

# Fri bevisprövning och evidensbaserad medicin

*En jämförelse av två modeller för evidens och beslut<sup>1</sup>*

Lena Wahlberg

## Abstract

This paper compares two seemingly very different models for evidence management and decision making: the model of evidence based medicine, EBM, and the model of free evaluation of evidence (as applied in the Swedish judiciary system). Whereas EBM identifies and ranks the relevant kinds of evidence that a decision-maker should consider, the model of free evaluation of evidence relies on the idea that truth is best pursued freely, and that the decision maker's evaluation of evidence should not be governed by rules. The paper compares the levels of freedom in the two models with respect to what evidence to consider, how to assess the value of different pieces of evidence, and how to estimate the combined value of all the evidence. It concludes that the two models diverge in other ways than first assumed, and that the juxtaposition of them can be beneficial to both models, by casting light on underlying but seemingly unwarranted assumptions relating to the role of intuition and life experience in the evaluation of evidence.

## 1. Inledning

I svensk rätt, liksom i flera andra rättsordningar, sätter principen om fri bevisprövning (nedan förkortad FBP) ramarna för vilken evidens som får läggas till

<sup>1</sup> Artikeln har skrivits inom ramen för forskningsprogrammet *Vetenskap och beprövad erfarenhet – VBE* ([www.vbe.lu.se](http://www.vbe.lu.se)), som finansieras av Riksbankens Jubileumsfond M14-0138:1. Jag vill tacka Sten Anttila, Christian Dahlman, Magnus Jerneck, Peter Westberg och medlemmarna i forskningsprogrammet för värdefulla synpunkter.

grund för en dom och hur denna evidens ska värderas. Enligt förarbetena till rättegångsbalken (1942:740) innebär principen att ”någon begränsning ej uppställs i fråga om de kunskapskällor som får användas vid sanningens utledande, som ock att domaren vid värderingen av den föreliggande bevisningen icke är bunden av legala regler” (SOU 1938:44, s. 377). FBP innebär alltså att det som huvudregel inte finns några begränsningar i fråga om vilken typ av bevisning som tillåts eller hur denna ska värderas. I litteraturen framhålls ofta beslutsfattarens (domarens) intuition och erfarenhet som viktiga element i bevisvärderingen.<sup>2</sup>

FBP kontrasteras ofta mot ”legala” bevisprövningsmodeller, där bevisprövningen i högre grad styrs av rättsregler. En legal modell låg till grund för 1734 års rättegångsbalk, och kom till tydligt uttryck i dess 29 §, som stadgade att ”Tu witne äro fullt bewis, ther i the sammanstemma. Ett witne om sielfwa målet gälle ej mer, än som halft bewis”. För de flesta i Sverige skolade jurister framstår FBP nog som ett klart bättre alternativ än en legal bevisvärderingsmodell för en modern svensk rättsordning.

FBP kan emellertid kontrasteras inte bara med legala bevisvärderingsmodeller utan också med modeller för att hantera evidens inom andra discipliner. Ett exempel på en mycket inflytelserik icke-rättslig modell är principen om evidensbaserad medicin (nedan förkortad EBM) som tar sikte på medicinskt beslutsfattande. En grundtanke inom EBM är att läkarens beslutsfattande ska vila på bästa möjliga evidens. För att åstadkomma detta finns tydliga riktlinjer både för vilken evidens som får användas och hur denna ska värderas. Inom EBM höjs också ofta ett varnande finger för att tillmäta beslutsfattarens (läkarens) intuition och erfarenhet betydelse vid bevisvärderingen.<sup>3</sup>

Vid en yttlig betraktelse framstår EBM och FBP närmast som varandras motsatser: I FBP finns inte någon begränsning för vilken typ av bevis som ska tillåtas, och inte heller några på förhand givna riktlinjer för styrkan hos olika typer av bevis. I EBM finns i stället tydliga riktlinjer både för vad som ska räknas som evidens, och vilken styrka olika typer av evidens ska tillmätas. I litteraturen om FBP lyfts betydelsen av beslutsfattarens intuition och erfarenhet ofta fram; i litteraturen om EBM avfärdas dessa tvärtom som opålitliga. Även om läkarens och domarens beslutssituationer skiljer sig åt är det inte uppenbart, i vart fall inte för mig, på vilket sätt dessa skillnader motiverar användningen av två så till synes olika modeller för att hantera evidens och fatta beslut.

Syftet med denna uppsats är att bättre förstå skillnaderna mellan FBP och EBM genom att undersöka i vilka avseenden och på vilka sätt de reglerar respektive inte reglerar hanteringen av evidens, och om de skillnader som kan konstateras låter sig förklaras av olikheter mellan den rättsliga och den

<sup>2</sup> Se vidare avsnitt 3 nedan.

<sup>3</sup> Se vidare avsnitt 3 nedan.

medicinska beslutscontexten. I vissa delar kommer jag även att relatera de två modellerna till det svenska begreppet *Vetenskap och beprövad erfarenhet* (VBE), som sedan slutet av 1800-talet fungerat som ett kvalitetskriterium för svensk hälso- och sjukvård,<sup>4</sup> och som intressant nog uppvisar drag av både FBP och EBM. Även om olikheterna mellan den rättsliga och den medicinska beslutsprocessen gör det svårt att göra en rättvisande jämförelse av FBP och EBM utan att också gå djupare in i deras respektive historiska och disciplinära kontexter än det funnits utrymme för i denna uppsats, är min förhoppning att jämförelsen ska bidra till att belysa väsentliga skillnader och likheter mellan modellerna, och till att de i förlängningen kanske rentav kan lära sig något av varandra.

## 2. Läkaren och domaren

Läkarens och domarens beslutsfattande skiljer sig åt med avseende på såväl föremål som ändamål. Medan läkaren avgör vilka medicinska åtgärder som kan anses befogade och ska erbjudas en patient, tar domaren i stället ställning till vilka rättsliga rekvisit som kan anses uppfyllda och vilka rättsliga påföljder dessa ska föranleda. Medan, enkelt uttryckt, läkarens beslut främst syftar till att främja hälsa, är domarens beslut i högre grad inriktat på att åstadkomma rättvisa.

