mordet att göra. Det kan tänkas att han av rädsla för att bli oskyldigt anklagad för mordet på Gerd ville göra sig av med hunden.¹⁵⁴ Mot den bakgrunden är det inte konstigt om Möller vid detta tillfälle inte ville använda sitt eget namn samt att han ville att det skulle se ut som om avlivningen hade skett tidigare än mordet på Gerd ägde rum. Frågan är hur sannolikt ett sådant händelseförlopp är. Och varför har Möller, om det gick till på det nyss angivna sättet, inte själv lämnat denna förklaring?

Möller lät avliva sin hund den 18 december 1939. Uppgifterna om att det på Gerds kappa fanns hundhår och jutefibrer samt att mördaren sannolikt hade tillgång till bil publicerades i tidningen först några dagar efter det

¹⁵³ Jfr Westberg, s. 888.

¹⁵⁴ Jfr Sidoli, s. 466.

datumet.¹⁵⁵ Det går varken av förundersökningsprotokollet eller av domen att dra säkra slutsatser om Möller kände till dessa omständigheter innan hunden avlivades.¹⁵⁶ Det framgår av utredningen att polisen några dagar efter den 12 december fick reda på att hundhåren sannolikt kom från en schäferhund.¹⁵⁷ Och det framgår av förundersökningsprotokollet att polisen arbetade efter hypotesen att mördaren ägde en schäferhund och hade tillgång till bil.¹⁵⁸ Det är inte orimligt att polisen, i nära anslutning till det att polisen fick kännedom om att hårstråna sannolikt kom från en schäferhund, kontaktade personer som hade schäferhund och ägde bil samt ställde frågor som hade med mordet att göra.¹⁵⁹ Möller kan därigenom ha förstått att han, om han stämde in på polisens gärningsmannaprofil, kunde bli indragen i utredningen av en eller annan anledning, trots att han var oskyldig och därför ha velat göra sig av med hunden.¹⁶⁰

Om syftet med avlivningen av hunden har varit det nyss angivna är det anmärkningsvärt att Möller inte har gett denna förklaring under rättegången. Men det kan inte uteslutas att Möller, i den situation som han befann sig, trodde att det kunde tolkas som ett tecken på hans skuld, om han hade talat om för rätten att han hade avlivat hunden av rädsla för att bli oskyldigt anklagad för mordet på Gerd.¹⁶¹ Enligt min mening kan det därför inte bortses från möjligheten att Möller avlivade sin hund av rädsla för att bli oskyldigt anklagad för mordet på Gerd.

Beviskraften av avlivningen av hunden

Det ska här avslutningsvis sägas något om beviskraften av avlivningen av hunden med utgångspunkt i det som har sagts här ovan.

¹⁵⁵ Se Rådhusrättens dom.

¹⁵⁶ Jfr fup daterad den 18 dec 1940 och Rådhusrättens dom.

¹⁵⁷ Se fup, daterad den 18 dec, 1940, s. 22f.

¹⁵⁸ Se fup, daterad den 18 dec, 1940, s. 76.

¹⁵⁹ Jfr fup, daterad den 18 dec, 1940, s. 76.

¹⁶⁰ Jfr Sidoli, s. 466, 89, 91.

¹⁶¹ Jfr Sidoli, s. 163.

När det gäller sannolikheten för ett sant positivt utfall måste bedömaren fråga sig vilken sannolikheten är för att Möller ska avliva hunden under falskt namn givet att han är mördaren. Det får antas att Möller, om han var skyldig till mordet, kände till att Gerd kunde ha fått hans hunds hårstrån på sig, och att han var angelägen om att undanröja bevis som kunde leda misstankarna mot honom. Låt oss uppskatta sannolikheten för ett sant positivt utfall till 50 %.

Sannolikheten för ett falskt positivt utfall beror på hur sannolikt det är att Möller skulle avliva sin hund om han var oskyldig. Utgångspunkten för den prövningen kan tas i Möllers egen berättelse, dvs. att avlivningen skedde pga. hundens sjukdom. Denna förklaring kan kallas för alternativhypotes 1. Det har tidigare sagts att Möllers förklaring är högst osannolik. Det kan hävdas att Möllers förklaring är så osannolik att det kan bortses från den. Det kan också sägas att den är mycket osannolik, men att den inte helt kan lämnas utan avseende.¹⁶² Jag utgår från att sannolikheten för alternativhypotes 1 kan uppskattas till 0,01 %. Beviskraften av avlivningen av hunden i förhållande till bevis temat att Möller var mördaren blir då 5 000 (0,5/0,0001). Det motsvarar +2 på NFC:s skala.

Det har hittills vid bedömningen av ett falskt positivt utfall tagits hänsyn enbart till Möllers osannolika berättelse (alternativhypotes 1). När det görs blir beviskraften av avlivningen av hunden i förhållande till temat att Möller är mördaren förhållandevis stark. Men hur påverkas då beviskraften av att hänsyn ska tas också till möjligheten att Möller lät avliva hunden av rädsla för att bli oskyldigt anklagad för mordet på Gerd (alternativhypotes 2)?

Låt oss säga att sannolikheten för att Möller ska avliva hunden av rädsla för att bli oskyldigt misstänkt är 0,5 %. Beviskraften blir då 98 (0,5/(0,005+0,0001)). En beviskraft på 98 motsvarar +1 på NFC:s skala.

¹⁶² Jfr vad Lars Heuman har sagt om att genomgående bortse från omständigheter som endast är föga sannolika, se festskrift till Lars Welamson, s. 255-260.

Beviskraften av avlivningen av hunden blir alltså betydligt lägre om man, förutom Möllers egen förklaring, också beaktar alternativhypotes 2.

Återigen, siffrorna kan diskuteras. Men det viktiga är att illustrera vilken betydelse som det har att undersöka om det finns fler alternativa förklaringar till åklagarens påstående än den förklaring som den tilltalade har gett, och det gäller även när den tilltalade har lämnat en oriktig eller mycket osannolik förklaring till ett påstående från åklagaren. Den som bortser från detta riskerar att tillmäta ett misslyckat motbevisningsförsök en för stark bevisverkan till nackdel för den tilltalade.

4.3 Överskattning av bevismängd¹⁶³

Anta att åklagaren i en stämningsansökan eller under förberedelsen i ett brottmål lyfter fram tre omständigheter som talar för den tilltalades skuld. Under huvudförhandlingen anför åklagaren ytterligare omständigheter till stöd för åtalet. Innebär då det faktum att åklagaren har fört in fler bevisfakta i målet, att den samlade bevisningen mot den tilltalade har blivit starkare än den var tidigare?

Svaret är förstås att *det beror på*. Det som avgör bevisningens styrka är kvalitén på bevisen, och inte bevismängden i sig; ett stort antal bevis utgör ingen garanti för att bevisningen är stark, och ett åtal som bygger endast på ett fåtal bevis innebär inte med automatik att bevisningen är svag. Om de nya omständigheter som åklagaren för in i målet vid huvudförhandlingen kan förändra bevisläget beror på vilken beviskraft som dessa omständigheter har.

Detta kan tyckas vara en självklarhet. Det har emellertid varnats för att antalet bevis som parterna lägger fram kan ha betydelse för hur domstolen värderar styrkan av bevisningen. Det har t.ex. påpekats att domstolen, i mål där bevisningen mot den tilltalade utgörs av ett flertal svaga eller nästintill värdelösa bevis, riskerar att uppfatta bevisningen som starkare än vad den egentligen är; ett stort antal bevis tas som intäkt för att bevisningen är stark.¹⁶⁴

Det tankefel som det här är fråga om består i att domstolen vid bevisvärderingen omedvetet kan lägga vikt vid en omständighet, nämligen bevismängden, som saknar betydelse. Närmare bestämt handlar det här om att domstolen kan ha svårt för att skilja mellan bevisningens kvantitet och kvalitet.¹⁶⁵ För att återknyta till det som har sagts om det mänskliga

¹⁶³ Diesen (2015), s. 78.

¹⁶⁴ Diesen (2015), s. 78f.

¹⁶⁵ Diesen (2015), s. 78f.

tänkandet kan saken också uttryckas så, att domstolen besvarar en lättare fråga än den som ska bedömas. Domstolen besvarar frågan hur många bevis som förekommer i målet, istället för att svara på frågan om vilken beviskraft som bevisningen har.¹⁶⁶

För att domstolen ska undvika den typ av tankefel som det här är fråga om är det viktigt att domstolen gör en noggrann analys av styrkan hos varje enskilt bevis, och först därefter tar ställning till om den sammanlagda styrkan av all bevisning är tillräcklig för en fällande dom.¹⁶⁷

4.3.1 Fallet Olle Möller

I fallet Olle Möller bestod bevisningen av en mängd indicier. Åklagaren gjorde gällande att Möllers hunds hår fanns på Gerds kappa, att Möller en tid efter mordet hade avlivat sin hund under falskt namn, att fibrer av jutesäckväv fanns på Gerds kappa och i Möllers bil, att Möller hade tvättat sin bil samma dag som Gerd försvann, att Möller hade befunnit sig i trakterna kring fyndplatsen dagarna efter mordet, samt att Möller hade setts tillsammans med flickan samma dag som hon försvann.¹⁶⁸

Vid en instinktiv bedömning av bevissituationen kan det framstå som om Möller var skyldig; det är för många omständigheter som knyter honom till mordet på Gerd för att han ska vara oskyldig. Tanken på att det var en slump att alla dessa indicier förelåg kan vara svår att ta till sig.¹⁶⁹

Här ska erinras om det Kahneman har sagt om vår oförmåga att tro på slumpen. ”Vi människor söker efter mönster och tror på en sammanhängande värld där regelbundna mönster inte framstår som slumpmässig utan som resultatet av en mekanisk orsakskedja eller av

¹⁶⁶ Jfr det som tidigare har sagts om *substitution* i kap. 3.

