Litteratur

MOA LIDÉN, Confirmation Bias in Criminal Cases, ak. avh, Uppsala 2018. 284 s.

Inledning

Ibland blir det fel, rejält fel. Det har några resningsfall under senare år lärt oss. Att det blir fel ibland är högst naturligt — vi är människor och som sådana inte fullkomliga. Å andra sidan blir det väldigt, väldigt ofta rätt; det ska vi ta till oss och vara stolta över. Men vi ska inte slå oss till ro. Risken för fel och risken för att vi misslyckas med att tygla våra fördomar lurar där hela tiden. En nyckel till ett pålitligt och framgångsrikt rättsväsende som allmänheten hyser förtroende för är att dess aktörer outtröttligt söker kunskap om olika riskfaktorer och finner ut sätt att parera de risker som dyker upp. Ett hot mot detta är den självgodhet som ibland kan skönjas bland jurister. Inte sällan kombineras denna självgodhet med uppfattningen att ”icke-jurister” inte har något att tillföra vår verksamhet. Andra vetenskapliga discipliner (psykologer, sociologer, medicinare m.fl.) göre sig alltså icke besvär. På sin höjd kan det uppfattas som intressant kuriosa att företrädare för någon annan vetenskap intresserar sig för rättsskipningen, men någon egentlig bäring har det inte på de vi sysslar med; det begriper bara vi invigda. En sådan attityd är, menar jag, ett direkt och farligt hot mot rättssystemet som sådant (och därmed mot samhällsbygget i stort).

I nämnda perspektiv är det intressant att konstatera att det under senare har börjat ”röra på sig” i den akademiska världen, och även på andra håll i rättsväsendet.[1] Det har kommit flera avhandlingar inom rättsvetenskapen som tangerar, eller till och med överskrider, gränserna mot andra vetenskapliga discipliner.[2] Om man i stället vill uttrycka det som att rättsvetenskapen utvidgar sitt territorium må det vara hänt. Jag vill dock passa på att säga att jag är en varm anhängare av ”gammal hederlig” rättsdogmatik. Det kommer även i framtiden vara en viktig uppgift — en grundbult — för rättsvetenskapen att analysera och systematisera gällande rätt. Men det får inte stanna vid det. Det behövs *också* forskning som fokuserar på annat och andra komponenter av den rättsbildande och rättstillämpande verkligheten. Sådan forskning utgörs bl.a. av forskning som intresserar sig för hur vi jurister rent faktiskt agerar och resonerar när vi utför vårt arbete. Jurister framhåller gärna sig själva (i sin yrkesroll) för att vara objektiva och rationella, vägledda endast av auktoriserade källor till gällande rätt. Det innebär att man inte har några fördomar eller förutfattade meningar och att man också agerar utan att låta sig styras av emotioner av olika slag. På samma sätt framställer sig den juridiska vetenskapen som strikt rationell och faktabaserad. Mycket talar för att detta inte är något annat än en idealiserad bild som inte har någon

[1] Hos domstolarna kan ”uppgraderingen” av s.k. bemötandefrågor nämnas, se betänkandet SOU 2008:106 som också avsatt många spår i domstolssverige.

[2] Som exempel kan nämnas: Moa Bladini, I objektivitetetens sken — en kritisk granskning av objektivitetsideal, objektivitetsanspråk och legitimeringsstrategier i diskurser om dömande i brottmål, Lund 2013, Minna Gräns, Decisio Juris, Uppsala 2013, Lisa Flower, Loyalty Work, Lund 2018.

motsvarighet i verkligheten. Eller mer korrekt uttryckt; det är en bild som *inte till fullo* svarar mot verkligheten. Det har att göra med att vi är människor. Och vi människor är betydligt mer komplicerade varelser än den ”ideala juristen” och rättstillämpning är en så pass komplicerad verksamhet att den *inte enbart* kan förklaras i juridiska termer. Modern medicinsk forskning har lärt oss mycket om hur den mänskliga hjärnan fungerar.[3] Det har bäring på hur vi fungerar vid t.ex. fattandet av beslut. Forskningen inom det psykologiska fältet har plockat fram rön av betydelse för beslutsfattande och även för vår förmåga att (som t.ex. vittnen) göra iakttagelser, bevara dem i minnet och sedan redogöra för dem.[4] Sociologisk forskning har tagit fram hur vi agerar och interagerar med andra i olika juridiska fora (t.ex. en rättssal).[5] Det alltid pyrande intresset för retorik har hållits levande genom att retorisk forskning under senare år har frambringat analyser i allra högsta grad användbara för juridisk argumentation.[6] Slutligen har det även inom rättsvetenskapen fötts ett ökat intresse för att studera och analysera hur jurister de facto arbetar med juridik.[7] Av inte obetydligt intresse i detta sammanhang är givetvis hur en domare resonerar för att komma fram till ett visst bestämt domslut. Hur fördomsfria och objektiva är vi egentligen i vår tankeprocess? Traditionellt läses och granskas ju en dom (domslut och domskäl) som ett resultat av en tankeprocess. Men hur ser själva tankeprocessen som sådan ut? Varför blir det som det blir? Den senare frågan är — inom rättsvetenskapen — inte alls lika ingående studerad som den förra (resultatet av tankeprocessen).