Vid sidan om skillnaderna mellan domarens och läkarens beslutsfattande finns emellertid också stora likheter: Både läkarens och domarens beslut handlar om konkreta fall och får som regel mycket stor betydelse för de enskilda människor som fallet gäller. I båda beslutssituationerna är kunskapsunderlaget ofullständigt – oavsett om osäkerheten handlar om hur den konkreta patienten kommer att reagera på behandlingen, eller om den handlar om huruvida den tilltalade faktiskt varit på platsen vid den tidpunkt som åklagaren hävdar. Vidare beror frågan om hur osäkerheten ska hanteras i beslutet i båda fallen på vad som står på spel i den konkreta situationen. Inom straffrätten måste åklagaren bevisa den tilltalades skuld *utom rimligt tvivel*, vilket hänger samman med att det anses betydligt värre att fälla en oskyldig än att fria en skyldig.<sup>5</sup> Inom skadeståndsrätten, där det inte finns samma värdemässiga asymmetri mellan att oriktigt utdöma och att oriktigt underlåta att utdöma skadestånd, räcker det att bevisningen ”styrker” eller rentav att den visar med ”övervägande sannolikhet” att svaranden vållat skadan.<sup>6</sup> Beviskraven har inte lika etablerade verbala

4 Kravet på att läkaren ska utföra sitt arbete i överensstämmelse med vetenskap och beprövad erfarenhet infördes i svensk författning genom Oscar den II:s läkarinstruktion. Se Pontin 1891.

5 William Blackstone's berömda uttalande (1769: 352): "It is better that ten guilty persons escape than that one innocent suffer". I svensk rätt användes uttrycket "utom rimligt tvivel" första gången i rättsfallet NJA 1980 s. 725.

6 Se t.ex. 32 kap. 3 § 3 st miljöbalken (1998:808).

uttryck inom medicinen som inom juridiken, men också medicinska beslut måste med nödvändighet vila på en avvägning mellan risk och förväntad nytta med olika behandlingsalternativ, och denna avvägning förutsätter i sin tur en värdering av möjliga utfall.<sup>7</sup> Detta framgår tydligt i framtagandet av generella riktlinjer där risk och nytta avvägs på gruppnivå,<sup>8</sup> men gäller förstås även läkarens behandlingsbeslut i den konkreta situationen där också den individuella patientens förutsättningar (och värderingar) vägs in.

Läkarens och domarens beslutssituationer liknar alltså varandra på det sättet att båda beslutsfattarna måste *ta ställning till om evidensen är tillräcklig för att rättfärdiga ett visst handlingsalternativ i en konkret situation*. Inför denna bedömning verkar emellertid de två modellerna, EBM och FBP, ge läkaren respektive domaren helt olika svar på frågan om vilken evidens som ska beaktas och hur denna ska värderas.

### 3. Två till synes olika modeller

Enligt principen om *evidensbaserad medicin* (EBM) ska läkarens beslutsfattande vila på bästa möjliga evidens. I litteraturen om evidens-baserad medicin illustreras detta ofta med en pyramid, där systematiska forskningsöversikter placeras överst, följda av randomiserade kontrollerade studier, och observationsstudier (se tex Wilkinson m. fl., 2017: 22). Fallstudier och expertutlåtanden väger lätt och placeras långt ner i pyramiden i den mån de alls tillåts vara med. I Sverige tillhandahålls systematiska forskningsöversikter av Statens beredning för medicinsk och social utvärdering (SBU). SBU:s evidensbaserade använder det så kallade GRADE-systemet för att klassificera det vetenskapliga underlagets styrka. Av SBU:s handbok framgår att randomiserade kontrollerade studier anses ha högst preliminär evidensstyrka, medan observationsstudier har lägre styrka och fallstudier allra lägst (SBU:s handbok, 2017: 127 ff.). Den slutliga evidensstyrkan kan justeras upp eller ned beroende på studiens kvalitet och resultat. Principen om evidensbaserad medicin innebär därmed att det på förhand gjorts ställningstaganden både ifråga om *vad* som ska räknas som evidens och i fråga om *vilken styrka* olika slags evidens ska tillmätas.

EBM verkar för att medicinska beslut ska fattas på aktuell och välbelagd forskningsevidens och är en reaktion mot en tradition av medicinskt beslutsfattande som baserades på läkarens egen intuition och erfarenhet och på äldre auktoriteters uppfattningar. Enligt förespråkare för EBM visar det faktum att

7 Jag gjorde en mer omfattande jämförelse mellan rättsliga och icke-rättsliga beviskrav i min avhandling: *Legal Questions and Scientific Answers: Ontological Differences and Epistemic Gaps in the Assessment of Causal Relations* (2010).

8 Socialstyrelsen, Nationella riktlinjer: Metodbeskrivning, s. 6 ff. <https://www.socialstyrelsen.se/globalassets/sharepoint-dokument/dokument-webb/nationella-riktlinjer/nationella-riktlinjer-metodbeskrivning.pdf>. Citerad 2020-05-28.

flera tidigare utbredda metoder (t.ex. åderlåtning) som *uppfattats* som mycket effektiva i själva verket var ineffektiva eller rentav skadliga, att läkares upplevda erfarenheter inte är en tillförlitlig källa. Drivkraften i EBM-rörelsens framväxt kommer till uttryck i följande idag välkända ord, som inledde en banbrytande artikel av Gordon Guyatt och andra i the EBM working group, publicerad i JAMA (Journal of the American Medical Association) (1992: 2420):

A NEW paradigm is emerging. Evidence-based medicine de-emphasizes intuition, unsystematic clinical experience, and pathophysiologic rationale as sufficient grounds for clinical decision making and stresses the examination of evidence from clinical research.

EBM framstår som en tydlig motpol till principen om fri bevisprövning (FBP), som anger ramarna för den svenska domarens evidenshantering. FBP kommer till uttryck i 35 kap. 1 § rättegångsbalken (1942:740), enligt vilken rätten "efter samvetsgrann prövning av allt, som förekommit, [ska] avgöra, vad i målet är bevisat". FBP kan i sin tur delas upp i principen om fri bevisföring och principen om fri bevisvärdering. Enligt principen om fri bevisföring finns som regel ingen begränsning för vilken bevisning som får läggas fram i en rättegång. Parterna är alltså normalt fria att åberopa all bevisning som de kan få fram. En princip om fri bevisföring förespråkades redan av Jeremy Bentham (1827:743) som det bästa sättet att nå sanningen men gäller inte i amerikansk rätt, där det istället finns ett omfattande regelverk som anger vilken bevisning som är "admissible" och får föras fram av parterna.<sup>9</sup> Principen om fri bevisvärdering innebär att värdet av den bevisning som förts fram provas fritt av domstolen. Fri bevisvärdering kontrasteras ofta mot "legal" bevisvärdering, som ovan exemplifierades med bestämmelsen om vittnesmåls bevisverkan i 29 § i 1734 års rättegångsbalk, och inom vilken rättsregler på förhand anger vilka bevis som får föras fram och hur dessa ska värderas. Till skillnad från en legal bevisprövning innebär den fria bevisprövningen att lagstiftaren som huvudregel inte tagit ställning till vare sig *vad* som ska räknas som bevis eller *vilken styrka* olika former av bevis, till exempel ett vittnesmål, ska tillmätas.