¹⁶⁷ Jfr SOU 1938:44, s. 378.

¹⁶⁸ Se Rådhusrättens dom.

¹⁶⁹ Jfr Diesen (2015), s. 79.

någons avsikt. Vi förväntar oss inte att slumpmässiga processer ska generera regelbundna mönster och när vi ser något som liknar en regel avfärdar vi snabbt tanken på att det skulle vara en slump”.¹⁷⁰

Med det i åtanke, och med beaktande av det som har sagts om risken för att överskatta bevismängden, kommer jag i det följande att analysera styrkan hos varje enskilt bevis som åklagaren ansåg talade för Möllers skuld. Därefter kommer jag att undersöka det sammanlagda värdet av dessa bevis.¹⁷¹

Fynden av hundhår och avlivningen av hunden

Beviskraften av fynden av hundhåren på Gerds kappa samt beviskraften av avlivningen av hunden har redogjorts för i ett tidigare sammanhang. Vid den bedömningen ansågs beviskraften vara 1 respektive 98.¹⁷²

Fynden av jutefibrer

På Gerds kappa fanns fibrer av jutesäckväv.¹⁷³ Möller förvarade jutesäckar i sin bil. Åklagaren ansåg att fynden av jutefibrer på kappan kopplade Möller till mordet på Gerd.¹⁷⁴

Följande omständigheter har betydelse vid bedömningen av ett sant positivt utfall. Avståndet mellan platsen där Gerd försvann och fyndplatsen var ca 8 km.¹⁷⁵ Gerd kan inte ha förflyttat sig denna sträcka på egen hand. Istället får det antas att gärningsmannen, innan eller efter det att Gerd bragts om livet, har fört henne till fyndplatsen med bil. Om Möller var mördaren är det

¹⁷⁰ Kahneman, s. 132.

¹⁷¹ Bevisningen i målet bestod av fler bevis än de som har redogjorts för här. I hopp om att inte tynga texten behandlas inte alla bevis som förekom i målet. Det är heller inte nödvändigt för att illustrera det tankefel som jag här behandlar. För en mer heltäckande bild av bevisningen i målet, se Rådhusrättens dom och Sidoli.

¹⁷² För mer om hur beräkningen gjordes, se kap. 4.1.1 respektive kap. 4.2.1.

¹⁷³ Sidoli, s. 37.

¹⁷⁴ Sidoli, s. 12.

¹⁷⁵ Sidoli, s. 153.

mycket sannolikt att jutefibrer från de säckar som fanns i Möllers bil har fastnat på Gerds kapp. Här antas sannolikheten för ett sådant händelseförlopp vara 60 %.

När det gäller sannolikheten för ett falskt positivt utfall ska sägas följande. Det får antas att jutesäckväv var ett relativt vanligt material vid tiden för mordet. Sannolikheten är därför hög för att Gerd ska ha kommit i kontakt med detta material på något annat sätt än genom att ha vistats i Möllers bil. Låt oss säga att sannolikheten för ett falskt positivt utfall är 50 %. Beviskraften av fynden av jutefibrer på kappan blir i så fall 1,2 (0,6/0,5).

Möller har besökt trakterna kring fyndplatsen

En annan omständighet som enligt åklagaren talade för Möllers skuld var att han, i nära tid efter att mordet ägde rum, besökte trakterna kring fyndplatsen.¹⁷⁶

Sannolikheten för ett sant positivt utfall är beroende av hur sannolikt det är att Möller skulle återvända till fyndplatsen givet att han var mördaren. Det är naturligtvis svårt att ta ställning i denna fråga. Men låt oss uppskatta sannolikheten för ett sant positivt utfall till 50 %.

Vid bedömningen av ett falskt positivt utfall har det betydelse att Möller bodde relativt nära fyndplatsen samt att fyndplatsen låg intill ett motionsspår. Möller utnyttjade motionsspåret i samband med hans idrottsutövande (Möller var löpare på professionell nivå) och när han rastade sin hund.¹⁷⁷ Det får därför antas att sannolikheten för ett falskt positivt utfall är stor. Låt oss uppskatta denna till 50 %. Beviskraften blir då 1 (0,5/0,5), dvs. det faktum att Möller har rört sig i trakterna kring fyndplatsen talar varken för eller emot att han var skyldig till mordet på Gerd.

¹⁷⁶ Se Rådhusrättens dom.

¹⁷⁷ Se Rådhusrättens dom.

Möller har tvättat sin bil dagen då Gerd försvann

Enligt vittnen tvättade Möller sin bil samma dag som Gerd försvann.

Åklagaren gjorde gällande att Möllers avsikt med tvätten var att undanröja spåren efter mordet på Gerd. Här utgås från att Möller faktiskt tvättade bilen den aktuella dagen. Vilken beviskraft har denna omständighet i förhållande till bevistemat att Möller var mördaren?

Under förutsättning att bilen har använts i samband med mordet får Möller antas ha varit angelägen om att tvätta bilen för att undanröja de eventuella spår av Gerd som kunde finnas inuti bilen. Jag utgår här från att sannolikheten för ett sant positivt utfall är 70 %.

Vid bedömningen av ett falskt positivt utfall har det betydelse hur ofta Möller tvättade sin bil. Här ska sägas att Möller arbetade som potatishandlare och använde bilen för att frakta potatis till sina kunder. Enligt Möller själv tvättade han bilen en gång i veckan, eller var fjortonde dag.¹⁷⁸ Det kan därför inte uteslutas att tvätten av bilen råkade sammanfalla med den dag som Gerd försvann. Under förutsättning att sannolikheten för ett falskt positivt utfall antas vara 15 % blir beviskraften ca 5 (0,7/0,15).

Vittnen har sett Möller föra bort Gerd i Möllers skåpbil

Två vittnen (a och b) hävdade att de sett Möller plocka upp Gerd i hans bil samma dag som hon försvann.¹⁷⁹ Låt oss till en början utgå från att vittnesmålen stämde. Vilken beviskraft har den omständigheten att Möller plockade upp Gerd i hans bil i förhållande till bevistemat att Möller var mördaren?

¹⁷⁸ Utdrag från förhör 11/12-40, se Sidoli, s.171.

¹⁷⁹ Se vittnesmål av Tea Sparrendel och Elisabet Björk i Rådhusrättens dom.

Om Möller var mördaren måste han ha tagit kontakt med Gerd på ett eller annat sätt. Sannolikheten för att Möller har plockat upp henne i hans bil givet att han var mördaren är alltså mycket hög. Här antas den vara 95 %.

Det är svårt att se att Möller skulle ha plockat upp flickan i hans bil om han inte hade med mordet att göra. Sannolikheten för ett falskt positivt utfall är med andra ord mycket liten. Om sannolikheten för ett sådant utfall uppskattas till 0,5 % blir beviskraften 190 i förhållande till bevisemat att Möller är mördaren (0,95/0,005).

Om man lägger den omständigheten att Möller har plockat upp Gerd i sin bil till den övriga bevisningen blir den sammanlagda beviskraften ca 110 000¹⁸⁰. Det innebär att bevisningen är tillräckligt stark för att nå upp till beviskravet i brottmål.¹⁸¹

Resonemanget ovan förutsätter att vittnesmålen stämde. Det finns dock anledning att ifrågasätta om det verkligen var Möller som vittnena observerade tillsammans med Gerd. Detta antagande grundar sig på följande omständigheter.

Det hade förflutit cirka ett år från observationen till det att vittnena pekade ut Möller.¹⁸² Vidare skedde observationen troligen i mörker utan någon annan belysning än gatubelysning.¹⁸³ Till detta ska läggas att Möller, innan vittneskonfrontationerna ägde rum, hade omnämnts med bild i pressen i samband med mordet på Gerd. Ytterligare en omständighet som ger anledning att betvivla vittnesmålen är att dagstidningen Aftonbladet

¹⁸⁰ $1 \times 98 \times 1,2 \times 1 \times 5 \times 190 = 111\ 720$.

¹⁸¹ Här utgås från att beviskravet "ställt utom rimligt tvivel" förutsätter att den sammanlagda bevisningen har en beviskraft på minst 10 000. För mer härom se kap 1.9.

¹⁸² Se P.M. av Möllers advokat, Hugo Lindberg, daterad den 6 februari, 1941, s. 5,7; Jfr Granhag, s. 33; Jfr Wiklund och Sjöström, s. 268, "Under den period som förflyter mellan iakttagelsen och det slutliga vittnesmålet kan man säga att vår minnesbild både förbleknar och byggs på. Tiden i sig har betydelse. I identifieringsexperiment har man funnit att upp till 3-4 månader efter iakttagelsen fick man ett någorlunda stabilt antal korrekta utpekanden, medan man efter 11 månader fick en signifikant nedgång i antalet korrekta utpekanden."

¹⁸³ Observationen skedde i december vid 17-tiden. Jfr Materialsamling 3, sid 103.

utlovade en belöning till den som kunde medverka till att den skyldige ställdes inför rätta; det kan inte uteslutas att den utlovade belöningen kan ha bidragit till utpekandet av Möller.¹⁸⁴

Mot denna bakgrund får det antas vara en betydande risk för att vittnena pekade ut Möller trots att det inte var Möller som vittnena såg. Anta att sannolikheten för ett falskt positivt utfall är 10 %. Under förutsättning att sannolikheten för ett sant positivt utfall antas vara 80 % blir beviskraften av varje enskilt vittnesmål $8 (0,8/0,1)$. Den sammanlagda beviskraften av de två vittnesmålen blir då $64 (8 \times 8)$.

Förutom a och b observerade ytterligare två personer, c och d, en man som plockade upp en flicka i en bil dagen då Gerd försvann. Enligt dessa var det *inte* Möller som de såg tillsammans med Gerd. Vidare hävdade de att det *inte* var Möllers bil som Gerd hade blivit bortförd i.¹⁸⁵ Dessa vittnesmål utgör motbevisning till vittnesmålen lämnade av a och b.

