

Erling Eide

*Bevisvurdering. Usikkerhet og sannsynlighet*

Cappelen Damm Akademisk, Oslo 2016 (208 sider)

Sannsynlighetsteori har tradisjonelt vært et sentralt element i juridisk bevisteori i de fleste nordiske land. Dette skyldes en oppfatning om at sannsynlighetsteorien peker ut den riktige tenkemåten i bevisbedømmelsen, og en tiltro til at bevisbedømmelse basert på sannsynlighetsteori dermed gir høyest treffsikkerhet. Samtidig har det vært en utbredt holdning at komplekse bevissituasjoner og manglende kjennskap til sannsynlighetene som skal inngå i beregningene, gjør det vanskelig å bruke sannsynlighetsteori i praksis.

Rettsøkonomen Erling Eide ga i fjor ut boken *Bevisvurdering*, med undertittelen *Usikkerhet og sannsynlighet*. Ifølge forfatteren har boken som formål «å vise at sannsynlighetsteori har mer å fare med enn hva kritikken av denne teorien kan gi inntrykk av» (s. 15). Nå er det riktignok ikke sannsynlighetsteorien i seg selv som er blitt kritisert i den bevisteoretiske debatten, men derimot oppfatningen om teoriens relevans for juridisk bevisbedømmelse. Og det er altså denne relevansen Eide vil argumentere for. Forfatteren skriver lite om kortstokker og terninger, og til gjengjeld mye om situasjoner som kan oppstå i bevisbedømmelsen.

Forfatteren har, slik jeg leser boken, både et pedagogisk og et normativt prosjekt. Det pedagogiske prosjektet er at leseren skal tilegne seg grunnleggende innsikter om bayesiansk sannsynlighetsteori, mens det normative prosjektet består i anbefalinger om å nyttiggjøre seg slike innsikter i bevisbedømmelsen. Begge deler motiveres ved å gi eksempler på «farer og problemer som oppstår hvis sannsynlighetsteori og statistikk neglisjeres ved bevisvurderingen» (s. 18).

I innledningskapitlet presenterer Eide fire argumenter for sannsynlighetsbegrepets relevans for juridisk bevisteori: For det første finnes det relevante feilkilder som sannsynlighetsteorien kan avdekke, for det andre må bevisbedømmeren kjenne til statistiske metoder som brukes av sakkyndige, for det tredje må bevisbedømmeren vurdere graden av sikkerhet ved bevisene samlet sett, og for det fjerde bør beviskravet defineres presist som en sannsynlighetsgrad.

Forfatteren veksler i fortsettelsen mellom å presentere og anvende bayesiansk sannsynlighetsteori, og å omtale feilkilder i bevisbedømmelsen. Kapittel 2 er viet Bayes' formel, mens kapittel 4 tar for seg beregninger på odds-form og sammenhengen mellom disse og beregninger ved hjelp av Bayes' formel. Kapittel 5 gir eksempler på bruk av sannsynlighetsteorien i bevisbedømmelse, mens

kapitlene 3 og 6 er viet feilkilder, blant annet forveksling av betingede sannsynligheter, konjunksjonsfeil og feilaktig forutsetning om uavhengige sannsynligheter. Boken avsluttes med et kapittel med refleksjoner om bruk av sannsynlighetsteori i bevisbedømmelsen, og tre utdypende appendikser.

Innføringen i bayesiansk sannsynlighetsteori i kapittel 2 tar utgangspunkt i et scenario som Eide har brukt i et eksperiment over flere år med et stort antall jusstudenter. Eksperimentet bekrefter tidligere studier som viser at folk flest har en tendens til å undervurdere eller helt neglisjere sannsynligheten for et fenomen når man skal vurdere påliteligheten til et vitneutsagn. På pedagogisk vis presenterer Eide ulike tankemessige veier frem til et resultat som mange vil oppleve som kontraintuitivt, nemlig at hyppigheten av et fenomen (f.eks. at en observert bil er rød) påvirker sannsynligheten for at et vitneutsagn om at dette fenomenet har inntruffet ved en spesiell anledning (f.eks. at den observerte bilen var rød), er riktig. I det konkrete eksperimentet blir det opplyst at 1 av 1000 biler røde, og at vitnet alltid sier «rød» hvis bilen er rød, men også i 5 prosent av tilfellene hvor bilen ikke var rød. I motsetning til hva et stort flertall av studentene svarte, er det lite sannsynlig at vitneutsagnet er riktig. Sannsynligheten er rundt to prosent, noe som skyldes den lave andelen røde biler. Leseren får rikelig anledning til å forstå dette, og at Bayes' formel gir den riktige tenkemåten, gitt eksperimentets forutsetninger.