Frågan om juridiskt beslutsfattande — och hur den processen verkligen ser ut — är föremål för en analys och diskussion i Moa Lidéns avhandling *Confirmation Bias in Criminal Cases*, som i det följande ska beskrivas och kommenteras.[8]

Bekräftelsestyrt sökande och analyserande

Brottmålsrättegången syftar i huvudsak till att under ordnade former avgöra om en åklagares gärningspåstående kan anses styrkt eller inte. I detta syfte har parterna — åklagare och försvarare — att lägga fram den utredning de anser vara relevant; i praktiken är det huvudsakligen åklagaren som bidrar till utredningen. Utifrån den sålunda framlagda utredningen har sedan de båda parterna att argumentera för olika svar på de frågor som aktualiseras i rättegången. Det som nu i all enkelhet har beskrivits är den kontradiktoriska principen. Den anses vara den som bäst tillgodoser intresset av att domstolarna avgöranden blir så materiellt säkra som möjligt. I detta ligger att domstolen inte ska ha några förutfattade meningar vad gäller de frågor som ska bevaras i rättegången och inte

[3] ¨Populärvetenskapligt” framställt bl.a. av Pontus Wasling i Minnet, fram och tillbaka, Stockholm 2013, Katarina Gossip i Den sociala hjärnan, Stockholm 2013, densamme i Välja rätt, Stockholm 2013 och Katarina Gossip/Stefan Falk, Neuroledarskap, Stockholm 2015.

[4] Research unit for Criminal, Legal and Investigative Psychology (CLIP), en forskargrupp knuten till Psykologiska institutionen vid Göteborgs universitet har under fleraårs tid producerat ett stort antal avhandlingar och andra forskningsresultat inom detta område, se t.ex. Pär Anders Granhag, Sara Landström, Andreas Nordin, Värdering av muntliga utsagor — Ett vetenskapligt baserat beslutsstöd för migrationsärenden, Göteborg 2017. Den hänvisas här till inte minst för den mycket digra källförteckningen.

[5] T.ex. Lisa Flower, Loyalty Work.

[6] T.ex. Ande Somby, Juss som retorikk, Tromsö 1999.

[7] T.ex. Minna Gräns, Decisio Juris och Moa Bladini, I objektivitetens sken. Den senare anmäld av Mikael Mellqvist i Ny Juridik 3:14 s. 27.

[8] Moa Lidén, Conformation Bias in Criminal Cases, ak. avh,. Uppsala 2018.

heller i övrigt ta några ovidkommande hänsyn. Domstolen ska med andra ord objektivt och opartiskt analysera och bedöma de omständigheter som har presenterats inom ramen för rättegången — inget annat. Och dessa analyser och bedömningar ska göras mot vad gällande rätt föreskriver — inget annat. Av legalitetsprincipen följer, vad gäller det senare, ett särskilt starkt krav på uttryckligt och otvetydigt lagstöd (i straffprocessen). Av betydelse i sammanhanget är givetvis också den s.k. oskuldspresumtionen, dvs. att envar — även en tilltalad i ett brottmål — ska betraktas som oskyldig (till ett viss bestämt brott) fram till dess att en domstol i laga ordning har dömt vederbörande till ansvar (avgörandet kanske till och med ska vara lagakraftvunnet).

Det nu sagda är också utgångspunkter för den som läser och analyserar ett domstolsavgörande. Ett sådant innehåller ju ett domslut och skälen för just detta slut. Det är domstolens redovisning av *resultatet* av sina analyser och bedömningar, dvs. av sitt tänkande. Vad man däremot inte kan utläsa av en domstols dom är hur domstolens ledamöter faktiskt tänkte när de kom fram till sitt avgörande. Den *tankeprocess* som har lett fram till avgörandet ligger i det fördolda; den redovisas inte.[9] Och den är nog med hänsyn till sin komplexitet inte heller möjlig att redovisa. Den fråga man med fog då kan ha anledning att ställa sig är om det i denna tankeprocess finns några tänkbara felkällor. Kan man påvisa något med det mänskliga tänkandet som innebär att en domstolens ledamöter kanske inte alltid är fördomsfria och helt objektiva? Och svaret på frågan är att man inte bara kan tänka sig detta, utan till och med att man kan utgå från att de här finns en felkälla som alltid gör sig påmind. Vad jag avser är det som med en beteckning på engelska kallas för *confirmation bias*. Det är svårt att hitta en träffande direktöversättning till svenska. ”Bekräftelsestyrt sökande” skulle kunna vara en tänkbar möjlig översättning, men den är nog inte helt bra. Men det handlar, förenklat, om att vi människor har en tendens att ganska snabbt komma till en konklusion för att sedan prioritera argument som stödjer denna tidiga konklusion och i motsvarande mån bortse från sådana argument som talar emot den tidiga konklusionen. Och, om nu någon möjligen trodde något annat, vi domare är vad gäller detta lika mänskliga som alla andra. Det innebär att confirmation bias är något som det för oss jurister finns all anledning att uppmärksamma.[10] En särskild svårighet i sammanhanget är att confirmation bias — den bekräftelsestyrda tankeverksamheten — till stora delar ligger i vårt undermedvetna. Det innebär för det första att vi är omedvetna om felkällan och för det andra att den därmed är svår att eliminera eller parera.[11]

Moa Lidén redovisar hur de amerikanska rättsrealisterna redan under 1920-talet uppmärksammade skillnaden mellan intuitivt (discovery

[9] Moa Lidén s. 20 f. redovisar tidigare forskning på området, utförd av såväl rättsvetenskapsmän som företrädare för andra vetenskapliga discipliner. Det talas där om ”The Context of Discovery” kontra ”The Context of Justification” för att beskriva hur man först tänker och kommer fram till ett tentativt avgörande för att sedan tänka efter för att komma på vilka skäl man offentligt vill redovisa till stöd för avgörandet. Det förstnämnda skulle kunna beskrivas som något *intuitivt* och det senare som något *analytiskt* (jfr Moa Lidén s. 22).