Låt oss anta att vittnesmålen från c och d tillsammans har en beviskraft på 64 i förhållande till bevisemat att det inte var Möller som förde bort Gerd. Den sammanlagda beviskraften av vittnesmålen a, b, c, och d blir då 1^{186} , dvs. bevisningen talar varken för eller emot att det var Möller som förde bort Gerd. I sådana fall blir värdet av den samlade bevisningen i målet lägre än $10\,000^{187}$, dvs. bevisningen når inte upp till beviskravet i brottmål.

¹⁸⁴ Jfr P.M. av Möllers advokat, Hugo Lindberg, daterad den 6 februari, 1941, s. 4f., 8. Jfr Wiklund och Sjöström, s. 251 och Jfr Materialsamling 3, s. 125.

¹⁸⁵ Se P.M. av Möllers advokat, Hugo Lindberg, daterad den 6 februari, 1941, s. 1-3, angående vittnena Andersson och Sjögren. Här ska sägas att det förekom fler vittnesmål i målet. Det har inom ramen för denna uppsats inte funnits utrymme att redovisa samtliga vittnesmål.

¹⁸⁶ $(64/64=1)$. För en redogörelse för hur man räknar ut värdet av motverkande bevisning, se Dahlman, s. 50.

¹⁸⁷ $(1 \times 98 \times 1,2 \times 1 \times 5 \times 1 = 588)$.

Slutsatser

Vid en intuitiv bedömning av bevisningen i fallet Olle Möller kan det ligga nära till hands att ansluta sig till åklagarens gärningspåstående. Kanske kan antalet indicier i målet delvis bidra till att man får den uppfattningen. Den som ser bort från bevisningens *kvantitet* och istället lägger fokus på bevisningens *kvalitet* upptäcker att det är långt ifrån självklart att det var ställt utom rimligt tvivel att Möller var skyldig till mordet på Gerd. Syftet med denna genomgång har dock inte varit att ta ställning till om Möller var skyldig eller inte. Syftet har istället varit att illustrera det tankefel som uppstår när man lägger vikt vid antalet bevis snarare än styrkan hos bevisningen, samt hur bedömaren bör gå till väga för att undvika att göra sig skyldig till denna typ av tankefel.

5 Att undvika systematiska tankefel

I detta avsnitt ligger fokus på de åtgärder som domaren kan vidta för att minska risken för systematiska tankefel vid bevisvärderingen. Innan dessa åtgärder diskuteras ska först, mot bakgrund av det som har sagts om hur det mänskliga tänkandet fungerar, sägas någonting om varför systematiska tankefel uppkommer.

5.1 Det grundläggande problemet

Systematiska tankefel uppstår när man löser en uppgift som kräver ett långsamt tänkande (system 2) med ett snabbt tänkande (system 1). Saken kan också uttryckas så, att systematiska tankefel beror på att man förlitar sig på sin intuition i en situation där den leder fel.¹⁸⁸ Det finns här anledning att återkoppla till räkneuppgiften med bollen och slagträet som nämndes tidigare.¹⁸⁹ Räkneuppgiften ser ut på följande sätt:

Ett slagträ och en boll kostar 1,10 dollar.

Slagträet kostar en dollar mer än bollen.

Hur mycket kostar bollen?

För att lösa räkneuppgiften måste man använda sig av sitt system 2, dvs. det långsamma, rationella tänkandet. Den som ger ett intuitivt svar grundat på system 1 hamnar fel. Det var det som hände många av de studenter – och domare – som försökte lösa uppgiften.¹⁹⁰

¹⁸⁸ Jfr Guthrie m.fl. s. 5, ”Intuition is dangerous not because people rely on it but because they rely on it when it is inappropriate to do so.

¹⁸⁹ Se kap. 3.3.

¹⁹⁰ Kahneman, s. 52-55; Beträffande domarnas resultat på räkneuppgiften med bollen och slagträet, se Guthrie m.fl. s. 16.

Att undvika systematiska tankefel handlar till stor del om att avgöra om en uppgift kräver snabbt eller långsamt tänkande och att sedan använda sig av den typ av tänkande som lämpar sig bäst för den uppgift som man ger sig i kast med att lösa.¹⁹¹

Mot bakgrund av det nyss sagda kan man fråga sig om bevisvärdering kräver ett snabbt eller ett långsamt tänkande.¹⁹²

5.2 Bevisvärdering – snabbt eller långsamt tänkande?

Per Olof Ekelöf har beskrivit bevisvärdering så här: ”Bevisvärdering kan, kortfattat uttryckt, sägas bestå i att man från existensen av ett eller flera fakta (...) drar en slutsats rörande *sannolikheten* för existensen av ett annat faktum”.¹⁹³

För att man ska kunna värdera bevisning måste man alltså ha vissa grundläggande kunskaper i sannolikhetslära. Därutöver krävs att man har ett visst mått av logiskt och analytiskt tänkande.¹⁹⁴ Som det tidigare har nämnts i uppsatsen¹⁹⁵ är detta egenskaper som hör till system 2, och inte till system 1. Det verkar alltså som om bevisvärdering inte kan göras intuitivt, utan kräver långsamt tänkande.

Det kan ifrågasättas om detta synsätt är alltför kategoriskt och bygger på ett felaktigt antagande om att bevisningen i samtliga brottmål är komplicerat. Christian Diesen har uttryckt att ”I de flesta brottmål, som prövas i svenska domstolar, är bevisningen klar och entydig”.¹⁹⁶ Det kan därför finnas anledning att fråga sig om, i de mål som Diesen syftar på, domstolen kan

¹⁹¹ Jfr Kahneman, s. 35.

¹⁹² Jfr Guthrie m.fl. s. 6, 29.

¹⁹³ Ekelöf, s. 17.

¹⁹⁴ Jfr Dahlman, s. 5f.

¹⁹⁵ Se kap. 3.

¹⁹⁶ Diesen (2002), s. 212.

nöja sig med att göra en intuitiv bedömning av bevisningens styrka och ändå kunna meddela en materiellt riktig dom.¹⁹⁷

Det är säkert så, att bevisfrågorna i vissa mål är förhållandevis ”enkla” att besvara. Att en uppgift är enkel, i betydelsen att de flesta har förmågan att lösa den, innebär emellertid inte att uppgiften är fri från fallgropar. Här kan återigen erinras om räkneuppgiften med bollen och slagträet. Det är en uppgift som är enkel att lösa, dvs. de flesta kan komma fram till ett korrekt svar, *under förutsättning att uppgiften löses med hjälp av system 2*. Trots att uppgiften är enkel, är risken stor för att man begår ett systematiskt tankefel, om man försöker lösa den intuitivt.¹⁹⁸

Det har tidigare nämnts¹⁹⁹, att personer inom vissa yrken kan utveckla en träffsäker intuition grundad på sin erfarenhet. Gäller detta också för domare? Om det gör det kan domarens intuition vara användbar vid bevisvärderingen, t.ex. när det gäller att värdera om ett vittne talar sanning²⁰⁰, eller vid prövningen om bevisningen uppfyller beviskravet.²⁰¹ Frågan är alltså om domare, när de värderar bevisning, verkar i en regelbunden miljö med möjlighet att lära sig regelbundenheterna genom snabb och tydlig feedback.²⁰²

I en regelbunden miljö leder x alltid till y. I en oregelbunden miljö leder x ibland till y, men ibland till z. Vid bevisvärderingen finns ofta anledning för domaren att beakta sannolikheten för ett falskt positivt utfall. Det beror på att bevisvärderingen tar sikte på att utreda en händelse som har utspelat sig i en oregelbunden miljö. Om t.ex. en målsägande har blåmärken någonstans på kroppen kan dessa ha uppkommit genom att den tilltalade har använt våld mot målsäganden vid en viss angiven tidpunkt, men blåmärkena kan ha flera andra förklaringar. En förklaring kan vara att någon annan person än

¹⁹⁷ Jfr Bolding, s. 307f, 309f.

¹⁹⁸ Jfr Kahneman, s. 55.

¹⁹⁹ Se kap 3.

²⁰⁰ Jfr Bolding, s. 312.

²⁰¹ Jfr Bolding, s. 310.

²⁰² Förutsättningarna för att utveckla träffsäker intuition har behandlats i kap 3.

den tilltalade, eller någon annan företeelse, har orsakat blåmärkena. En annan förklaring kan vara att, om åklagaren påstår uppsåt från den tilltalades sida, denne har orsakat dem av oaktsamhet. Och en tredje förklaring är att det är den tilltalade som verkligen har orsakat blåmärkena – uppsåtligt eller av oaktsamhet – men vid en annan tidpunkt än den som åklagaren har angett i gärningsbeskrivningen.

Det är mot den bakgrunden mycket tvivelaktigt om domare vid bevisvärderingen verkar i en tillräckligt regelbunden miljö för att kunna utveckla träffsäker intuition genom erfarenhet.²⁰³

Vidare lär träffsäker intuition genom erfarenhet vara utesluten på den grunden att domare aldrig får ett facit på om de har gjort en riktig bedömning.²⁰⁴ Det kan tänkas att, i det nyss nämnda exemplet med blåmärken, målsäganden i efterhand tar tillbaka uppgiften om att den tilltalade har orsakat blåmärkena genom våld mot målsäganden. Men inte ens då går det att dra säkra slutsatser om vad som verkligen har passerat.