Möjligheten att låta domaren fritt värdera bevisningen i stället för att vara bunden av legala regler diskuterades i Sverige redan i början av 1800-talet (Modéer 1987: 248, 257). Här, liksom på kontinenten, kritiserades den legala bevisvärderingens oförmåga att ta hänsyn till sammanhangets betydelse vid bedömningen av värdet av ett visst bevis (Damaska 1995). Kritik av detta slag framfördes bland annat av den svenska kriminallagskommittén, som menade

9 Det amerikanska rättsväsendet skiljer sig dock från det svenska bland annat på det sättet att bevisningens styrka bedöms av en lekmanjury, och det har ansetts angeläget att inte släppa in bevisning som riskerar att vilseleda denna.

att det var svårt att formulera regler som skulle vara tillämpliga för alla fall, och att det var orimligt att låta vissa bevis vara ovillkorligt bindande (Dereborg 1990: 35–36). Principen om den fria bevisprövningen fick genomslag i HD:s praxis från 1850-talet och framåt – en utveckling som kan ses i ljuset av en generell förstärkning av domarens makt (Modéer 1999: 401; 1987: 256–257) – och kom till fullt uttryck i 1942 års rättegångsbalk som citerades ovan.

I motsats till vad som är fallet i EBM finns alltså inom FBP som huvudregel inte någon begränsning för vilken typ av bevis som ska tillåtas, och inte heller några på förhand givna riktlinjer för styrkan hos olika typer av bevis. På ett sätt som står i tydlig kontrast till den roll EBM working group tillskrev läkares intuition och kliniska erfarenhet i citatet ovan framhåller många praktiskt verksamma jurister och rättsvetare dessutom betydelsen av domarens intuition och erfarenhet inom FBP. I en bok om bevisvärdering skriver till exempel en tidigare domare, tillika rektor för Domstolsakademin<sup>10</sup> och forskare i processrätt (Nordh 2013: 97):

[Vid] den slutliga sammanvägningen och avstämningen mot beviskravet är det mest betydelsefulla verktyget domarens intuition. [...] Med intuition i detta sammanhang åsyftas domarens kunskap, erfarenhet, klokskap och goda omdöme.

En annan skribent pekar på intuitionens betydelse för att identifiera det rimliga tvivel som räcker för en friande dom (Mellqvist 2013: 759, not 12):

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.

Å andra sidan framgår av förarbetena till rättegångsbalken att den fria bevisvärderingen inte medger att evidens får värderas på helt subjektiva grunder och att domaren måste klargöra vilka grunder som stöder övertygelsen (SOU 1938:44, s. 377–378) och många rättsvetare har betonat vikten av att bevisvärderingen respekterar såväl empiriska forskningsrön (Schelin 2006) som logiska och matematiska principer för sammanvägning av evidens (Gärdenfors 1983, Ekelöf m.fl. 2009, Dahlman 2018). Sammanfattningsvis kan sägas att det inte är klart vilket utrymme som finns för domarens intuition och erfarenhet i FBP, en fråga som kommer att diskuteras ytterligare nedan.

10 Domstolsakademin ansvarar för all juridisk utbildning av domare i Sverige.

## 4. Ramar för en fördjupad jämförelse

På ytan finns alltså tydliga skillnader mellan EBM och FBP. I FBP finns som vi sett som huvudregel inte någon begränsning för vilken typ av bevis (hädanefter "evidens") som ska tillåtas, och inte heller några på förhand givna riktlinjer för styrkan hos olika typer av evidens. Inte sällan framhålls beslutsfattarens (domarens) intuition och erfarenhet som viktiga verktyg för bevisvärderingen. I EBM finns i stället tydliga riktlinjer både för vad som ska räknas som evidens, och vilken styrka olika typer av evidens ska tillmätas. Där höjs också ett varnande finger för att tillmäta beslutsfattarens (läkarens) intuition och erfarenhet betydelse vid bevisvärderingen.

I det följande kommer jag att fördjupa jämförelsen av de två modellerna genom att närmare undersöka i vilka avseenden och på vilka sätt hanteringen av evidens är reglerad inom de två paradigmen. Jag kommer att skilja mellan å ena sidan frågan om vilken evidens som får beaktas (avsnitt 5 nedan) och å andra sidan frågan om hur evidensen ska värderas (avsnitt 6 nedan). Den senare frågan kommer i sin tur att delas upp i frågan om bedömningen av relevansen och värdet av *enstaka evidens* tagen för sig (avsnitt 6,1), och frågan om det *sammanvägda värdet* av all evidens (avsnitt 6.2). Jämförelsen kommer att relateras till en diskussion om de intressen som gör sig gällande i en rättslig respektive medicinsk beslutscontext.

## 5. Vilken evidens får beaktas?

### 5.1 FRIHET/BUNDENHET FÖR VEM OCH VARFÖR?

Vad gäller frågan om vilken evidens som får beaktas kan först konstateras att motsättningen mellan EBM:s riktlinjer för vilken evidens som får beaktas och den fria bevisföringens avsaknad av riktlinjer för vilken evidens som får föras fram är delvis skenbar. Den fria bevisföringen är förvisso en central del av FBP men avser *parternas* frihet att föra fram den bevisning de önskar och innebär inte att domaren är fri att på eget initiativ beakta vilken bevisning som helst. Tvärtom uttalas i processlagsutredningen, som låg till grund för införandet av FBP i den nuvarande rättegångsbalken, att den svenske domaren "är begränsad till det material, som framkommit i rättegången, och [får] sålunda icke på annat sätt skaffa sig kännedom om relevanta omständigheter" (SOU 1938:44, s. 378). Av rättegångsbalken framgår vidare att domen i tvistemål och brottmål ska "grundas på vad som förekommit i målet", den så kallade omedelbarhetsprincipen.<sup>11</sup> I motsats till vad den initiala jämförelsen i avsnitt 3 antydde finns här alltså snarare en likhet mellan den svenska domarens roll i FBP och

11 17 kap. 2 § och 30 kap. 2 § rättegångsbalken.

läkarens roll i EBM, i den meningen att båda är föremål för riktlinjer om vilken evidens som ska beaktas.