[10] Moa Lidén s. 13 uttalar att ”Also, since it is unlikely (although desirable) that legal actors can combat bias in themselves, it is necessary to identify and potentially change decision structures etc. that increase the risk of confirmation bias”.

[11] En svårighet som nämns är att traditionellt har endast resultatet av domarens tankeverksamhet (the context of justification) ansetts vara föremål för rättsvetenskapen medan tankeprocessen i sig (the context of discovery) har hänförts till psykologins domäner, se Moa Lidén s. 21. Min egen, spontana, reflexion är att här finns ett gott bevis för önskvärdheten, för att inte säga nödvändigheten, av tvärvetenskapliga forskningsinsatser.

process) och analytiskt (justification process) tänkande. De intresserade sig för hela processen, från ”ax till limpa”, dvs. hur tänker och agerar en domare från det att hen allra första gången kommer i kontakt med ett mål eller ärende till det att hen slutligen avgjort målet eller ärendet. Det var dock väl medvetna om att man måste skilja mellan å ena sidan tankeprocessen i sig och å den andra redovisningen av resultatet av denna tankeprocess. Jerome Frank slog således fast att en domare först bildar sig en preliminär uppfattning om hur ett visst mål bör avgöras för att först därefter leta efter rättsligt stöd för denna preliminära uppfattning.[12]

Utifrån det nu sagda har Moa Lidén ställt upp fyra frågor för sitt avhandlingsarbete.[13] De är:

1. Vilken juridisk relevans har det bekräftelsestyrda sökandet? Denna fråga sönderfaller i två underordnade frågor, nämligen vad är bekräftelsestyrt sökande och hur förhåller det sig till regler och principer inom straffprocessen?
2. Visar svenska jurister prov på bekräftelsestyrt sökande?
3. Kan bekräftelsestyrt sökande också finnas på ”systemnivå”, dvs. finns det inbyggt i det rättsliga systemet (och inte bara hos de jurister som verkar inom detta system)?
4. Finns det några framkomliga vägar för att mildra konsekvenserna av bekräftelsestyrt sökande. Den frågan har bäring på såväl de enskilde juristerna som på effektiviteten i det rättsliga systemet, t.ex. hos resningsinstitutet.

Moa Lidén redogör för hur man i traditionell rättsvetenskap utgår från vissa antaganden så som t.ex. antagandet om öppenhet i bemärkelsen att de skäl som redovisas i t.ex. en dom också verkligen är de skäl som avgörandet är grundat på. Intimt samman med detta följer ett annat antagande, nämligen att domaren är medveten om vilka skäl hen har grundat sitt avgörande på. Dessa antaganden, som strider mot ett vetenskapligt synsätt, innebär att rättsvetenskapen är oförmögen att ge en korrekt analys av de ”verkliga” skälen för ett visst domslut. Annorlunda uttryckt; man har inte beaktat det bekräftelsestyrda sökandet (confirmation bias). Empiriskt grundad vetenskap har sedan århundranden tillbaka helt andra utgångspunkter för att studera förhållandet mellan orsak och verkan, dvs. även förhållandet mellan vilka skäl som ”egentligen” ligger bakom en slutsats och hur man inom empirin skiljer mellan *beskrivningar* av ett orsakssamband och *förklaringar* av samma samband. Moa Lidén introducerar i avhandlingen begreppet Evidence Based Law (EBL) — som en juridikens motsvarighet till det vedertagna medicinska begreppet Evidence Based Medicine (EBM) — för att kännetecknа en mer empiriskt förankrad rättsvetenskap.[14]

Moa Lidén har i avhandlingen tagit avstamp i de forskningsrön som framvunnits i den rättspsykologiska forskningen och hon ställer sig alltså frågan vad bekräftelsestyrt sökande (confirmation bias) egentligen är och vilka förklaringar det finns till det.[15]

En vedertagen definition av confirmation bias är ”*sökandet eller tolkningen av bevis på ett sätt som favoriserar redan intagna ståndpunkter, förväntningar eller hypoteser*”.[16] Moa Lidén ser detta snarare som en beskrivning av ett fenomen än en förklaring av det, vilket hon redogör för

[12] Se t.ex. Minna Gräns, Decisio Juris s. 155 f.
[13] Moa Lidén s. 14.
[14] Moa Lidén s. 42 f.
[15] Moa Lidén s. 45 f.
[16] Definitionen härstammar från Raymond Nickerson och lyder på engelska ”the seeking or interpreting of evidence in ways that are partial to existing beliefs, expectations or a hypothesis in hand”, se Moa Lidén s. 12 och s. 47.

inledningsvis i avsnitt 3. Därefter förklarar hon fortsättningsvis i det avsnittet bekräftelsestyrt sökande (confirmation bias) utifrån olika psykologiska perspektiv och vilken relevans detta kan ha för de bedömningar som görs inom ramen för en brottmålsprocess.[17]