Inte heller det faktum att en överrätt delar underrättens uppfattning i skuldfrågan innebär att det har kommit fram vad som verkligen har hänt.²⁰⁵

Det som har sagts här ovan utesluter inte att det kan finnas situationer när en domares intuition är träffsäker, dvs. leder till en korrekt bevisvärdering. Att värdera bevis i brottmål är emellertid en process där intuitivt tänkande *typiskt sett* kan leda till felaktiga bedömningar, och där priset av ett misstag kan bli kostsamt. Mot den bakgrunden bör domare *alltid* kontrollera en intuitiv uppfattning med långsamt, rationellt tänkande, innan han eller hon tillåter sig att förlita sig på intuitionen vid bevisvärderingen.²⁰⁶

²⁰³ Jfr Guthrie m.fl. s. 31f.

²⁰⁴ Jfr Guthrie m.fl. s. 31f; Jfr Diesen, s. 75, 138.

²⁰⁵ Lambertz, s. 11.

²⁰⁶ Jfr Guthrie m.fl. s. 29-33; Jfr Heuman i Juridisk Tidskrift, s. 45, där det står att ”domarens intuition kan leda fram till ifrågasättanden som i sin tur skapar en grund för vetenskaplig analys. Intuitionen utgör ett värdefullt intellektuellt kreativitetsinstrument.” Kahneman, s. 35, 469. Kahneman framhåller dock att det i praktiken är svårt att tränga undan det snabba tänkandet med det långsamma tänkandet. Jfr Dahlman, s. 11, ”Att ha ett

I det fortsatta kommer jag att diskutera vilken betydelse olika faktorer har på förekomsten av tankefel. Framställningen tar i första hand sikte på att undersöka hur domaren kan främja långsamt tänkande vid bevisvärderingen.²⁰⁷

5.3 Betydelsen av bevisrättsliga regler och principer

Forskare har identifierat olika tekniker som skulle kunna ha en positiv effekt när det gäller att undvika tankefel i rättsligt beslutsfattande. Som exempel på sådana tekniker kan nämnas att ett beslut granskas av en högre instans, att bedömarens påminns om att överväga argument som talar mot bedömarens ståndpunkt och att bedömarens tvingas att motivera sin ståndpunkt.

Principerna bakom dessa tekniker kan synas i några av de bestämmelser som gäller i svensk rätt.²⁰⁸ Det kan mot denna bakgrund finnas anledning att fråga sig om domaren, genom att göra bevisvärderingen i enlighet med de bevisrättsliga spelreglerna, kan minska risken för tankefel.

Det är sannolikt så att de regler och principer som finns i vårt rättssystem delvis har tillkommit i syfte att begränsa antalet ogrundade och felaktiga beslut, dvs. sådana beslut som tankefel kan ge upphov till.²⁰⁹ Men även om det kan fastslås att syftet med gällande rätt är det nyss sagda är det inte självklart att rådande regelverk faktiskt uppfyller sitt syfte, dvs. har en positiv effekt på förekomsten av tankefel.²¹⁰

Den som försöker bekräfta att det finns regler eller principer som minskar antalet tankefel måste kunna stödja ett sådant antagande på empirisk

väl fungerande system 2 är lika krävande som att ha en vältränad kropp. Det kräver en ständig träning i analytiskt tänkande.”

²⁰⁷ Jfr Guthrie m.fl. s. 29, 33.

²⁰⁸ Jfr Dahlman och Zenker, s. 3.

²⁰⁹ Jfr Dahlman och Zenker, s. 1, 4-5. Författarna talar inte uttryckligen om regler och principer, utan om Rule of Law.

²¹⁰ Jfr Dahlman och Zenker, s. 2.

forskning. Det handlar närmare bestämt om att, i ett första steg, para ihop ett specifikt tankefel med en sådan teknik som nämndes ovan, och som kommer till uttryck i en regel eller princip.²¹¹ Att främja långsamt tänkande skulle kunna betraktas som en teknik för sig.²¹² Det andra steget är att *bevisa* att regeln eller principen faktiskt har en reducerande effekt på tankefelet ifråga.²¹³ Det säger sig självt att det andra steget inte låter sig göras lättvindigt. I litteraturen har det ansetts att det inte finns någon tillförlitlig empirisk forskning som visar att det finns ett samband mellan Rule of Law och en minskad risk för tankefel.²¹⁴ Det utgör dock inget hinder mot att spekulera i frågan vilken betydelse det har på förekomsten av tankefel att domaren värderar bevisningen i enlighet med bevisrättsliga regler och principer.

5.3.1 Domarens skyldighet att motivera sig

Det låter sig nog sägas att det finns regler och principer som kan minska risken för systematiska tankefel i största allmänhet genom att de bidrar till att rätten gör bevisvärderingen med hjälp av det långsamma tänkandet i stället för det snabba tänkandet. Som exempel kan nämnas domarens skyldighet att i domskälen ange vad som är bevisat i målet.²¹⁵ Denna skyldighet framgår dels uttryckligen av bestämmelsen i 30 kap. 5 § första stycket rättegångsbalken, dels av motiven till rättegångsbalken, där det står att domstolen i domskälen ska klarlägga de grunder som den stöder sin övertygelse på.²¹⁶

Under förhandlingens gång finns det sällan tid för någon djupare reflektion och eftertanke kring bevisningens styrka och hur de olika bevisen förhåller sig till varandra. I och med domsskrivningen tvingas domaren att stanna upp

²¹¹ Jfr Dahlman och Zenker, s. 5f.

²¹² Jfr Guthrie m.fl.

²¹³ Se Dahlman och Zenker, s. 5f.

²¹⁴ Se Dahlman och Zenker, s. 6f.

²¹⁵ Jfr Guthrie m.fl., s. 36f.; Det kan tänkas att själva motiveringen i sig, oavsett om den sker verbalt eller i skrift, kan minska risken för tankefel vid bevisvärderingen.

²¹⁶ SOU 1938:44, s. 378.

och reflektera över den eventuella uppfattning i skuldfrågan som denne kan ha bildat sig under förhandlingen och under överläggningen. Det förutsätter att domaren på nytt går igenom de bevis som har presenterats under förhandlingen. I den skrivande processen kan det tänkas att domaren rör sig bort från det intuitiva och snabba tänkandet, som kan ge upphov till tankefel, och i stället kopplar in det långsamma, rationella tänkandet.²¹⁷

Det kan naturligtvis ifrågasättas vilken betydelse som domarens skyldighet att motivera sig har, om domaren redan innan han eller hon skriver domen är fullt övertygad om den tilltalades skuld. När man väl har fått en stark känsla av att någonting förhåller sig på ett visst sätt kan det vara svårt att intellektuellt ändra sig om den saken. Det kan därför inte bortses från att domare i efterhand *omedvetet* legitimerar en intuitiv känsla med argument som utåt sett verkar vila på objektiv grund.²¹⁸

Det faktum att domaren motiverar sig utesluter alltså inte att bedömningen grundar sig på en icke-träffsäker intuition. Men chansen att upptäcka att en intuition inte är träffsäker är sannolikt större, om domaren skriver ner sina resonemang än om domaren inte gör det.²¹⁹ Vidare utgår jag ifrån att den domare, som i den skrivande processen upptäcker att ett visst resonemang inte håller, är beredd att ändra ståndpunkt i den frågan.²²⁰ På det stora hela kan domsskrivningen därför tänkas ha viss betydelse när det gäller att minska risken för tankefel vid bevisvärderingen.²²¹

²¹⁷ Jfr Guthrie m.fl., s. 35-38; Jfr Nordh, s. 41.

²¹⁸ Jfr Heuman i Juridisk Tidskrift s. 44; Se också Dahlman, s. 10, om s.k. *konfirmeringsbias*.

²¹⁹ Jfr Nordh, s. 41.

²²⁰ Jfr Nordh, s. 41 och Heuman i Juridisk Tidskrift s. 44.

²²¹ Se Guthrie m.fl. s. 36ff. Det ska här uppmärksammas bestämmelsen i 30 kap. 7§ andra stycket rättegångsbalken. Av den framgår att domstolen normalt sett ska avkunna dom efter huvudförhandlingen. Men i många brottmål är bevisfrågorna sådana att det är motiverat att meddela dom vid ett senare tillfälle.

Det kan här finnas anledning att nämna en studie i vilken man har undersökt om domare och nämndemän, genom att ge skäl för och emot sin ståndpunkt, kan minska risken för att begå tankefel.²²²

I den aktuella studien fick svenska domare och nämndemän ange vilken betydelse det har att ett vittne är sedan tidigare dömd för brott av visst slag när det gäller att bedöma vittnets trovärdighet i ett mål som gäller brott av annat slag. Genom att låta testpersonerna göra så hoppades författarna till studien att skapa en s.k. ”devil effect”, dvs. att testpersonerna (felaktigt) skulle tro att den negativa omständigheten i form av vittnets kriminella förflutna påverkade vittnets trovärdighet. Vidare var avsikten med studien att undersöka om en sådan ”devil effect” kunde reduceras genom att låta vissa av testpersonerna få lista argument för och emot att vittnets tidigare brottslighet hade betydelse i sammanhanget.²²³

De domare som fick motivera sina svar gjorde sig i viss mindre utsträckning skyldiga till det aktuella tankefelet än de som inte fick motivera sin ståndpunkt. Resultatet talar i någon mån för att det har en viss, om än liten, positiv effekt på bedömningen att domare ger skäl för och emot sin ståndpunkt. Det ska dock framhållas att denna positiva effekt inte syntes bland gruppen nämndemän. Tvärtom var nämndemännens bedömningar aningen sämre i den grupp som fick motivera sina svar än de som inte fick göra det.²²⁴

5.3.2 Oskyldighetspresumtionen

Om domarens skyldighet att motivera sig kan tänkas minska risken för tankefel i största allmänhet kan oskyldighetspresumtionen antas minska risken för att domaren begår ett tankefel av ett specifikt slag, nämligen förbiseende av falsk positiv.

²²² Se Dahlman, Zenker, Bååth och Sarwar.

²²³ Se Dahlman, Zenker, Bååth och Sarwar, s. 808, 810-812.