Den svenska domarens bundenhet behöver dock ses i ljuset av ramarna för den svenska rättsliga *processen*. Till att börja med är den svenska processordningen kontradiktorisk, på så sätt att parterna ska ha möjlighet att själva föra fram, ta del av och bemöta argument och bevisning som kan komma att ligga till grund för en dom.<sup>12</sup> Den svenska processordningen är också i hög grad akusatorisk, vilket innebär att parterna bär det huvudsakliga ansvaret för utredningen och för att relevant evidens förs fram.<sup>13</sup> Till skillnad från vad som är fallet i mer inkvisitoriska system, där domaren själv spelar en aktiv roll i utredningen, är den svenska domarens roll inriktad mot att bedöma den evidens som presenteras av parterna (även om det i vissa måltyper, t.ex. brottmål också finns inkvisitoriska inslag, bl.a. på så sätt att domstolen på eget initiativ kan inhämta kompletterande expertutlåtanden). Den svenska domarens bundenhet till den evidens som förts fram av parterna tycks därmed gå att härleda till intresset av processuell rättvisa, opartiskhet etc., och kanske inte i första hand till det intresse för materiellt riktiga domar som anfördes som skäl för en fri bevisprövning.

Även om domarens bundenhet i fråga om vilken evidens som får beaktas därmed inte utan vidare kan sägas vara en nödvändig del av FBP, visar det svenska exemplet emellertid att FBP ansetts *förenlig* med en sådan begränsning. I förarbeten och doktrin har dessutom framhållits att regeln att domaren bara får beakta vad som framkommit under rättegången även främjar sanningsökandet. Detta genom att regeln antas underlätta bedömningen av vittnens tillförlitlighet och tillförandet av olika perspektiv på bevisningen samt skapa ”goda möjligheter för värdering av hela materialet i ett sammanhang”, och eftersom parterna förmodas ha bäst kännedom om omständigheterna i det konkreta fallet (SOU 1938:44, s. 22). För både den svenske domaren inom FBP och för läkaren inom EBM tycks alltså gälla att bundenheten till viss evidens ansetts främja en i sak riktig (med verkligheten överensstämmande) bedömning. Det finns därför anledning att göra en närmare jämförelse av vilken evidens dessa beslutsfattare får beakta och på vilket sätt den kan antas främja en riktig bedömning.

## 5.2 FRIHET/BUNDENHET TILL VILKEN EVIDENS?

Det finns, som redan antytts, väsentliga skillnader mellan *vilken* evidens som domaren respektive läkaren får beakta. Läkaren får förstås beakta de observationer som gjorts om den enskilda patienten (inklusive hänsyn till patientens

12 Detta anses framgå av rätten till en rättvis rättegång i art. 6 i den Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna.

13 35 kap. 6 § rättegångsbalken.



preferenser). Utöver detta får läkaren emellertid bara beakta den typ av evidens som på förhand erkänts som tillförlitlig. Här ingår i första hand systematiska forskningsöversikter, randomiserade kontrollerade studier och, i viss mån, kohortstudier och fall-kontrollstudier. I praktiken sker läkarens användning av denna evidens ofta indirekt genom behandlingsriktlinjer som vilar på den tillgängliga evidensen. Domaren, i sin tur, är som vi sett huvudsakligen begränsad till vad parterna fört fram som bevis eller till vad som annars framkommit i rättegången (till exempel hur ett vittne uppträtt under ett förhör). Även om bundenheten i fråga om vilken evidens som får beaktas tjänar flera intressen i den svenska rättsprocessen, anses den både där och inom EBM också främja en materiellt riktig bedömning. Det är emellertid intressant att konstatera att bundenheten verkar tänkt att främja sanningssökandet på olika sätt: inom EBM genom att läkaren är bunden att beakta endast *tillförlitlig evidens*, för den svenske domaren genom att bundenheten skapar förutsättningar för en sammanhållen bedömning och belysning, och därmed för en *tillförlitlig process*, där evidens och argument för respektive mot det som ska bevisas kan värderas i ett sammanhang.

Som jag återkommer till i nästa avsnitt behöver både läkaren och domaren göra en bedömning av evidensens relevans i det individuella fallet. FBP innebär emellertid – till skillnad från EBM – att ingen evidens på förhand exkluderas som otillförlitlig eller otillåten: i princip vad som helst får alltså beaktas som evidens under förutsättning att det framkommit under rättegången. Ett resultat av detta är att FBP – trots att den fria bevisföringen är en frihet för parterna snarare än för domaren – i högre grad än EBM överläter åt beslutsfattaren, domaren, att själv värdera relevansen och värdet hos olika typer av evidens, vilket kan uppfattas som ett FBP i högre grad än EBM har tilltro till beslutsfattarens förmåga att själv göra en sådan värdering.

Domaren är inte heller helt bunden till vad som framkommit under rättegången, utan får i viss utsträckning använda sin kunskap om världens beskaffenhet i sin bevisvärdering. Av 35 kap 2 § rättegångsbalken framgår att det inte krävs bevis för omständighet ”som är allmänt veterlig”. Till omständigheter som är allmänt veterliga hör så kallade ”notoriska fakta” och ”allmänna erfarenhetssatser” (SOU 1938:44, s. 379). Med ”notoriska fakta” avses allmänt kända konkreta omständigheter, som att jorden är rund, och att Stockholm är Sveriges huvudstad. Med ”allmänna erfarenhetssatser” avses allmänt kända och på ”livserfarenheten” baserade generella påståenden om sambandet mellan olika företeelser, till exempel att ”mörker gör det svårt att se” och ”om det regnar blir det blött” (Ekelöf m.fl. 2009: 281 ff.; Lindell 2007). En distinktion görs mellan *allmänna* och *särskilda* erfarenhetssatser, där de senare till skillnad från de förra förutsätter någon form av specialkunskap och måste tillföras målet explicit, till exempel genom att en av parterna åberopar ett utlåtande av en medicinsk expert. Det anses dock finnas ett visst utrymme för domstolen

att i bevisvärderingen använda sin egen kunskap också om förhållanden som domaren lärt känna genom yrkeserfarenheten eller har någon slags specialkunskap om, under förutsättning att denna kunskap kommuniceras till parterna (Ekelöf m.fl. 2009: 60-61; jfr. SOU 1938:44: 378). Domarens möjlighet att på dessa sätt använda en del av sin egen kunskap i bevisvärderingen motiveras av processekonomiska skäl (Ekelöf m.fl. 2009: 58).