Nickersons definition av bekräftelsestyrt sökande (confirmation bias) innebär alltså att beslutsfattaren redan initialt är styrd (oftast omedvetet) av ett preliminärt och intuitivt bestämt ställningstagande. Hen söker sedan aktivt argument som bygger under det ställningstagandet samtidigt som hen undertrycker argument som talar för motsatsen. Nickerson skiljer för det första mellan ett ”rent” objektivt och opartiskt resonerande och ett resonerande som går ut på att få en förutbestämd slutsats bekräftad, dvs. confírmation bias. För det andra skiljer han mellan en medvetet och avsiktligt tillämpad bristfällig process för att motivera ett avgörande och omedvetna sådana bristfälliga processer. Det är endast de senare som faller under definitionen av confirmation bias. Och det är naturligt. Den som avsiktligt negligerar viss information och favoriserar annan är ju närmast att betrakta som någon sorts bedragare. Och den domare som avsiktligt väger vissa argument på en våg och andra argument på en annan, gör sig naturligtvis skyldig till tjänstefel. Jag vågar påstå att dessa är ytterst få och inte av vidare intresse här. Den som däremot oavsiktligt och omedvetet är utsatt för confirmation bias bör ägnas desto mer uppmärksamhet eftersom hen uppenbart är väldigt vanlig. Kanske så vanlig att det inte finns något undantag. Inte heller det förhållandet att jurister, t.ex. domare vid en överläggning, har ett juridiskt regelverk som drar upp gränserna mellan relevanta och irrelevanta domskäl hindrar confirmation bias. Tvärtom fungerar det juridiska regelverkets processram som en perfekt förklädnad för de verkliga domskälen; perfekt just för att vi är omedvetna om förhållandet. Det handlar om att vi människor alltid har ett visst ”ingångsvärde” när vi ställs inför en beslutssituation. Våra allmänna attityder, övertygelser, beteenden och tidigare erfarenheter innebär att vi inte är ”nollkalibrerade” i dessa situationer. Det påverkar vårt sökande efter argument och det påverkar också vår förmåga att minnas (och därför kunna ta i beaktande) argument vi funnit. I den beteendevetenskapliga litteraturen har det talats om ”System 1” och ”System 2” för att beskriva och förklara skillnaden mellan medvetet (analytiskt) och omedvetet (intuitivt) tänkande. En påfallande svårighet i sammanhanget är att dessa två ”system” samverkar på ett tämligen intrikat sätt; de ingår i en dualistisk process. Det är alltså inte så att man använder endera det ena eller annars det andra ”systemet”. I praktiken använder vi oss alltid av båda ”systemen”.[18] Det innebär bl.a. att det vi anser vara ett

[17] Intressant är att hon här kommer in på ett brett beteendevetenskapligt forskningsfält med namn som nobelpristagarna (ekonomipriset till Alfred Nobles minne) Herbert Simon (1916–2001), Daniel Kahneman (f. 1934) och Richard Thaler (f. 1945) liksom även fysikpristagaren Robert Milikan (1868–1953). Alla dessa har — på skilda sätt — ägnat sig år frågor som har att göra med mänskligt beslutsfattande.

[18] Moa Lidén s. 55 f. En mycket intressant jämförelse är vad den lundensiske filosofiprofessorn (och ledamoten i Svenska Akademien — något som i dag kanske är inte är så eftersträvansvärt att ha i sitt CV) Hans Larsson skrev om vad gäller intuition för mer än 100 år sedan. Idéer och teorier han då lanserade synes i betydande mån ha fått bekräftelse av modern forskning, se t.ex. Hans Larsson, Intuition, Stockholm 1892 (nytryck 1997). Han är där inne på tankar om att det i det mänskliga beteendet (bl.a. i form av beslutsfattande) finns en omedelbarhet; ett direkt sätt att ta ställning, att agera, att fatta beslut. Han hänför dock detta till ett känslomässigt, icke förnuftigt, närmast reaktivt agerande. Detta känslomässiga direkta beteende kan dock, enligt Hans Larsson, övergå till och förenas med ett förnuftigt, rationellt tänkande som i sin tur kan smälta samman med den intuitiva reaktionen och artikuleras känslomässigt. Han gör sig inte till tolk för ett holistiskt synsätt där

funderande eller ett övervägande i själva verket är en process som oundvikligt slutar med att vi har fått vår direkta konklusion bekräftad. Denna dualistiska process har också vunnit stöd av den moderna hjärnforskningen.[19] Det förefaller alltså som att vi människor är offer för en illusion i vår tilltro till att vi har kontroll över hur vi beter oss som tänkande varelser. Särskilt människor med fallenhet för och vana vid att argumentera för en viss slutsats, som t.ex. många jurister, kan med lätthet presentera relevanta argument för en viss slutsats samtidigt som de är helt omedvetna om att de är styrda av en förutfattad uppfattning. Rent konkret fungerar confirmation bias på tre nivåer. *För det första* vid sökandet och urvalet av information. *För det andra* vid tolkningen av införskaffad information. *För det tredje* favoriserar vår minnesfunktion sådana fakta som har stött/stöder en uppfattning vi hyst/hyser.

Förundersökning och domstolsprocess

Vad som har redovisat ovan är alltså allmänmänskligt. Det har t.ex. bäring på hur en förundersökning bedrivs. I det sammanhanget har studier visat på två fenomen.[20] Det första kallas för *misstänktstyrd utredning* (suspect-driven investigation). Med det menas att en utredning styrs av upptäckten av en tidigt misstänkt. Den fortsatta utredningen inriktas då på att finna bevis för att just den redan misstänkte är gärningsmannen. Bevis man finner tolkas också företrädesvis i den riktningen. Bevis som talar emot att den tidigt misstänkte skulle vara gärningsmannen letar man inte efter och skulle man finna något sådant bortser man ifrån det eller undervärderar det. Det andra fenomenet kallas för *asymmetrisk skepticism* (asymmetrical skepticism). Med det avses att en beslutsfattare förhåller sig mer kritisk till information som inte stödjer en hypotes än till information som bekräftar den.