²²⁴ Se Dahlman, Zenker, Bååth och Sarwar, s. 807-819.

Något förenklat handlar bedömningen av sannolikheten för ett *falskt* positivt utfall om att analysera ett visst bevisfaktum utifrån antagandet att den tilltalade är oskyldig.²²⁵ Det kan tänkas att sättet som det straffrättsliga förfarandet är utformat på gör det svårt för rätten att inta det perspektivet vid bevisvärderingen.²²⁶

Redan det faktum att en tilltalad står åtalad för ett brott gör att det ligger nära till hands att betrakta den tilltalade som skyldig. Domstolens kunskap om de överväganden som ligger bakom ett åtalsbeslut kan bidra till att domstolen utgår från att sannolikheten är hög för att den tilltalade har gjort sig skyldig till den gärning som åklagaren har angett. Det kan så att säga infinna sig en slags ”skuldpresumtion”²²⁷ bland rättens ledamöter som, om den genomsyrar bedömningen, kan bidra till att relevanta, alternativa händelseförlopp till åklagarens gärningspåstående helt bortses ifrån, eller till att sannolikheten för sådana händelseförlopp underskattas.

Oskyldighetspresumtionen kan, enligt min mening, utgöra en påminnelse till domstolen om att tolka bevisningen i ljuset av antagandet att den tilltalade är oskyldig. Att inta det perspektivet är en förutsättning för att göra en korrekt bedömning av sannolikheten för ett falskt positivt utfall, och därmed också en förutsättning för att göra en korrekt bedömning av bevisningens styrka.

Det kan invändas att, i den mån domstolen vid rättegångens början har en ”skuldpresumtion”, denna kommer att neutraliseras genom att den tilltalades försvarare lanserar olika förklaringsmodeller till åklagarens påstående. Men för det fall försvaret inte har gjort rätten uppmärksam på relevanta, alternativa förklaringar till åklagarens gärningspåstående kan oskyldighetspresumtionen antas ha viss betydelse när det gäller att undvika

²²⁵ För mer om sannolikheten för ett falskt positivt utfall, se kap. 1.9.

²²⁶ Jfr Nowak, s. 66.

²²⁷ Jfr Nowak, s. 66; Jfr Diesen, s. 81.

att förbise sannolikheten för ett falskt positivt utfall. Här ska också sägas att domstolen är skyldig att självmant utreda om det finns alternativa händelseförlopp till åklagarpåståendet.²²⁸

5.3.3 Domarens skyldighet att värdera varje enskilt bevis

Det har i uppsatsen varnats för risken att domstolen vid bevisvärderingen tar intryck av antalet bevis som förekommer i målet och att det kan leda till en felaktig bevisvärdering.²²⁹

I motiven till rättegångsbalken uppmanas domstolen att inte grunda sin bedömning på ett intuitivt helhetsintryck av bevisningens styrka. I stället sägs att domstolen ska analysera värdet av varje enskilt bevis.²³⁰ Denna princip har sannolikt stor betydelse när det gäller att undvika att överskatta bevismängden; det är först när man ”tränger ned in på djupet” av ett bevis som man har en möjlighet att avgöra kvalitén hos bevisningen²³¹ och kan rikta fokus bort från omständigheter som annars kan ligga till grund för bedömningen och som kan riskera att leda till en oriktig bevisvärdering.

5.4 Betydelsen av bevisvärderingsmetoder

Det finns flera olika metoder för att värdera bevisningens styrka och för att ta ställning till om bevisningens styrka når upp till det gällande beviskravet. Även om metoderna ser olika ut är det övergripande syftet med dem i huvudsak detsamma – nämligen att begränsa intuitionens inflytande över bevisvärderingen.²³² Men på vilket sätt kan det faktum att domaren

²²⁸ Jfr Westberg, s. 890.

²²⁹ Se kap 4.3.

²³⁰ SOU 1938:44, s. 378.

²³¹ Se Nordh, s. 40.

²³² Ekelöf, s. 160, 163f.

använder sig av en metod vid bevisvärderingen göra att bedömningen blir mindre intuitiv?

För det första ska sägas att det på ett generellt plan förmodligen är så att i alla verksamheter, ett metodiskt arbetssätt skapar bättre förutsättningar för ett gott resultat än ett planlöst arbetssätt. Den som använder sig av en metod är mer benägen att aktivera det långsamma och analytiska tänkandet, system 2, än den som tar sig an bevisningen helt planlöst.²³³

För att ge ett konkret exempel kan nämnas att den som genomför bevisvärderingen med hjälp av Bayesiansk sannolikhets teori tvingas att stanna upp och reflektera över sannolikheten för ett falskt respektive sant positivt utfall. I den processen kan det förväntas att bedömaren rör sig bort från det snabba och intuitiva tänkandet, som annars kan präglade bedömningen. Men användningen av Bayesiansk sannolikhets teori utesluter givetvis inte risken för att intuitionen ändå kan ha viss betydelse för att uppskatta sannolikheten för ett visst utfall.²³⁴

För det andra kan det antas att en metod, oavsett vilken den är, i sig utgör en påminnelse om den risk som metoden avser att minimera. Metoden sänder med andra ord en signal till domaren om vikten av att gå långsamt och metodiskt till väga vid bevisvärderingen för att undvika att intuitionen inverkar på bedömningen.²³⁵ På samma sätt som den som sätter på sig säkerhetsbältet i bilen blir medveten om de risker som är förenade med bilkörning blir den som använder sig av en bevisvärderingsmetod påmind om de risker, eller tankefel, som kan uppkomma vid bevisvärderingen.

För det tredje kan en bevisvärderingsmetod hjälpa bedömaren att ställa rätt frågor vid bevisvärderingen.²³⁶ Som tidigare har förklarats uppkommer

²³³ Jfr Guthrie m.fl., s. 40f.

²³⁴ För mer härom se kap. 5.5.

²³⁵ Guthrie m.fl. s. 41. Se också Ekelöf, s. 163.

²³⁶ Jfr Guthrie m.fl., s. 40f.

systematiska tankefel när system 1 besvarar en lättare fråga än den som är föremål för bedömning (substitution).²³⁷

En metod kan visserligen bidra till att bedömaren ställer rätt frågor vid bevisvärderingen. Men det faktum att bedömaren har använt sig av en metod utgör inte någon garanti för att svaret som metoden har lett fram till är riktigt. Träffsäkerheten i svaret beror lika mycket på bedömaren som själva metoden i sig.²³⁸ I nästa avsnitt undersöks därför vilken betydelse domarens inställning till sin intuition har när det gäller att minska risken för att bevisvärderingen görs intuitivt.

5.5 Betydelsen av domarens förhållningssätt till sin intuition²³⁹

Hittills har diskussionen handlat om vilken betydelse ”yttre faktorer” såsom regler och principer samt bevisvärderingsmetoder har för att minska risken för tankefel. Det kan också tänkas att domaren själv bär på ett effektivt verktyg som kan bidra till att tränga undan intuitionen till förmån för ett mer långsamt, rationellt tänkande. Jag tänker här på domarens inställning, eller förhållningssätt, till sin intuition. Hur domaren ser på intuition kan, till skillnad från de åtgärder som har behandlats tidigare, liknas vid en ”inre faktor” som skulle kunna ha betydelse för uppkomsten av tankefel.

Det ligger nära till hands att anta att den domare som är kritisk till sin intuition är mindre benägen att låta den inverka på bevisvärderingen än den som inte är det. Om det stämmer borde alltså ett kritiskt förhållningssätt till intuition vara något att sträva efter för den som har att värdera bevis i brottmål.

²³⁷ Se kap. 3.

²³⁸ Jfr Mellqvist i SvJT 2013, s. 777.

²³⁹ Jfr Mellqvists rubriksättning i festskrift till Torkel Gregow, s. 294. Jfr även Mellqvist i SvJT 2013, s. 777.

5.5.1 Intuition och bevisvärdering i praktiken – vad säger forskningen?

Det är långt ifrån självklart hur domare förhåller sig till intuition. Det är över huvud taget svårt att få någon klarhet i den frågan, för den som inte har varit med under överläggningen. Man kan naturligtvis fråga en domare hur denne, på ett generellt plan, förhåller sig till intuition i den dömande verksamheten. Hur tillförlitligt svaret på den frågan blir kan dock diskuteras.

Det är inte givet att domare lägger märke till i vilken utsträckning som intuitionen faktiskt inverkar på deras bevisvärdering. Och skulle domaren göra det är det inte säkert att han eller hon skulle godta att intuitionen haft betydelse för bedömningen.²⁴⁰

Enligt Kahneman tenderar människor i allmänhet att hysa stark tilltro till sin intuition.²⁴¹ Det kan därför antas att också domare gör det vid bevisvärderingen.²⁴² Mot detta kan invändas att Kahnemans teori är baserad på experiment där t.ex. studenter har fått lösa uppgifter liknande den med bollen och slagträet.²⁴³ Den som har att lösa en sådan uppgift har naturligtvis mindre att förlora på att ge ett intuitivt svar, som kanske är felaktigt, än vad en domare har vid bevisvärderingen. Vid bevisvärderingen i brottmål är det mycket som står på spel. Dessutom styrs bevisvärderingen av flera regler och principer som ger domaren anledning att vara försiktig med att lägga en intuition till grund för bedömningen. Det kan därför tänkas att en domare som dömer är mer benägen att ifrågasätta sin intuition än någon som t.ex. löser en räkneuppgift inom ramen för ett forskningsprojekt.²⁴⁴

²⁴⁰ Jfr dock Mellqvist i SvJT 2013, s. 753 och Mellqvist i festskrift till Torkel Gregow, s. 294f.

²⁴¹ Se kap. 3.

²⁴² Jfr Phalén, s. 806. ”Det vore även naivt att tro att allmängiltiga kognitiva mekanismer inte är applicerbara på domare.”