Den svenska domarens möjlighet att använda kunskap baserad på egen livs- och yrkeserfarenhet kan jämföras med synen på läkarens erfarenhet inom EBM. Som framgått anses klinisk erfarenhet som inte processats i vetenskapliga studier inte utgöra tillförlitlig evidens inom EBM, och ska därmed inte ingå i beslutsunderlaget. Detta väcker frågan om den svenska domarens möjlighet att använda erfarenhetssatser i dömandet ska tolkas som att rättsordningen här har offrat sanningsintresset till förmån för intresset av processekonomi. Eller innebär det att FBP ser annorlunda på erfarenhetens tillförlitlighet än vad EBM gör? Noga taget tycks ju redan uttrycket ”allmänt veterlig erfarenhetssats” implicera inte bara att erfarenhetssatsen är allmänt utbredd, utan också att den är sann.

### 5.3 ERFARENHETENS ROLL

I detta sammanhang är det intressant att relatera EBM och FBP till det inom svensk hälso- och sjukvård centrala kravet att den vård som ges ska stå i överensstämmelse med vetenskap och beprövad erfarenhet (VBE).<sup>14</sup> I Sverige fungerar VBE som ett grundläggande kvalitetskriterium inte bara för medicinskt beslutsfattande utan också inom utbildning, socialt arbete, miljövard m.m. Till skillnad från det första ledet (vetenskap) saknar det andra ledet (beprövad erfarenhet) motsvarighet i EBM:s evidensbegrepp. Att erfarenheten ska vara ”beprövad” innebär att inte vilken personlig erfarenhet som helst duger, och väcker förstås frågan om vad beprövad erfarenhet egentligen är. Studier av hur begreppet *beprövad erfarenhet* används inom den medicinska professionen, liksom i rättsliga bedömningar av medicinsk evidens, tyder på att det har flera dimensioner (Persson & Wahlberg 2017; Wahlberg 2018; Sahlin m.fl. 2020). Ett par av dessa är av särskilt intresse här: Ofta verkar beprövad erfarenhet innebära att något är *noga prövat* – erfarenheten har *visat* att något fungerar eller är fallet. Med denna innebörd, där VBE lyfter fram erfarenhetens roll som evidens blir skillnaden mot EBM tydlig. Andra gånger verkar tyngdpunkten hos den beprövade erfarenheten snarare ligga i att något är *utbrett*: att en uppfattning eller praktik delas av många. Att något är utbrett kan förstås vara ett tecken på att det är noga prövat och fungerar, men det finns inget nödvändigt samband mellan utbredning och prövning (Persson & Wahlberg 2015).

Överfört på erfarenhetssatserna i den rättsliga processen kan frågan ställas om det avgörande är att dessa erfarenhetssatser är utbredda (allmänt kända

14 6 kap. 1 § patientsäkerhetslagen (2010:659), 1 kap. 7 § patientlagen (2014:821).

eller i vart fall kommunicerade till parterna) eller om de också måste vara noga prövade. I den mån tonvikten ligger på utbredningen kan erfarenhetssatserna förmodas tjäna intressen av processuell rättvisa och processekonomi. I så fall finns egentligen ingen konflikt mellan synen på erfarenheten i EBM och synen på erfarenheten i FBP – det är snarare så att erfarenheten har en särskild funktion i den rättsliga beslutsprocessen som inte är relevant i den medicinska. I den mån FBP också förutsätter att en erfarenhetssats är noga prövad och kan utgöra tillförlitlig evidens blir skillnaden mot EBM:s syn på den osystematiserade erfarenheten som otillförlitlig tydligare.

Även om det inte tycks finnas något uttryckligt krav på att de erfarenhetssatser domaren får använda i bevisvärderingen verkligen är sanna, måste det vara rimligt att anta att de åtminstone förutsätts vara någorlunda tillförlitliga. Men i så fall ställs FBP, liksom VBE, inför frågan om vilka omständigheter som närmare bestämt måste föreligga för att erfarenheten ska kunna fungera som en prövningsmekanism som ger oss tillförlitlig kunskap. VBE ger självt inget svar på den frågan, men inom psykologin brukar tillgången till *feedback* och en tillräckligt *regelbunden miljö* pekas ut som avgörande för möjligheten att lära sig av erfarenheten (Kahneman & Klein 2009). En viktig fråga är förstås i vad mån domarens erfarenhetsbaserade kunskap har förvärvats under sådana omständigheter (Lindell 2007: 103). Jag återkommer till denna fråga i uppsatsens sista avsnitt.

## 6. Hur ska evidensen värderas?

### 6.1 VÄRDET AV ENSTAKA EVIDENS

Som framgick av avsnitt 5 är den fria bevisföringen en frihet för parterna att föra fram den bevisning de vill, men den ger ingen motsvarande frihet för domaren att på eget initiativ beakta annan bevisning. Att parterna är fria att föra fram den bevisning de önskar är ändå relevant i detta sammanhang, eftersom det visar att rättsreglerna inom FBP inte på förhand avfärdar viss evidens som värdelös, utan ger domaren förtroendet att bedöma värdet och relevansen av denna. Den svenska domarens frihet i detta avseende är visserligen inte helt oinskränkt: det finns alltså enstaka lagstadgade begränsningar för vilken bevisning som får åberopas och därmed ligga till grund för en dom, och vilket värde som ska tillmätas denna. Till exempel framgår av 35 kap 14 § rättegångsbalken att en skriftlig berättelse som avgetts inför en rättegång som huvudregel inte får åberopas, och 10 kap. 2 § 2 stycket ärvdabalken (1958:637) stadgar att "Hava vittnena å handlingen intygat att vid testaments upprättande så tillgått som i 1 § sägs, skall intyget, där klander väckes, äga tilltro, såfram omständigheter ej förekomma som förringa intygets trovärdighet". Högsta domstolen har dessutom i vissa avgöranden formulerat

kriterier för bedömningen av värdet av bland annat vittnesmål. HD:s avgöranden betraktas som rättskällor och är vägledande för tolkningen av rättsregler. Det råder dock oenighet om huruvida HD även kan begränsa domstolarnas frihet att värdera evidensen (Zetterquist 2019:180; jfr. Andersson 2014) och en del av de kriterier som föreslagits har senare ändrats efter att ha fått kritik för att stå i strid med forskning på området (Jfr. NJA 2010 s. 671 och NJA 2017 s. 316. Se också Schelin 2006).