Av inte obetydligt intresse är vad som i avhandlingen nämns om vittneskonfrontation (line-up identification). Det framförs där att det är av betydelse om den som organiserar konfrontationen har vetskap om vem som är den misstänkte, dvs. resultatet påverkas av den personens vetskap även när hen inte uttryckligen nämnt något om sin kännedom. Det förklaras med ”hypotesläckage” (hypothesis leakage), dvs. att organisatören med nämnda vetskap omedvetet på olika sätt kan överföra den vetskapen till deltagarna. I samband med det påtalas vikten av att figuranterna är så lika varandra som möjligt.[21]

I avhandlingen berörs också problemet med suggestiv information till den som förhörs och ledande frågor vid förhöret.[22] En motsvarande fråga tas också upp när det gäller vilken information brottsplatstekniker förses med initialt. Det redovisas där vissa tecken på att en sådan (till synes)

förnuft och känsla är oskiljaktiga, men han ser ett närmast obligatoriskt samspel, ett intrikat sådant. Det finns här tydliga beröringspunkter med resonemangen kring ”system 1” och ”system 2” i modern beteendevetenskaplig forskning, se t.ex. Daniel Kahneman, Tänka, snabbt och långsamt s. 25 f. Se också Hans Larsson Intuitionsproblemet, 2 uppl. Stockholm 1925 (första upplagan 1912) som är en polemik mot Henri Bergson.

[19] Se t.ex. Pontus Wasling, Minnet fram och tillbaka, Stockholm 2013, Katarina Gospic, Den sociala hjärnan, Stockholm 2013, densamme Välj rätt, Stockholm 2013 och Katarina Gospic/Stefan Falk, Neuroledarskap, Stockholm 2015.

[20] Moa Lidén s. 67 f.

[21] Moa Lidén s. 70 f. Hon nämner här också den osäkerhet som allmänt anses gälla beträffande identifikationsbevisning, dvs. vittnens utpekande av en viss person är generellt inte något särskilt pålitligt bevis. Min förmodan (alltså inte mer än så) är att det betyder att sådan bevisning normalt tillmäts för stor betydelse vid våra domstolar.

[22] Moa Lidén s. 75 f.

banal sak som att teknikerna inför sin undersökning av en brottsplats får information om brottsrubriceringen för med sig risker för en snedvridning av vilka fynd som tas tillvara och analyseras.[23] En intressant iakttagelse är att det är särskilda risker knutna till teknisk bevisning (fingeravtryck, DNA m.m.). Eftersom sådan bevisning allmänt anses ha en betydande styrka riskerar sådana bevis att ”färga av sig” på annan svagare bevisning. Om t.ex. ett vittne förses med information att DNA för en viss person har säkrats på brottsplatsen kan vittnet (omedvetet) uppge sig vara säker på sin iakttagelse av just den personen på brottsplatsen. Moa Lidén benämner detta ”bekräftelseinflation” (corroboration inflation). Den starka bevisningen får på så sätt genomslag på övrig bevisning. Om då den (förment) starka bevisningen är behäftad med något fel får det naturligtvis en ”snöbollseffekt” och därmed en kraftig snedvridning av totalutfallet av bevisningen. Moa Lidén pekar samtidigt på att frågan om vilken information som ska föras vidare vid en utredning är tveeggad; viss förhandsinformation kan ibland vara önskvärd, till och med nödvändig.[24]

Av särskilt juridiskt intresse är vad Moa Lidén — aningen i förbigående — nämner om att bestämmelsen i 23 kap. 2 § rättegångsbalken riskerar att uppmuntra till confirmation bias i det att det där föreskrivs att det under en förundersökning ska utredas vem som kan misstänkas för ett brott och om tillräckliga skäl föreligga för åtal mot *honom*.[25] Om jag förstår henne rätt ger den föreskriften incitament till att först och främst leta efter bevis mot den som initialt anses vara misstänkt. *Vem* som kan misstänkas är i de flesta fall inledningsvis någon ur en tämligen stor krets eftersom det initialt inte ställs särskilt höga krav på graden av misstanke (det räcker med att någon *skäligen* kan misstänkas). Om man ur denna stora skara väljer ut någon ska alltså inriktningen fortsättningsvis vara att hitta bevis mot just den personen. Jag ska inte närmare kommentera bestämmelsens innebörd här och nu, mer än att jag kan konstatera att det sagda väcker vissa tankar.[26]

I ett avsnitt om confirmation bias hos domstolar fäster jag mig vid vad som sägs om det förhållandet att det är mycket vanligt att det i ett mål mot en tilltalad förekommer ett stort antal åtalspunkter. I avsnittet beskrivs hur det kan innebära att bevisning rörande en åtalspunkt kan ”spilla över” på andra åtalspunkter. Det gäller inte minst när det finns påfallande likheter mellan skilda gärningar.[27] Resonemang kring s.k. modus operandi (likartat tillvägagångssätt) kan då få (för stort) genomslag. Likartat är resonemang kring s.k. ”story construction”, dvs. att confirmation bias fungerar som en sorts klister som fogar samman de olika byggstenar som utgör bevisningen.[28] Därmed blir helheten starkare än vad byggstenarna egentligen tillåter.