²⁴³ Denna räkneuppgift har redovisats i kap. 3.

²⁴⁴ Jfr Guthrie m.fl., s. 18f; Jfr Kahneman och Klein, s. 518.

En amerikansk studie som har genomförts vid Cornell University Law School tyder emellertid på att domare i hög grad förlitar sig på sin intuition, men att de emellanåt använder sig av ett mer långsamt tänkande. Detta gäller oavsett om de fattar ett beslut inom ramen för den dömande verksamheten eller inte.²⁴⁵

Av det som har sagts här ovan finns det anledning att anta att domare generellt, mer eller mindre, förlitar sig på sin intuition vid bevisvärderingen.²⁴⁶

5.5.2 Intuition och bevisvärdering – några synpunkter i doktrin

I doktrin framhålls ofta behovet av att motverka att bevisvärderingen görs intuitivt; med domarens intuition följer subjektiva värderingar som inte är rationella och som, om de ligger till grund för bedömningen, kan äventyra säkerställandet av en materiellt riktig dom.²⁴⁷ Samtidigt kan i doktrin och i diskussioner bland jurister synas en tendens att inte helt vilja avfärda intuitionens användbarhet vid bevisvärderingen.²⁴⁸ T.ex. har Peter Nordh uttalat att " Det må synas som en bräcklig grund att stå på, men vid den slutliga sammanvägningen och avstämningen mot bevisbördepunkten är det mest betydelsefulla verktyget domarens *intuition*. (...) Med intuition i detta sammanhang åsyftas domarens kunskap, erfarenhet, klokskap och goda omdöme".²⁴⁹

Det är inte helt klart vad Nordh menar med intuition. Hans beskrivning av intuition för tankarna till det som inom kognitiv psykologi kallas för träffsäker intuition genom erfarenhet.²⁵⁰ Tidigare har förklarats att det kan

²⁴⁵ Se Guthrie m.fl. s. 27.

²⁴⁶ Även om det kan finnas anledning att vara försiktig med att dra generella slutsatser om vilken roll intuitionen spelar vid bevisvärderingen på grundval av studier av detta slag är det svårt att hålla fast vid tanken att intuitionen inte skulle ha någon betydelse alls vid bevisvärderingen. Forskning inom kognitiv psykologi tyder på att människor i allmänhet ofta fattar intuitiva beslut. Och som Natali Phalén har uttalat " Det (...) vore naivt att tro att allmängiltiga kognitiva mekanismer inte är applicerbara på domare." (s. 806).

²⁴⁷ Se t.ex. Diesen (2015), s. 54f.

²⁴⁸ Se t.ex. Bolding, s. 306, 312; Nordh, s. 97; Mellqvist i SvJT, s. 753.

²⁴⁹ Nordh, s. 97 (min kursivering).

²⁵⁰ För mer om träffsäker intuition genom erfarenhet, se kap.3.

ifrågasättas i vad mån en domare har möjlighet att utveckla den typen av träffsäker intuition i sin yrkesutövning.²⁵¹ Ibland görs dock uttalanden som tyder på att det finns de som tror att domare med tiden får kunskap och erfarenhet av att värdera bevis som gör det legitimt att i vissa fall låta intuitionen inverka på bedömningen.²⁵² Lagmannen Mikael Mellqvist har om sin självbild som domare uttalat:

"Jag kan inte räkna alla gånger jag inför en skolklass eller annan grupp efter en huvudförhandling som gruppen övervarat på deras frågor om det inte är svårt att vara domare myndigt förklarar 1) jo, det är det men 2) vi är tränade i vår yrkesroll som vi faller tillbaka på och har förmåga att 3) filtrera vad vi sett och hört så att en ren och fin "sanningsbrygd" droppar ned i koppen."²⁵³

Mellqvist är fullt medveten om att denna självbild är en illusion (även om han inte är beredd att överge nämnda självbild).²⁵⁴ Han antyder dock att det är en självbild som förekommer hos domare.²⁵⁵ Om det stämmer låter jag vara osagt.²⁵⁶ Jag nöjer mig med att konstatera att, för den domare som tror att han eller hon efter att ha värderat bevisning i åtskilliga brottmål har skaffat sig en träffsäker intuition genom erfarenhet (även om dessa termer inte används), är nog steget inte alltför långt att också låta intuitionen komma till uttryck vid bevisvärderingen.

Ett sätt att legitimera domarens intuition vid bevisvärderingen är att hävda att den är baserad på erfarenhet och kunskap, och därmed vilar på rationell grund (även om ett sådant resonemang kan kritiseras).

²⁵¹ Se kap. 5.2.

²⁵² Förutom uttalandet av Nordh, se t.ex. Bolding, s. 312f. "Det är (...) rimligt att anta att domaren har tillägnat sig en viss förmåga att - dock inte utan felmarginal- uppskatta bevisvärdet av sådana vaga omständigheter som en persons "sätt att vara" och "uttrycka sig".

²⁵³ Mellqvist i festskrift till Torkel Gregow, s. 295, fotnot 46.

²⁵⁴ Intill detta uttalande skriver Mellqvist " Jag har kanske då inte varit något annat än en skicklig lögnare?", se Mellqvist i festskrift till Torkel Gregow, s. 295, fotnot 46.

²⁵⁵ Mellqvist i festskrift till Torkel Gregow, s. 294f. och Mellqvist i SvJT 2013 s. 776. Se också Palén, s. 809, som ger uttryck för att också andra än jurister håller fast vid bilden av den objektiva domaren.

²⁵⁶ Jfr Phalén, s. 809f.

Ett annat sätt att närma sig diskussionen om vilken roll som intuitionen bör spela vid bevisvärderingen är att utgå från vilket inflytande som intuitionen faktiskt har över människors tänkande.

Mikael Mellqvist kan anses ge uttryck för det senare synsättet. Han framhåller att människan är en subjektiv varelse som i stor utsträckning lyssnar till sin intuition. Dessa mänskliga egenskaper upphör inte, enligt Mellqvist, att gälla när domaren värderar bevis i domstol. Tvärtom är det ett faktum att bevisvärderingen inte uteslutande vilar på objektiv grund, utan i viss mån också baseras på domarens (subjektiva) tro, tyckande och vetande, och inte minst – på domarens intuition.²⁵⁷ Trots att det förhåller sig på detta sätt försöker jurister, enligt Mellqvist, att upprätthålla en bild av den objektiva domaren som har förmåga att se bort från sin intuition²⁵⁸ i hopp om att bibehålla samhällets förtroende för rättsväsendet.²⁵⁹

Mellqvist konstaterar inte bara att intuitionen faktiskt spelar roll vid bevisvärderingen. Han ger också uttryck för att det är oundvikligt att den gör det. Han uttalar att: ”det kanske är ofrånkomligt att bevisvärdering till stora delar är subjektivt betonat. Domarens intuition är en avgörande faktor; och så kanske det måste vara.”²⁶⁰

Genom att tillämpa någon form av modell vid bevisvärderingen kan bedömningen, enligt Mellqvist, bli mindre subjektiv. Han poängterar dock att ”även med tillgång till sådana modeller måste vi inse och erkänna att de bedömningar och värderingar som görs inom ramen för dessa strukturer i grund och botten inte kan vara annat än subjektiva, eller som bl.a. Per Olof Ekelöf uttryckt det, intuitiva.”²⁶¹

Så hur menar Mellqvist att domaren *bör* förhålla sig till sin intuition? Svaret är inte givet. Det är tydligt att Mellqvist anser att domaren, och andra, måste inse att domaren inte är någon ”avhumaniserad subsumtionsautomat”²⁶² som

²⁵⁷ Mellqvist i SvJT, s. 753, 775, 778; Mellqvist i festskrift till Torkel Gregow, s. 267f, 294f.

²⁵⁸ Mellqvist i festskrift till Torkel Gregow, s. 267; Mellqvist i SvJT, s. 755f.

²⁵⁹ Mellqvist i SvJT, s. 775f.

²⁶⁰ Mellqvist i SvJT, s. 753.

²⁶¹ Mellqvist i SvJT, s. 777.

²⁶² Mellqvist i festskrift till Torkel Gregow, s. 767, med hänvisningar.

kan se bort från sin intuition.²⁶³ Det är också tydligt att Mellqvist anser att intuitionen i vissa fall t.o.m. bör inverka på bedömningen. Han påpekar att ”Om jag som domare *känner* att bevisningen för en fällande dom inte är tillräckligt övertygande är det min skyldighet att frikänna! Motiveringen må bli den det blir; varje läsare av domen måste inte instämma i slutsatsen.”²⁶⁴

Om Mellqvist är lika frisinnad när det gäller att låta intuitionen ge utslag i motsatt riktning, dvs. att meddela en fällande dom när domaren ”känner” att bevisningen är tillräcklig är ytterst tveksamt.²⁶⁵ Det kan dock noteras att Mellqvist inte föreslår att domaren aktivt ska motarbeta intuitionen, eller ens ifrågasätta den ²⁶⁶, vilket kan hänga samman med att han anser att detta inte är möjligt.

Mellqvists beskrivning av hur bevisvärdering i praktiken går till för tankarna till den teoribildning som Christian Diesen kallar för den narrativa teorin.²⁶⁷ Den narrativa teorin utgår från att mänskliga bedömningar, oavsett om de görs i domstol eller inte, är subjektiva och intuitiva och att det inte går att ändra på.²⁶⁸ Diesen varnar för de negativa konsekvenser ett sådant ”pessimistiskt synsätt” kan ha på bevisvärderingen; genom att luta sig mot det faktum att den dömande verksamheten aldrig kan bli annat än subjektiv blir det legitimt att ge upp strävan efter att uppnå en objektiv och strukturerad bevisvärdering. Enligt honom finns det utan denna strävan en risk för att domarens intuition ges fritt spelrum.²⁶⁹

Den inställning till intuition som Mellqvist och den narrativa teorin ger uttryck för kan beskyllas för att vara pessimistisk. Men den skulle också kunna beskrivas som realistisk; forskning tyder trots allt på att domare,

²⁶³ Mellqvist i festskrift till Torkel Gregow, s. 294f. Jfr det synsätt som förespråkas av de s.k. ”formalisterna” (the formalists), se Guthrie m.fl., s. 2.