Generelt betrakter jeg bokens pedagogiske prosjekt som meget vellykket, gitt at det her skal formidles matematiske sammenhenger som vil fortone seg kompliserte for lesere som ikke er fortrolige med dette. I den forbindelse vil jeg særlig fremheve drøftelsen i kapittel 4 av forholdet mellom Bayes' formel og sannsynligheter på odds-form, som på en forbilledlig måte får frem sammenhengene mellom de to ulike måtene å uttrykke og beregne sannsynligheter på. Det at leseren gis mulighet til å forstå disse sammenhengene, vil bidra til at kunnskapen som formidles, ikke er glemt når man har lagt fra seg boken.

På ett punkt kunne jeg likevel ha ønsket at fremstillingen var noe mer pedagogisk. Dette gjelder eksemplifiseringen i kapittel 6 av enkelte typer av feilslutninger, mer konkret «aktors feilslutning» og «forsvarers feilslutning». Dette er betegnelser som er vanlig å bruke ikke om en hvilken som helst feilslutning henholdsvis en aktor eller en forsvarer kan begå, men om to bestemte (og ulike) typer feilslutninger, som er henholdsvis til skade for og til gunst for tiltalte. Slik disse norske (og tilsvarende engelske) betegnelsene vanligvis brukes, går aktors feilslutning ut på at man på bakgrunn av en konstatering av at bare for eksempel 2 prosent av befolkningen passer med et sett av egenskaper ved gjerningspersonen, og en konstatering av at tiltalte har disse egenskapene, trekker den slutningen at

det er 98 prosent sannsynlighet for at tiltalte er skyldig. I så fall overser man at det er mange personer som har disse egenskapene (f.eks. 2.000 i en populasjon på 100.000), og at sannsynligheten for at tiltalte er skyldig, dermed er mye lavere. Forsvarers feilslutning går derimot ut på å betrakte alle de 2.000 som like sannsynlige gjerningspersoner (slik at det angivelig bare er 0,05 prosent sannsynlighet for at tiltalte er skyldig). Dette er to helt ulike typer feilslutninger, og fullt ut i samsvar med hva Eide selv skriver i kapittel 3 (s. 80-82). Men slik jeg oppfatter det, har aktoratet i for eksempel Sally Clark-saken (s. 128-131, omtalt som eksempel på «aktors feilslutning») i alle fall langt på vei begått samme feilslutning som forsvaret i for eksempel O.J. Simpson-saken (s. 141, omtalt som eksempel på «forsvarers feilslutning»): Det at A sjelden forekommer, eller sjelden er årsak til B, brukes som argument for at A ikke er årsaken til et faktisk inntruffet tilfelle av B, uten at man har sammenliknet A med andre mulige årsaker til B. I begge sakene synes det som om man har ignorert at når B først har inntruffet, så må B ha en årsak, og at A tross alt kan være mer sannsynlig enn andre mulige årsaker til B. Hvorfor det ene er et eksempel på aktors feilslutning, og det andre et eksempel på forsvarers feilslutning – utover at feilen er begått av henholdsvis en aktor og en forsvarer – kommer ikke klart frem. Og om det nå skulle være slik at Eide i kapittel 6 bruker betegnelsene bare for å angi *hvem* som har begått en feilslutning, og ikke som betegnelser for *hva* feilslutningen går ut på, så bidrar det til forvirring at den aktuelle feilslutningen i Sally Clark-saken omtales tidligere i boken som forsvarers feilslutning (s. 61). Men dette er en bagatell som ikke røkkes ved min positive vurdering av bokens pedagogiske prosjekt.