Empiriska undersökningar

I avhandlingen redovisas fyra empiriska experiment utförda av Moa Lidén, under överinseende av professorerna Minna Gräns och Peter Juslin.[29] Experimenten följer kronologiskt gången i ett brottmål. Det

[23] Moa Lidén s. 80 f.
[24] Moa Lidén s. 97 f.
[25] Moa Lidén s. 68.
[26] Själv brukar jag alltid — när jag har undervisat — uttrycka uppgiften som att det inte gäller att hitta *någon* misstänkt utan det gäller att hitta *rätt* misstänkt. Jag har också uppfattat det som att polis och åklagare arbetar på det sättet. Det kanske strider mot vad som föreskrivs i 23 kap. 2 § rättegångsbalken?
[27] Moa Lidén s. 104 f.
[28] Moa Lidén s. 103.
[29] Moa Lidén s. 198 f. De fyra experimenten redovisas fullständigt i fyra bilagor i avhandlingen.

första experimentet rör således förundersökningen och polisens bedömningar, det andra rör åklagarens handhavande av målet och det tredje domstolens handläggning. Det fjärde experimentet tar sikte på förhållande kring överklagande och prövningen inom ramen för resningsinstitutet. Jag kommer här att mycket översiktligt redogöra för de fyra experimenten.[30]

Experiment I

Det första experimentet avsåg att studera polisens benägenhet att låta fortsatta utredningsåtgärder styras av att en person hade gripits som misstänkt för gärningen och även polisens bedömningar av en sådan persons trovärdighet. Som en del av experimentet testades om det hade någon betydelse att man bytte utredare efter beslutet att vederbörande skulle gripas och också om det spelade någon roll om man underlättade arbetet/tänkandet för förhörsledaren genom att tillhandahålla ett på förhand iordningsställt ”frågeschema”.[31]

Resultatet blev att det förhållandet att en misstänkt är gripen kan utlösa confirmation bias, jämfört med när den misstänkte befinner sig på fri fot. Med andra ord kan förekomsten av en frihetsberövad misstänkt person innebära en högre grad av presumtion för att vederbörande anses skyldig till gärningen.[32]

Experiment II

Det andra experimentet rörde åklagarens bedömningar, där det bl.a. undersöktes om byte av åklagare efter det att den misstänkte hade häktats påverkade beslutet om att väcka åtal eller inte.

Resultatet blev att åklagare inte är påverkade av confirmation bias fram till dess att de fattat beslut att väcka åtal. Det innebär alltså att de inte på grund av häktningsbeslutet skaffar sig en uppfattning om att den misstänkte också är skyldig. Efter det att de beslutat att väcka åtal är de dock mer benägna att hålla fast vid åtalet och mindre benägna att ta till sig (ny) information som skulle kunna tala emot den misstänktes skuld.

Experiment III

I det tredje experimentet undersöktes domares påverkan, vid bedömningen av en tilltalads skuld, av om samma domare tidigare beslutat att vederbörande skulle häktas. Inom ramen för experimentet testades också om det hade någon betydelse om man bytte domare efter häktningsbeslutet så att det alltså var en annan domare som prövade skuldfrågan vid en huvudförhandling.

Resultatet blev att en domares föregående beslut att häkta en misstänkt person påverkade domarens ställningstagande i skuldfrågan vid huvudförhandlingen. Hade domaren först häktat personen var ”risken” alltså

[30] Experimentens utförande och analysen av resultaten kan skärskådas djupare och då kan man komma fram till mer nyanserade slutsatser och även viss kritik av författarens analyser. Ett sådant djupare skärskådande skulle dock spränga ramen för denna anmälan. Och även om experimentens utförande och de analyser som författaren utför i anledning av experimenten i flera enskildheter kan göras till föremål för kritik och diskussion skymmer det inte det faktum att avhandlingens bärande budskap — att confirmation bias förekommer i olika skepnader i ”rättskedjan” och att det kan vara angeläget att på olika sätt motverka det — av allt att döma håller streck.

[31] Här hänvisas till en modell — KREATIV-modellen — som används i Norge, Moa Lidén s. 201 och s. 213.

[32] I stället för ”gripen” respektive ”på fri fot” kan man nog lika gärna läsa detta som ”särskilt utpekad” respektive ”okänd”.

större att vederbörande också befanns skyldig.[33] Ett effektivt sätt att motverka sådan confirmation bias befanns vara att byta domare och se till att den domare som prövade skuldfrågan vid huvudförhandlingen var någon annan än den som tidigare prövat häktningsfrågan. Intressant, och förvånande, att notera här är att när en kollega hade beslutat att häkta en misstänkt så intog domaren vid huvudförhandlingen en mer kritisk hållning och var mer benägen att frikänna den tilltalade än annars. Här upptäcktes alltså confírmation bias åt det ”andra hållet”, dvs. domaren bar då alltså på en fördomsfull presumtion om att vederbörande inte var skyldig.

Experiment IV
I den fjärde undersökningen (som inte var något experiment) diskuterades frågan huruvida, och i så fall i vilken utsträckning, confirmation bias förekommer på ”systemnivå”; den ställda frågan var här om möjligheten att överklaga fällande domar och att beviljas resning är effektiva sätt att motverka förekomsten av confirmation bias.

Svaret blev nej. En stor andel (35 procent) felaktigt dömda förblir dömda även efter det att möjligheterna till överklagande och resning har tömts ut.