²⁶⁴ Mellqvist i SvJT, s. 753, fotnot 12.

²⁶⁵ En annan sak är att intuitionen, enligt Mellqvist, i praktiken också kommer att ge utslag i fällande riktning.

²⁶⁶ Jfr Mellqvist i SvJT, s. 753; Jfr Mellqvist i Festskrift till Torkel Gregow, s. 263-295.

²⁶⁷ Jfr Diesen (2015), s. 36, fotnot 14.

²⁶⁸ Diesen (2015), s. 32ff.

²⁶⁹ Diesen (2015), s. 34ff, 54f.

liksom människor i allmänhet, hyser stark tilltro till intuitionen. Men frågan är om det behöver vara på det sättet.

5.5.3 Är det möjligt att förhålla sig till sin intuition?

Intuitionen kommer till oss automatiskt och omedvetet. Vi reflekterar kanske inte ens över att bakgrunden till att vi tycker så eller så grundar sig på en intuition som inte har föregåtts av ett nyanserat, kritiskt och mer analytiskt tänkande.²⁷⁰

En förutsättning för att över huvud taget kunna förhålla sig till sin intuition på ett medvetet sätt är att känna till vilken betydelse den har för vårt tänkande. Men även för den som är medveten om hur aktivt system 1 är, och vilka systematiska tankefel som följer av denna typ av tänkande, är det mycket svårt att i praktiken ifrågasätta intuitionen; intuitionen kommer med en stark känsla av att den stämmer (kom ihåg räkneexemplet med slagträet och bollen).²⁷¹

Kahneman ger dock uttryck för att det i viss mån är möjligt att tränga undan intuitionen för ett mer rationellt tänkande. Vi har helt enkelt möjlighet att tänka långsamt i fler situationer än vad vi gör idag, och därmed förbättra säkerheten i våra beslut.²⁷² Detta är i linje med den amerikanska studie som nämndes ovan.²⁷³ Men, betonar Kahneman, vi måste acceptera att det sätt som vår hjärna fungerar på innebär att intuitionen oundvikligen har och kommer att ha betydelse för vårt tänkande. Detta gäller även för den som är medveten om vilka risker som är förenade med att förlita sig på intuition.²⁷⁴

²⁷⁰ Kahneman, s. 10, 35.

²⁷¹ Kahneman, s. 468ff.

²⁷² Jfr Kahneman (2013). Kahneman säger inte detta uttryckligen, men det är ett genomgående tema i boken.

²⁷³ Guthrie m.fl. s. 28f; Jfr Dahlman, s. 11, ”Att ha ett välfungerande system 2 är lika krävande som att ha en vältränad kropp. Det kräver ständig träning i analytiskt tänkande.”

²⁷⁴ Kahneman, s. 35, 468ff.

6 Analys och slutsatser

Det övergripande målet med bevisprövningen i brottmål är att domstolen ska meddela en *materiellt riktig dom*. Inom ramen för den fria bevisvärderingen är domstolen skyldig att göra en objektiv bedömning grundad på *rationella* skäl.

Forskning i kognitiv psykologi visar emellertid att människor i stor utsträckning förlitar sig på sin intuition. Denna forskning visar också att intuitiva bedömningar, som fattas i oregelbundna miljöer, och där det saknas möjlighet till snabb och tydlig feedback, sällan är rationella. Där finns det stor risk för att intuitioner präglas av systematiska tankefel.

Domare arbetar i en miljö där det typiskt sett saknas förutsättningar för att utveckla träffsäker intuition genom erfarenhet. Trots det finns det anledning att anta att domare emellanåt värderar bevisning intuitivt. Om det stämmer är det problematiskt i ett rättssäkerhetsperspektiv.

I uppsatsen har jag vid flera tillfällen återkommit till räkneuppgiften med slagträet och bollen. Den domare som känner till de intellektuella processer som sker när vi människor ger oss i kast med att lösa en uppgift av den typen har, enligt min mening, en fördel vid bevisvärderingen.

På samma sätt som man kan hamna fel när man försöker lösa räkneuppgiften intuitivt, kan man hamna fel när man försöker besvara en bevisrättslig fråga med hjälp av intuition. Och på samma sätt som man – genom att använda sig av sitt långsamma tänkande – kan motverka ett tankefel när man löser räkneuppgiften, kan man motverka ett tankefel vid bevisvärderingen, om man tänker långsamt.

Genom att värdera bevisning i enlighet med de regler och principer som styr bevisprövningen i brottmål, kan prövningen, åtminstone teoretiskt sett, göras mindre intuitiv, och därmed mer rättssäker. Vidare kan en

bevisrättslig metod sannolikt bidra till att domaren i större utsträckning än annars gör bevisvärderingen med det långsamma, rationella tänkandet.

En regel eller metod kan utgöra ett användbart verktyg för att uppnå ett visst resultat, men resultatet beror inte enbart på verktyget utan också på den som använder det. Här är användaren domaren. Domarens *inställning till sin intuition* har, enligt min mening, störst betydelse när det gäller att undvika tankefel i bevisvärderingen. Det beror på att intuitionen är kopplad till bedömaren. Intuitionen kommer så att säga att ”följa med domaren in i bedömningen”, oavsett om den görs med hjälp av en metod eller inte. Den domare som använder sig av t.ex. Bayesiansk sannolikhetsteori och ställer sig frågan, vilken sannolikheten är för ett falskt positivt utfall, kommer att få ett intuitivt svar. Det är ingenting som domaren kan påverka, utan det sker automatiskt. Vägen till en mer rationell bevisvärdering fri från tankefel går därför via domarens inställning, eller förhållningssätt till ett sådant intuitivt svar.

Så hur *bör* då domaren förhålla sig till sin intuition?

Ett förhållningssätt är att, i likhet med Mikael Mellqvist och förespråkarna för den narrativa teorin, hävda att det inte går att välja att förhålla sig till intuitionen på ett eller annat sätt; den inverkar och kommer alltid att inverka på bedömningen.

Ett annat förhållningssätt är att – även om det är möjligt att tränga undan intuitionen – hävda att det inte alltid bör göras eftersom domare med tiden får en erfarenhet av att värdera bevis som gör det legitimt att förlita sig på intuitionen i vissa sammanhang (jfr Peter Nordh).

Det senare förhållningssättet är svårt att försvara, eftersom domare verkar i en miljö där förutsättningarna för att utveckla s.k. träffsäker intuition genom erfarenhet saknas.

När det gäller det första förhållningssättet är inte heller det tillfredsställande. Precis som Christian Diesen har påpekat kan ett sådant ”pessimistiskt synsätt” bidra till att det blir legitimt att ge upp en strävan efter att uppnå en objektiv och strukturerad bevisvärdering som är fri från domarens personliga värderingar och intuitioner. Det i sig kan försvåra för domaren att närma sig målet – att meddela en materiellt riktig dom. Dessutom finns det anledning att tro att, även om det är mycket svårt, det *i viss mån* går att tränga undan intuitionen till förmån för ett mer rationellt tänkande genom att man förhåller sig kritisk till intuitionen och kontrollerar att den stämmer med hjälp av det långsamma tänkandet. Och det är så jag anser att domare som värderar bevis i brottmål *bör* göra.

Även om man tänker långsamt är det inte säkert att man upptäcker tankefel. Detta helt enkelt eftersom man inte vet vad man ska ”leta efter”. Förutom vikten av att tänka mer långsamt, betonar Kahneman vikten av att lära sig att känna igen olika typer av tankefel för att kunna undvika dem. I den här uppsatsen har jag – med hjälp av fallet Olle Möller – belyst tre tankefel som har betydelse på bevisrättens område. Den som känner till dessa tankefel har naturligtvis större chans att undvika dem än den som inte har hört talas om dem.

Ett första steg till en mer rättssäker bevisvärdering, befriad från tankefel, är alltså att domare skaffar sig kännedom om olika typer av tankefel och hur de uppkommer. På ett övergripande plan handlar det om att domare behöver intressera sig för det mänskliga tänkandet och inse vikten av att ta del av forskning i kognitiv psykologi, för att bevisvärderingen i brottmål ska bli så objektiv och rationell som lagstiftaren har betonat att den ska vara.

Det är säkert en del domare som känner till Daniel Kahneman och hans s.k. tvåsystemsteori. Men frågan är om majoriteten av dem är medvetna om vilken roll som deras intuition spelar vid bevisvärderingen, och vilka risker som är förenade med intuitivt tänkande. Jag tror att generellt sett är kognitiv psykologi ett område som många – inte bara domare – kan utvecklas inom.

Det finns en risk för att man omedvetet framställer ett problem som större än vad det egentligen är. Det är någonting som jag med jämna mellanrum har fått påminna mig själv om. Jag har försökt att vara ödmjuk, att inte dra för långtgående slutsatser. Jag är helt övertygad om att domare alltid strävar efter att göra en noggrann och säker bevisvärdering. Jag tror heller inte att det finns någon domare som anser att bevisvärderingen som utgångspunkt bör göras intuitivt, även om det kan finnas de som är av den uppfattningen att intuitionen *ibland* kan ha *viss* betydelse för att värdera bevis i domstol. Jag säger inte att den bevisvärdering som sker i svenska domstolar ofta präglas av systematiska tankefel. Jag säger att bevisvärdering är komplext och att människans (och domarens) sätt att tänka inte gör bevisvärderingen mindre komplex, snarare tvärtom. Därför är det viktigt att domaren vid bevisvärderingen stannar upp, tänker efter och *tänker långsamt*. Genom att göra så skapar domaren de bästa förutsättningarna för att göra en objektiv bedömning grundad på *rationella* skäl och för att meddela en materiellt riktig dom.