Det normative prosjektet kan grovt deles i to, hvor den ene delen dreier seg om å anvende sannsynlighetsteoretiske innsikter for å unngå visse feilslutninger (kapitlene 3 og 6), og den andre om anbefalinger i retning av sannsynlighetsteori som overordnet metode i bevisbedømmelsen (kapitlene 5 og 7). Jeg skriver «i retning av» fordi Eide mener at sannsynlighetsteori ikke kan være enerådende i alle straffesaker, og derfor må kombineres – i alle fall i noen saker – med andre metoder.

Feilkildene blir i Eides fremstilling illustrert med eksempler fra rettssaker som viser hvordan den aktuelle feilkilden kan slå inn i juridisk bevisbedømmelse. Feilkildene som diskuteres, er det nyttig for bevisbedømmeren å ha innsikt i selv om han eller hun ikke selv regner på sannsynligheter. Kunnskap om slike feilkilder vil gjøre det lettere for bevisbedømmeren å etterprøve resonnementer hos sakkyndige som benytter statistiske beregninger, og å forstå hva en bestemt sannsynlighet kan brukes til videre i bevisbedømmelsen.

Anbefalingene i retning av sannsynlighetsteori som overordnet metode i bevisbedømmelsen er mer kontroversielle, både når det gjelder realismen i anbefalingene og i lys av bevisrettslige normer.

For å begynne med det siste: Eide mener at uskyldspresumsjonen tilsier at dommeren i utgangspunktet betrakter det som like sannsynlig at tiltalte er skyldig som at han eller hun ikke er skyldig. Dommeren rådes med andre til å sette forhåndssannsynligheten for at tiltalte er skyldig, til 50 prosent – som et uttrykk for «den naturlige uvitenhet» (s. 104). Uten selv å ta stilling til dette, antar jeg at mange bevisteoretikere vil mene at hvis man i det hele tatt skal sette en forhåndssannsynlighet – noe man ikke kommer utenom hvis man vil bruke Bayes' formel – så vil uskyldspresumsjonen innebære at den settes svært lavt, om enn ikke til 0 (ettersom ingen bevis i så fall kunne øke sannsynligheten, siden resultatet av å multiplisere noe med null, blir null). Kontroversielt er det også å mene at «hvis en dommer har den oppfatning at aktoratet har rett i tre av fire tilfeller, står det ham naturligvis fritt å innføre denne frekvensen som en forhåndssannsynlighet» (s. 104). Dette er riktignok ikke det Eide selv anbefaler, men hans liberale holdning på dette punktet står i skarp kontrast til en veletablert oppfatning om at tiltalen i seg selv ikke kan anses å ha bevisverdi.

Når det gjelder realismen i anbefalingene, må det for ordens skyld nevnes at jeg er blant dem Eide sikter til når han skriver om «forfattere som har et avmålt forhold til å benytte sannsynligheter ved vurdering av bevis» (s. 87). Som han er inne på flere steder i boken, er de vanlige innvendingene mot bevisbedømmelse i form av sannsynlighetsregning knyttet dels til hvilke bevissituasjoner dommere møter i det praktiske rettsliv, dels til bevisbedømmernes kunnskapsnivå på det sannsynlighetsteoretiske området. Forfatteren mener imidlertid at skepsisen er basert på en overvurdering av problemene knyttet til kompleksitet og ukjente sannsynligheter i bevismaterialet så vel som en undervurdering av dommere.

Denne delen av det normative prosjektet er i mine øyne minst konkretisert, og den delen som etterlater flest spørsmål. Eide råder bevisbedømmeren til å gjennomføre sensitivitetsanalyser der hvor det ikke finnes anvendelig statistikk – med andre ord å variere sannsynlighetsanslagene for å se hvordan dette slår ut. Men utover dette er det ikke så mye konkret å finne om hvordan man skulle anvende bayesiansk sannsynlighetsteori som overordnet metode i bevisbedømmelsen, og hvordan dette eventuelt skulle kombineres med andre metoder, som Eide skriver at det gjerne vil være behov for. Oppsummert i én setning kan man si at Eides generelle anbefaling er å anvende bayesiansk sannsynlighetsteori så langt den rekker. Så blir spørsmålet hvor langt den rekker – men dét er et spørsmål som i liten grad besvares i boken.