Bekräftelsestyrt eller annat styrt sökande
Bekräftelsestyrt sökande (confirmation bias) är alltså en etikett för ett visst allmänmänskligt beteende.[34] I avsnitt 3.2.5 i avhandlingen jämför Moa Lidén det beteendet med andra beteenden som kan ha större eller mindre likheter med det bekräftelsestyrda sökandet.[35] Det gemensamma med alla dessa beteenden är att de avviker från de normer som allmänt anses bör vara styrande för juridiska resonemang. Dessa beteenden är därför på ett nära nog provocerande sätt utmanande för en jurist — och för alla övriga som fäster tilltro till juridiska resonemang och slutsatser, t.ex. en domstols avgöranden. Det gäller inte minst för att beteendena är generellt sett mänskliga (jurister är inte immuna) och oftast omedvetna. I avsnittet introduceras ett tiotal olika etiketter för beteenden som alltså på något sätt avviker från ett objektivt och förutsättningslöst sökande efter, och tolkning, av information. I vissa fall är det frågan om beteenden som sammanfaller med eller överlappar vad som benämns confirmation bias, i vissa andra fall är det beteenden som har svagare samband med confirmation bias. Nu anser Moa Lidén att detta med hur man vill etikettera olika sorters beteenden inte är särskilt viktigt — och jag håller med. Det är tillräckligt att konstatera att de vetenskapliga bevisen för att vi människor i många situationer — t.ex. vid beslutsfattande — vanligen inte agerar fullständigt rationellt, objektivt eller förutsättningslöst är av imponerande tyngd. I ett perspektiv av juridiskt beslutsfattande — inklusive alla beslut som fattas av polis, åklagare och domare inom den straffprocessuella ramen — är detta givetvis av största intresse. Men jag befarar att det i ”branschen” finns gott om förnekare, som inte vill eller kan ta till sig vetenskapliga rön som kan såra deras professionella stolthet.

[33] Risken att bli fälld av en domare som tidigare häktat den tilltalade var 2,79 gånger större än när den dömande domaren inte tidigare hade tagit befattning med häktesfrågan, se Moa Lidén s. 215.
[34] Fenomenet är som sagt generellt, men som aningen paradoxalt omnämner Moa Lidén (s. 121) att personer som lider av schizofreni är mindre benägna för confirmation bias än friska personer, vilket skulle hänga ihop med var i vår hjärna vissa funktioner är belägna.
[35] Moa Lidén s. 106-117.

Det gör det än mer angeläget att ta upp dessa frågor till en bredare och djupare diskussion.

Hur kan man då förklara bekräftelsestyrt sökande?

Efter att ha konstaterat att bekräftelsestyrt sökande (confirmation bias) är ett fenomen som existerar och som dessutom är allmänt förekommande inställer sig givetvis frågan varför vi människor fungerar på detta (otillfredsställande) sätt. Och alldeles särskilt kullkastar det vissa grundläggande utgångspunkter för just juridiskt beslutsfattande, som vi ju allmänt hyllar som objektivt, opartiskt och fördomsfritt. Är detta hyllande inte något annat än ett monumentalt självbedrägeri? Tja, frågan kan nog på allvar ställas.

Moa Lidén går i ett avsnitt i avhandlingen samlat igenom vilka straffprocessuella regler och principer som vid tillämpningen riskerar att påverkas av confirmation bias — och det är sådana grundläggande principer som allas likhet inför lagen, rätten till en rättvis rättegång, objektivitet och opartiskhet, oskuldspresumtionen och principen om fri bevisvärdering.[36]

Men åter till förklaringarna. Någon enhetlig förklaring som fullständigt ger klarhet i frågan finns uppenbarligen inte. En framträdande förklaring är emellertid den kognitiva psykologins humanekonomiska förklaring. Den innebär att vi människor hela tiden fattar, och måste fatta, ett stort antal beslut. För att klara det måste vi rationalisera vårt beslutsfattande. Vi har helt enkelt inte tid eller ork att samla in alla omständigheter som kan vara av betydelse, tolka dessa och väga dem mot varandra. Våra kognitiva resurser är helt enkelt begränsade.[37] Förklaringar kan också finnas att hämta inom det de grenar av psykologin som fokuserar på våra emotioner och hur vi motiveras att tillgripa vissa beteenden. Tanken här är att vårt beteende — även vid beslutsfattande — styrs av våra känslor. Är vi påverkade av rädsla, ilska eller medlidande i en beslutssituation kan det färga av sig på, till och med bestämma, beslutets innehåll. Och bär vi då initialt en viss känsla kan det tidigt i processen bestämma hur vi vill att utgången ska bli. Och då är vi så att säga fast i ett fortsatt bekräftelsestyrt sökande och analyserande. Också social- eller organisationspsykologin kan tillhandhålla svar på frågan om confirmation bias. Här nämns bl.a. vår strävan efter att nå konsensus. I en grupp, t.ex. en kollegial sammansättning i domstol, kan man mer eller mindre medvetet, försöka nå enighet i tron att sådan har ett värde i sig. Då finns risken att argument som alla i gruppen förefaller hålla sig till förstärks medan argument som skiljer sig mellan gruppmedlemmarna undertrycks. Man ska inte heller bortse från att dynamiken i gruppen kan vara sådan att någon av något skäl kan vara särskilt motiverad att hellre ”hålla med” en viss annan gruppmedlem framför andra gruppmedlemmar. En kollegial sammansättning i domstol vars syfte inte minst är att undvika att ovidkommande hänsyn tas kan paradoxalt nog till och med förstärka confirmation bias.

Här behandlas också frågan om en ”målinriktad” eller ”resultatinriktad” confirmation bias. Och nu börjar det nog brännas lite. Om man, som t.ex. i dagens domstolssverige, är mycket fokuserad på att arbeta med målavverkningstakt, skära ned balanser och korta omloppstider, finns det en risk för att enskilda domare ”hoppar på det tåget” i syfte att främja den egna karriären. Genom att snabbt avgöra ett stort antal mål anses man skicklig och gör överordnande nöjda. För att klara av detta finns det en risk för confirmation bias. Det bekräftelsestyrda sökandet efter in-

[36] Moa Lidén s. 157 f.