På det hela taget är det fortfarande ovanligt att lagtext och prejudikat stadgar undantag från den fria bevisvärderingen. Innebär detta att domaren är fri att göra en skönsmässig bedömning av värdet och relevansen av enskild evidens? Är det kanske här domarens "intuition" kommer in? Såvitt jag kan se är svaret på den frågan inte självklart. För att bedöma värdet av viss evidens, behöver domaren bedöma sambandet mellan evidensen och det som ska bevisas, till exempel sannolikheten för att den tilltalade befunnit sig i närheten av brottsplatsen om hon är skyldig jämfört med om hon är oskyldig. Detta samband verkar vara en erfarenhetssats, och i så fall ska den ju som huvudregel vara allmänt veterlig. Oavsett hur vi närmare bestämt tolkar kravet på "allmänt veterlig" – som noga prövad, utbredd och/eller något annat – kommer detta krav att kraftigt begränsa domarens frihet att göra en egen intuitiv bedömning av evidensens värde. Däremot verkar innebörden av det rättsliga kravet på "allmän veterlighet" inte särskilt klart utan i behov av tolkning (se t.ex. Wahlberg 2019). Här finns sannolikt visst utrymme för en skönsmässig bedömning (Hart 1994). Det innebär dock bara att domaren, som så ofta, måste tolka innebörden av de rättsregler hon tillämpar – inte att hon har utrymme att göra en intuitiv värdering av evidensen *givet* den tolkning hon väl gör.

Som vi sett tonar EBM kraftigt ner erfarenhetens roll som evidens, till förmån för forskningsstudier. Beslut om vården av en enskild patient ska fattas med utgångspunkt från information om patienten och information från relevanta studier. Studiernas värde som evidens bestäms i på förhand lagda riktlinjer. En studies värde som evidens i ett konkret fall är emellertid inte bara en fråga om studiens vetenskapliga värde, utan också en fråga om i vad mån dess resultat går att överföra till omständigheterna i just det fallet. En väl genomförd studie som med säkerhet visar att ett läkemedel ger en viss förhöjd risk för hjärtsvikt på gruppnivå för personer över 70 innebär till exempel inte utan vidare att en 70-åring med utmärkt kondition eller en fyrtioåring löper samma risk. Det är tydligt att det behövs något mer än forskningsstudier och information om patienten för att tillämpa och bedöma forskningens relevans i det konkreta fallet. Enligt EBM spelar läkarens *expertis* en stor roll i denna tillämpning, och läkarens erfarenhet verkar tillerkännas rollen av medel för att uppnå den *expertis* som behövs för bedömningen. I den välkända artikeln "Evidence based medicine: what it is and what it isn't" förklarar Sackett med flera (1996: 71) att

The practice of evidence based medicine means integrating individual clinical expertise with the best available external clinical evidence from systematic research. By individual clinical expertise we mean the proficiency and judgment that individual clinicians acquire through clinical experience and clinical practice.

It is [clinical expertise] that decides whether the external evidence applies to the individual patient at all and, if so, how it should be integrated into a clinical decision.

Som påpekats av Johannes Persson m.fl. tycks läkarens erfarenhet i EBM alltså tillerkännas en roll för att implementera evidens, men *inte* som evidens *i sig* (Persson m.fl. 2019). Erfarenhetens roll inom EBM skiljer sig alltså väsentligt från dess roll i VBE, och sannolikt även från dess roll i FBP.<sup>15</sup>

Man kan emellertid fråga sig om det är möjligt att, som EBM, utmönstra erfarenheten som evidens. En spännande fråga är vad det ”proficiency and judgment” som Sackett m.fl. hänvisar till närmare bestämt består i, om inte just erfarenhet av vilka faktorer som påverkar olika behandlingars utfall i konkreta fall. På senare tid har också ett mer inkluderande evidensbegrepp börjat framskynta i litteraturen om EBM. I tredje upplagan av Guyatt’s ”Users’s guide to the medical literature: a guide for evidence-based clinical practice” finns faktiskt en passage, där den osystematiserade erfarenheten erkänns som – om än svag – evidens, och det står att läsa: ”The available evidence may warrant very low confidence – it may be the unsystematic observation of a single clinician [...] – but there is always evidence” (Guyatt m.fl. 2015).

Frågan om vad som fyller ut kunskapsglappet mellan forskningsevidens och det konkreta fallet inom EBM (expertis eller kunskap förvärvat genom erfarenhet) väcker frågan om det behövs något för att fylla ut glappet mellan allmänna erfarenhetssatser och det konkreta fallet i FBP. Är det kanske här – i tillämpningen av den allmänna erfarenhetssatsen på den konkreta evidensen – som domarens intuition kommer in? En mer grundläggande fråga är förstås i vilken utsträckning glappet alls ska få lov att fyllas ut. Inom EBM menar vissa att i den mån det konkreta fallet inte avviker på vissa i förhand angivna sätt från den grupp som forskningsevidensen direkt avser, så ska denna evidens anses tillämplig också i det konkreta fallet (Guyatt m.fl. 2008). En möjlig invändning är att ett sådant tillvägagångssätt inte tar tillvara den lokala och/eller specifika kunskap som kan finnas i olika fall. Inom FBP framstår det som naturligt att vara av uppfattningen att beviskravet inte kan vara uppfyllt om de allmänna erfarenhetssatserna och det som framkommit i målet inte förslår för att uppfylla det. Mot den uppfattningen kan möjligen invändas att beviskravet, i vart fall det straffrättsliga, i så fall nog mycket sällan skulle vara uppfyllt eftersom

15 Se avsnitt 5.1 ovan.

det ofta får antas råda brist på allmänt veterliga erfarenhetssatser om evidensvärde i det konkreta fallet.

### 6.3 SAMMANVÄGNINGEN AV DEN TOTALA EVIDENSEN

Inom såväl FBP som EBM finns vissa riktlinjer för hur värdet av den totala evidensen ska bestämmas. I förarbetena till rättegångsbalken finns några mycket allmänt hållna anvisningar av relevans för sammanvägningen och vid sidan om detta har även Högsta domstolen uttalat sig om hur bevisvärderingen bör struktureras i vissa typer av fall (se t.ex. NJA 2015: 702). Av förarbetena framgår att en dom inte får grundas på totalintrycket av det föreliggande målet. Bevisvärderingen måste alltså bygga på en sammanvägning av värdet av all enskild evidens. Att så måste ske verkar rimligt givet vad som ovan sagts om användningen av erfarenhetssatser, då det framstår som otänkbart att det skulle finnas en allmänt veterlig erfarenhetssats om sambandet mellan det som ska bevisas i ett konkret fall och all evidens som förekommer i just det fallet. I den rättsvetenskapliga litteraturen har frånvaron av sådana mycket specifika erfarenhetssatser ibland ansetts innebära att sammanvägningen av evidensen måste ske intuitivt (Ekelöf m.fl. 2009: 193).<sup>16</sup> Är det alltså här i sammanvägningen, slutligen, som vi hittar utrymmet för domarens intuition i bevisvärderingen?