Av denna framställning kan den slutsatsen dras att det inte är möjligt att helt undvika systematiska tankefel vid bevisvärderingen i brottmål men att det finns anledning att anta att domare kan vidta åtgärder som bidrar till att minska risken för att sådana fel inverkar på bevisvärderingen.

6.1 Avslutande kommentar

I den här uppsatsen har jag lagt fokus på hur den *enskilde domaren*, bl.a. genom ett medvetet förhållningssätt till sin intuition, kan minska risken för systematiska tankefel vid bevisvärderingen. Men samspelet och kommunikationen mellan domare är minst lika viktigt för att undvika att det görs systematiska tankefel samt meddelas materiellt felaktiga domar.

Daniel Kahneman framhåller att det är lättare att upptäcka tankefel hos andra än hos sig själv. Det är därför, enligt Kahneman, viktigt att organisera en verksamhet på ett sätt som ger utrymme för personerna som arbetar inom verksamheten att kunna leverera konstruktiv kritik.²⁷⁵

Om man överför Kahnemans tankar till en brottmålsprocess så skulle det kunna låta ungefär såhär: den enskilde domaren kan genom långsamt tänkande fatta ett bra beslut, men han eller hon kan förmodligen fatta ett bättre beslut genom att tänka långsamt tillsammans med andra. Det kan i framtiden finnas anledning att se över hur brottmålsprocessen ska se ut för att den ska gynna en öppen diskussion, under överläggningar och inför domar och beslut.

Efter att ha nyanserat bilden en aning genom att lyfta problematiken med tankefel på ett större, organisatoriskt plan, vill jag återigen rikta blicken till den enskilde domaren. För även om det kan vara så, att den rättskipande verksamheten gynnas av att det finns möjlighet för domare att komma med synpunkter på andra domares bedömningar, går det inte att komma ifrån att, för att verkligen kunna minska risken för tankefel vid bevisvärderingen, den enskilde domaren måste kunna ifrågasätta och kritisera sina egna bedömningar, och inte minst – sina intuitioner. Och för det krävs ett visst mått av ödmjukhet och självinsikt. Min förhoppning är att denna uppsats kan bidra med att belysa vikten av dessa egenskaper hos domare som värderar bevis i brottmål och förhoppningsvis inspirera jurister i allmänhet och domare i synnerhet till att se på bevisrättsliga frågor i ljuset av hur det mänskliga tänkandet fungerar.

²⁷⁵ Kahneman, s. 469f.

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck:

SOU 1926:32

SOU 1938:44

Litteratur:

Bazerman, M. H., Judgment in managerial decision making (6th ed.).
Hoboken, NJ: Wiley, 2005.

Bolding, Per Olof, ”Sannolikhet och Bevisvärdering i brottmål”, SvJT 1953
s. 305

Croskerry, P., och Norman, G., Overconfidence in clinical decision making,
The American Journal of medicine, 121, s. 24-29., 2008.

Dahlman, C., Zenker, F., Bååth, R., och Sarwar, F. (2015). Giving reasons
pro et contra as a debiasing technique in legal decision making. In
Mohammed, D. & Lewinski, M. (eds). *Proceedings of the First
International European Conference on Argumentation, Lisbon, June 2015*,
pp. 807 – 820. London: College publications

Dahlman, Christian, Zenker, Frank, (2016) Debiasing and Rule of Law,
Legal Argumentation and the Rule of Law, p. 217-229.

Dahlman, Christian, Zenker, Frank, Sarwar, Farhan, Miss rate neglect in
legal evidence, Law, Probability and Risk, 15(4). p. 239-250.

Diesen, Christian, ”Bevisprövning i brottmål”, Stockholm, 2015, 2. uppl.

Diesen, Christian, ”Bristande professionalism – om utredning, objektivitet,
resning och bevisvärdering i fallet med den livstidsdömde hemvårdaren”,
Juridisk Tidsskrift, nr 1 2002/03

Diesen, Christian, ”Utevarohandläggning och bevisprövning i brottmål”,
Stockholm, 1993

Ebervall, Lena och Samuelsson, Per E, "*Mördaren i folkhemmet*", Stockholm, 2012

English, B., Mussweiler, t., och Strack, F. (2006) Playing dice with criminal sentences: The influence of irrelevant anchors on experts` judicial decision making. *Personality and Social Psychology Bulletin*, 32 (2), 188-200.

Ekelöf, Per Olof, Edelstam, Henrik, Heuman, Lars, "*Rättegång fjärde häftet*", Stockholm, 2009, uppl. 7

Enescu, R., och Kuhn, A. (2012), Serial effects of evidence on legal decision making. *European Journal of Psychology Applied to Legal Context*, 4(2): 99– 118.

Frederick, Shane, "Cognitive Reflection and Decision Making", *Journal of Economic Perspectives*—Volume 19, Number 4—Fall 2005—Pages 25–42

Guthrie, Chris, Rachlinski, Jeffery J., Wistrich, Andrew J., "Blinking on the Bench: How Judges Decide Cases" (2007), Cornell Law Faculty Publications, Paper 917

Gregow, Torkel, "Några synpunkter på frågan om bevisprövning och bevisvärdering i mål om sexuella övergrepp mot barn", *SvJT* 1996 s. 509

Heuman, Lars, "Domarens och åklagarens skyldighet att vara objektiva", *Juridisk Tidskrift*, Nr 1 2004/05

Kahneman, D., Renshon, J., Why hawks win, *Foreign Policy*, 158, 34-38, 2007.

Kahneman, Daniel, "*Tänka, snabbt och långsamt*", Stockholm, 2013

Kahneman, Daniel och Klein, Gary, "Conditions for Intuitive Expertise, A Failure to Disagree", *American Psychologist*, 2009

Kahneman, Daniel och Tversky, Amos, "Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases", *Science*, New Series, Vol. 185, No. 4157. (Sep. 27, 1974), pp. 1124-1131

Nowak, Karol "*Oskyldighetspresumtionen*", Stockholm, 2003, 1.uppl

Korling, Fredric och Zamboni, Mauro, "*Juridisk metodlära*", Lund, 2013, 1 uppl.

Lagnado, David, Thinking about Evidence, i Dawid, P., Twining, W., Vasaliki, M., (ed.) Evidence, Inference and Enquiry. Oxford University Press/British Academy, 2011.

Lambertz, Göran, ”Kvalitetssäkring av bevisprövningen i brottmål”, SvJT 2009 s. 1

Mellqvist, Mikael, ”Om tro, tyckande och vetande Högsta domstolens värderingar av utsagor i brottmål”, SvJT 2013 s. 753

Mitchell, Gregory, "Taking Behavioralism Too Seriously? The Unwarranted Pessimism of the New Behavioral Analysis of Law", 43 *William & Mary Law Review*. 1907 (2002).

Möller, Olle, ”*Jag är oskyldig!*”, Malmö, 1966

Nordh, Roberth, ”*Bevisvärdering, Bevisrätt C, Praktisk Process VIII*”, Uppsala, 2013

Nordgaard Andres, Rasmusson, Birgitta, ”The Likelihood Ratio as Value of Evidence”, Law, Probability and Risk, 2012.

Olsen Lena, ”Rättsvetenskapliga perspektiv”, SvJT 2004 s. 105-145.

Phalén, Natali, ”Mediebevakning – ett hot mot domarens objektivitet?”, Juridisk Tidskrift, Nr 4 2013/14

Sidoli, Henry, ”*Olle Möller och orättvisan*”, Stockholm, 2010

Wiklund, Nils och Sjölund, Ulla, ”*Svensk vittnespsykologi: utsagepsykologi i teori och praktik*”, Lund, 2005

Westberg, Peter, ”Förklaringsbörda och knölargument i brottmål- den moderne domarens vapen i kampen mot brottsligheten?”, Juridisk Tidskrift, Nr 5 1992/93

Festskrift till Torkel Gregow, Stockholm, 2010, 1 uppl.

Festskrift till Lars Welamson (Redaktionskommitté: Olle Höglund), Stockholm, 1988

Rapporter:

Nordgaard, Anders och Rasmusson, Birgitta, ”Värdering av forensiska resultat som del i bevisvärderingen, SKL Intern rapport, Staben, 2014

Kurskompendium:

Materialsamling, del 1, JUEN12 Bevisvärdering, höstterminen 2015

Materialsamling, del 3, JUEN12 Bevisvärdering, höstterminen 2015

Dahlman, Christian, JUEN12 Bevisvärdering, höstterminen 2015

Seminarium:

Seminarium med Anders Nordgaard den 3 dec 2015 inom ramen för kursen bevisvärdering, HT 2015

Elektroniska källor:

<http://www.ne.se/uppslagsverk/encyklopedi/lång/intuition>

https://www.aklagare.se/om_rattsprocessen/fran-brott-till-atal/atalsbeslutet/

<http://nfc.polisen.se/kriminalteknik/logiska-angreppssattet/>

<http://nfc.polisen.se/om-nfc/undersokning-och-analys/>

<http://kriminalteknik.nu/statistikens-roll-i-forensiken/>

<https://www.diva-portal.org/smash/get/diva2:565423/FULLTEXT01.pdf>

Domstolshandlingar:

Förundersökningsprotokoll daterad 18 december 1940

Medicinalstyrelsens utlåtande, PM, D.n:r 2335 M/1941

PM undertecknat Hugo Lindberg, den 6 februari, 1941

Rättsfallsförteckning

Rådhusrättens dom den 7 mars 1941

NJA 1980 s. 725

NJA 1991 s. 612

NJA 1996 s. 176

NJA 2015 s. 702