[37] Moa Lidén s. 117 f. Med kognition menas här vår förmåga att samla information, sortera den, tolka den, minnas den, dvs. hela vårt tänkande och våra sätt att uttrycka resultatet av detta tänkande och sedan minnas det osv.

formation och analyserandet av den innebär ju att man kan rationalisera sitt arbete och få en ”bra statistik”.[38] Samtidigt — och här stöter vi hela tiden på paradoxer — kan det bekräftelsestyrda beslutsbeteendet (confirmation bias) verkligen vara ett rationellt agerande i ordets bästa bemärkelse.[39] Med all rätt — tycker jag — bör t.ex. domare som får mycket gjort premieras liksom även domstolar med låga balanser och korta omloppstider. Här diskuterar Moa Lidén vilken innebörd man verkligen lägger i ordet ”rationell”. Hon synes mena att det inte är rationellt att hålla fast vid en fördomsfull uppfattning bara för att kunna fatta många beslut snabbt. Hon menar med andra ord att då blir priset för högt för rationaliteten. Svårt att säga emot, eller hur? Men då inställer sig snarare två andra frågor. *För det första* vilka krav ska vi ställa på träffsäkerheten vad gäller materiellt korrekta domstolsavgöranden. Det kanske inte alltid måste krävas att det är ”mitt i prick” rätt och riktigt?[40] *För det andra* förefaller ju det stora flertalet av de avgöranden som tillkommit efter ett bekräftelsestyrt beslutsbeteende (som alltså är behäftade med confirmation bias) faktiskt vara korrekta. Även om man hade gått en annan väg, utan att låsta sig styras av fördomar, hade avgörandet blivit exakt detsamma — men hade slukat avsevärt mer resurser. Måste man inte här lägga till någon form av ett selektivt synsätt och finna formler för att identifiera i vilka fall riskerna med confirmation bias absolut måste motarbetas och andra fall där dessa risker kan vara acceptabla?

Genomgången av avhandlingen så här långt pekar mycket tydligt på att confirmation bias oundvikligen är något att räkna med i den dagliga verksamheten vid t.ex. våra domstolar. Och vidare är det uppenbarligen lika oundvikligt att riskerna med confirmation bias slår mot fundamentala straffprocessuella utgångspunkter. Olika sätt att sätta samman en domstol är inte heller något framgångsrikt recept mot confirmation bias. Vi människor beter oss helt enkelt på sådant sätt när vi ska fatta våra beslut. Och det gäller såväl på det individuella planet som när vi beslutar i grupp. Vi kan inte utbilda oss till att undvika det. Vi kan inte med träning och erfarenhet forma om våra hjärnfunktioner. Vi har levt med detta, lever med detta och kommer att få leva med detta. Jag kan inte undgå att känna en viss, inte obetydlig, tillfredsställelse med detta att vi människor inte är fullkomliga — inte ens vi domare!

Kan man ”bota patienten” — eller är det inget som behöver botas?

Finns det då ingen bot, ingen lindring? Eller är det kanske så att det bekräftelsestyrda beslutsbeteendet är helt och hållet av godo? Det är det som gör att vi når resultat och förmår komma till avgöranden även i svåra frågor. Skull vi helt befrias från ”åkomman” kanske vi aldrig skulle komma till skott. Och domstolarnas mål och ärenden oundvikligen läggas på hög i åratal; vi skulle inte få till stånd några domar alls, varken riktiga eller felaktiga.

Om jag har förstått det någorlunda riktigt är Moa Lidéns svar på här ställda frågor också att det inte finns någon sjuk polis, åklagare eller domare att bota. Confirmation bias är ett allmänmänskligt fenomen som alla beslutsfattare har att leva med. Det finns, enligt henne, också vissa fördelar med ett sådant beteende. Däremot är hennes svar att det finns all anledning att vidta mått och steg för att motverka konsekvenserna av detta

[38] Se Moa Lidén s. 147
[39] Moa Lidén s. 149 f.
[40] Det påståendet är nog att svära i domarkyrkan. Men vi kanske måste kunna diskutera detta. Inte ens de allra högsta rättssäkerhetskrav kan motivera att tusentals arbetstimmar och möda läggs ned på avfattandet av vad jag brukar benämna ”arkivdomar”, dvs. domar och beslut som ingen (inte ens de direkt berörda parterna) bryr sig om.

i och för sig ”friska” beteende. Och det kan göras på ”systemnivå”, dvs. man kan genom reglering, genom anpassade tillämpningar, genom upprättandet av rutiner samt genom medvetenhet och utbildning mildra konsekvenserna av att vi människor är som vi är som beslutsfattare, dvs. ”hjälplösa offer” för ett bekräftelsestyrt informationssökande, ett bekräftelsestyrt tolkande av information och en bekräftelsestyrd minnesfunktion.

Om att hoppa över skaklarna

Det kvarstannande intrycket är hur värdefullt, inspirerande och livgivande det är med tvärvetenskapliga studier. Studier som inte låter sig stängas in av, egentligen konstlade, gränser. Återigen; gedigna rättsdogmatiska studier av ett väl avgränsat rättsområde kan vara av otroligt stort värde — inte minst för tillämparen där ute i den juridiska vardagen. Men ett nära nödvändigt komplement är vetenskapliga studier som tänjer och överskrider gränser. Studier som kan anlägga flera perspektiv, studier som kan bjuda på flera angreppsvinklar, studier som kan erbjuda flerfiliga vägar till fördjupade kunskaper. Något i den stilen har Moa Lidén bjudit på med sin avhandling. Inte illa.

Mikael Mellqvist