Av förarbetena framgår emellertid också att domen ska vara objektivt grundad och stödjas av skäl som kan godtas av andra förståndiga personer (SOU 1938:44, s. 378). Vad detta närmare bestämt innebär – till exempel vem som ska räknas som en förständig person (Lindell 1987: 22) kan förstås diskuteras men det kan hur som helst ifrågasättas om uppfattningen att sammanvägningen ska ske intuitivt är förenlig med förarbetenas krav på objektivitet och intersubjektivitet. Det finns heller ingen motsättning i att mena att bevisprövningen är fri i den meningen att det inte är på förhand reglerat vilken evidens som får föras fram och beaktas eller vilket värde som ska tillmätas denna, men samtidigt ofri i fråga om hur värdet av all evidens ska sammanvägas. Inom FBP-litteraturen finns många som menar att bevisvärderingen inte får stå i strid med logiska principer, och dessutom flera som förespråkat användningen av matematiska regler för att bedöma hur evidensen samverkar (Damaska 1985: 435). Visserligen finns olika metoder för att värdera evidens. Redan bland svenska förespråkare för en matematiskt inriktad bevisvärdering finns såväl anhängare av bayesianska metoder<sup>17</sup> (Dahlman 2018) som anhängare av icke-bayesi-

16 Se även Nordh 2013, citerad i avsnitt 3 ovan.

17 Med bayesianska metoder används Bayes' teorem för att uppdatera sannolikheten för bevismat (hypotesen) i ljuset av ny evidens. Sannolikheten för bevismat givet evidensen är en funktion av bevismats ursprungssannolikhet, sannolikheten för att evidensen ska föreligga när bevismat är sant samt sannolikheten för att evidensen ska föreligga när bevismat är falskt. En vanlig kritik mot Bayes' teorem är att en hypotes inte har någon given ursprungssannolikhet. I ett rättsligt sammanhang kan detta problem eventuellt undvikas genom att ursprungssannolikheten sätts normativt. Till exempel kan ursprungssannolikheten i ett straffrättsligt sammanhang sättas mycket lågt med hänvisning till

anska sammanvägningsregler (Gärdenfors 1983).<sup>18</sup> Kanske kan man hävda att intuitionen har en roll i valet mellan dessa metoder. Den praktiskt verksamma domaren, däremot, är sällan tillräckligt insatt i någon av dessa metoder för att kunna välja mellan dem eller tillämpa dem i praktiken. Sedan några år tillbaka kan juriststudenter i Lund läsa en fördjupningskurs om hur bayesianska nätverk kan användas i rättslig bevisvärdering, men de flesta nu verksamma jurister har inte haft någon sådan möjlighet. Att sammanvägningen av evidensen i den fria bevisprövningen i hög grad sker intuitivt är därför förmodligen än så länge en riktig lägesbeskrivning. Men det är förstås inte detsamma som att en sådan ordning är önskvärd.

Också inom EBM tycks förutsättas att det sker en sammanvägning av de olika delarna av evidensen och att värderingen inte baseras på totalintrycket av beslutsunderlaget. I litteraturen betonas betydelsen av den beslutande läkarens förmåga att förstå "certain rules of evidence [...] the properties of diagnostic tests and [...] use a quantitative approach to these tests" (Guyatt 1992: 2421, 2424) vilket tyder på att en sammanvägning av evidensen är tänkt att ske enligt någon på förhand etablerad metod (se också Guyatt m.fl. 2013). Inte heller inom EBM är det såvitt jag förstår hugget i sten vilken metod som bör användas, men många förespråkare för EBM verkar utgå från att bayesianska resonemang ska användas vid sammanvägningen.

## 7. Slutsatser av en reviderad jämförelse

Jag började skriva denna uppsats för att jag upplevde det som förbryllande att två discipliner utgick från till synes olika modeller för att hantera evidens och fatta beslut. EBM:s avfärdande av beslutsfattarens intuition och erfarenhet, och riktlinjer för vad som räknas som evidens och med vilken styrka föreföll mig stå i uppenbar kontrast till FBP:s avsaknad av begränsningar i fråga om vilken evidens som får föras fram och hur denna ska värderas, och till uttalanden i litteraturen om betydelsen av domarens intuition och erfarenhet i bevisvärderingen. När jag nu närmar mig slutet på uppsatsen kan jag konstatera att de två modellerna liknar varandra i högre grad än jag förväntade mig att se. I stället för att fokusera på modellernas skillnader, skulle en kort jämförande beskrivning lika gärna kunna ta fasta på deras likheter och konstatera att det inom såväl FBP som EBM finns riktlinjer som på förhand anger vilken slags evidens som får beaktas, och som samtidigt begränsar det underlag som får ligga till grund för värderingen. En sådan beskrivning skulle också kunna påpeka att

oskyldighetspresumtionen. För att underlätta beräkningarna kan program för att konstruera bayesianska nätverk användas (se vidare Dahlman 2018).

18 "Bevisvärdeemetoden" som utvecklas i Gärdenfors 1983 är liksom den bayesianska metoden matematisk men ställer krav på en fungerande mekanism (t.ex. en orsaksmekanism) mellan bevisetemat (hypotesen) och evidensen. Se även Sahlin 2004.

båda modellerna utgår från att sammanvägningen av evidensen ska ske på ett strukturerat sätt men lämnar visst utrymme för beslutsfattarens skön (om än oklart vari detta består). Vid sidan om en lite mer nyanserad syn på förhållandet mellan de två modellerna, har jämförelsen också gett en bättre förståelse för deras särdrag. Jag avslutar därför uppsatsen med att kort summera några iakttagelser som jag tar med mig från denna övning.