Eide anerkjenner at det kan være vanskeligheter knyttet til «tallfesting av subjektive sannsynligheter og [...] komplekse beregninger», men mener at selv om disse vanskelighetene «kan bli nærmest uløselige i enkelte saker», så «kan ikke [det] forhindre at de lett kan behandles i andre» (s. 166). Slike bemerkninger er i seg selv neppe nok til å overbevise skeptikerne. Det som antakelig må til, er et konkret eksempel på anvendelse av sannsynlighetsteori som overordnet metode i en autentisk straffesak hvor det ikke er enighet om faktum, og hvor anvendelsen er basert på en detaljert gjengivelse av bevismaterialet. I Eides fremstilling er eksemplene enkle, noe som er nødvendig av pedagogiske grunner. Men dermed vil de ikke være realistiske eksempler på totale bevissituasjoner i virkelige saker, og da er det vanskelig å vurdere om det er grunnlag for optimismen som kommer til uttrykk i boken.

Skepsisen knyttet til bevisbedømmernes kunnskapsnivå er basert dels på en oppfatning om at dommere ikke har den nødvendige kunnskap om sannsynlighetsteori, dels på en oppfatning om at det heller ikke er realistisk at de skulle skaffe seg slik kunnskap. Eide ser ut til å dele den første oppfatningen, men ifølge ham er det «vanskelig å forstå at det skulle være vanskeligere for dommere enn for utøvere av andre funksjoner i samfunnet å skaffe seg en akseptabel innsikt i sannsynlighetsteori» (s. 35). Selv om dette kanskje er noe man kunne forvente av fagdommere – riktignok avhengig av hva som er å anse som «akseptabel» innsikt (jf. f.eks. henvisningen til litteratur om bayesianske nettverk helt avslutningsvis) – er det vel mer tvilsomt om man kan forvente det samme av lekdommere. I så fall reiser Eides anbefalinger spørsmål om lekdommernes rolle i straffeprosessen, ettersom prosessordningene i de nordiske land involverer lekdommere som skal ta selvstendig stilling til skyldspørsmålet. Skulle sannsynlighetsteori bli et sentralt innslag i rettens rådslagning under domskonferansen, er det vel en fare for at lekdommerne blir marginalisert i bevisbedømmelsen, som nettopp er det området hvor de tradisjonelt er blitt ansett som like kompetente som fagdommerne. Det er også mulig å forestille seg at statistikkyndige kunne få en rolle i vurderingen av det samlede bevismaterialet – enten som sakkyndig vitne eller som medlem av retten, til forskjell fra dagens mer underordnede rolle som leverandør av enkeltbevis. Generelt blir det et spørsmål hvorvidt Eides anbefalinger tilsier endringer i prosessordningen, og i så fall hvilke. Dette ville det vært interessant om forfatteren hadde gått inn på.

Det som er sagt ovenfor, skal ikke forstås som en avvisning av sannsynlighets-teoriens anvendelighet i juridisk bevisbedømmelse, men snarere som en oppfordring til forfatteren om å utdype enkelte deler av boken i en eventuell ny utgave. Der kan også de få feilene som har sneket seg inn i teksten, rettes opp. Og selv

om jeg altså kunne ønske en del utdypinger i to av de syv kapitlene, vil jeg uten forbehold anbefale Eides bok – pedagogisk som den er – til alle som er interesserte i juridisk bevisbedømmelse, enten som bevisbedømmer eller som bevisteoretiker. Eides bok er egnet til å skjerpe tanken, og den stimulerer til videre diskusjon om sannsynlighetsteoriens potensial og begrensninger i juridisk bevisbedømmelse.

*Eivind Kolflaath*

Universitetet i Bergen