En första iakttagelse är att FBP:s tilltro till domarens förmåga att värdera evidensen verkar större än EBM:s tilltro till motsvarande förmåga hos läkaren. Till skillnad från EBM avfärdar FBP inte på förhand någon typ av evidens som otillförlitlig utan överlåter helt åt domaren att bedöma evidensens relevans och värde. Domarens roll motsvarar i medicinen därmed både SBU:s (genom att avgöra vilka erfarenhetssatser som kan användas) och läkarens (genom att tillämpa dessa erfarenhetssatser i det konkreta fallet). I avsnitt 5.2 konstaterade jag att medan EBM fokuserar på att *evidensen* i sig är tillförlitlig, verkar FBP i vart fall delvis fokusera på att *processen* för att värdera evidensen är tillförlitlig. Den skillnaden finns dock bara om vi jämför domarens bevisvärdering med läkarens. Om vi i stället vidgar perspektivet till att vid sidan av läkaren omfatta även SBU och andra aktörer för att främja ett gott medicinskt beslutsfattande blir det tydligt att processens tillförlitlighet är viktig också i en medicinsk kontext. Den observerade skillnaden mellan EBM:s fokus på tillförlitlig evidens och FBP:s fokus på tillförlitlig process kan alltså i vart fall delvis förklaras av att domarens roll i bevisvärderingen omfattar fler led än läkarens.

En andra iakttagelse är att FBP, liksom VBE men i högre grad än EBM verkar utgå från att erfarenhet kan utgöra evidens av värde för bevisvärderingen även om den inte blivit föremål för en systematisk vetenskaplig prövning. Å ena sidan verkar EBM:s närmast totala utmönstring av erfarenheten som evidens väl drastisk. Å andra sidan är det en utmaning för såväl FBP som VBE att klargöra när erfarenheten är tillräckligt tillförlitlig för att kunna tjäna som evidens, men också när den inte är det. Eftersom de feedback-processer som forskningen visat är så viktiga för att vi ska lära oss av erfarenheten typiskt sett saknas vid juridisk bevisvärdering (en läkare kan se sin patient tillfriskna men en domare får sällan någon återkoppling som indikerar om den tilltalade verkligen begått det brott han dömts för) bör vi nog vara försiktiga med att utgå från att domarens erfarenhet av bevisvärdering per automatik ger kunskap om vad som utmärker ett trovärdigt vittnesmål eller hur ett våldtäktsoffer normalt beter sig.<sup>19</sup> För FBP:s del kan en del av förklaringen till att erfarenheten får betydelse som evidens kanske vara att det sällan finns vetenskapliga studier om hur sannolikt det är att någon stannar kvar i en lägenhet efter att ha blivit

19 Jfr tex. Bolding 1953:312 "Det är [...] rimligt att anta att domaren har tillägnat sig en viss förmåga att - dock icke utan felmarginal- uppskatta bevisvärdet av sådana vaga omständigheter som en persons "sätt att vara" och "sätt att uttrycka sig".



hotad eller om andra liknande sociala samband som är relevanta för att döma i en rättegång. Att det saknas vetenskapliga studier om flera av de samband som är relevanta vid bevisvärderingen kan kanske också delvis förklara den högre tilltro som FBP tycks uppvisa till beslutsfattarens förmåga att värdera evidensen och tolka riktlinjerna för bevisvärderingen – det är sannolikt betydligt svårare att på förhand ange kriterier för en erfarenhetssats tillförlitlighet än att ranka olika typer av vetenskapliga studier. Det finns dock skäl att påpeka att om svårigheten att fånga sociala samband vetenskapligt beror på att mänskligt agerande är oregelbundet, kan det nog vara minst lika svårt att förvärva tillförlitlig kunskap om sådana samband genom erfarenheten.

En tredje iakttagelse, som nog hänger samman med den första iakttagelsen, är att domaren i större utsträckning än läkaren tolkar och därmed formar sina egna riktlinjer. Riktlinjerna för domarens bevisvärdering är förhållandevis öppna för tolkning. Begreppet *allmän erfarenhetssats* verkar till exempel betydligt mer öppet för tolkning än begreppet *randomiserad studie*, och det råder långt ifrån enighet om vilken metod domaren bör använda för att sammanväga bevisningen. Mot bakgrund av att domarens uppdrag är just att tillämpa och tolka rättsregler, är det förstås inte särskilt konstigt att hon har i uppgift att tolka också de rättsliga riktlinjerna för bevisvärderingen. Domarens utrymme att tolka den rättsliga regleringen av bevisvärderingen bör dock inte misstas för ett utrymme att göra en intuitiv värdering av evidensen.

En fjärde och sista iakttagelse rör just intuitionens roll i bevisvärderingen. Sammantaget kan jag inte se att FBP lämnar större utrymme för intuitionen än vad EBM gör, i vart fall inte i teorin. Till att börja med verkar det inte finnas utrymme att låta intuitionen påverka värderingen av enskilda bevis, som ju i stället ska ske med hjälp av allmänt veterliga erfarenhetssatser. Eftersom det finns regler att använda för sammanvägningen av evidens – låt vara att det återstår en del arbete för att implementera dem i den rättsliga processen – verkar det inte heller finnas behov av att åberopa intuitionen i sammanvägningsledet. En annan sak är förstås att intuitionen kan få stor betydelse i praktiken, om beslutsfattaren exempelvis bortser från de sammanvägningsregler som finns. I teorin liknar intuitionens roll i FBP nog snarare dess roll i EBM, och kan träda in vid bedömningen av om en generell erfarenhetssats är tillämplig på evidens i det konkreta fallet. Något som emellertid hade kunnat nödvändiggöra ett större utrymme för intuitionen i den rättsliga bevisvärderingen är om det skulle visa sig att den tillgängliga evidensen (inklusive de erfarenhetssatser domaren kan använda) med de regler som finns för sammanvägning inte räcker för att uppfylla det rättsliga beviskravet i någon meningsfull utsträckning. För egen del håller jag det visserligen inte för osannolikt att det skulle kunna vara på det viset. Om det är så, och om det i så fall är acceptabelt, är öppna och sannolikt svarbesvarade frågor, men inte desto mindre viktiga.

## Referenser

- Andersson, S., 2014. "Rättsdogmatisk metod och bevisvärdering", i Andersson, S. & Lainpelto, K. (red.), *Festskrift till Christian Diesen*. Stockholm: Norstedts Juridik.
- Bentham, J., 1978 (1827). *Rationale of Judicial Evidence*, Vol. V. New York: Garland.
- Blackstone, W., 1769. *Commentaries on the Laws of England*. Oxford: Clarendon Press.
- Bolding, P.-O., 1953. "Sannolikhet och bevisvärdering i brottmål", *SvJT*, s. 305.
- Dahlman, C., 2018. *Beviskraft: Metod för bevisvärdering i brottmål*. Stockholm: Norstedts Juridik.
- Damaska, M., 1995. "Free Proof and Its Detractors", *The American Journal of Comparative Law* 43, s. 343-357.
- Dereborg, A., 1990. *Från legal bevisteori till bevisprövning i svensk straffprocess*. Stockholm: Juristförlaget.
- Ekelöf, P.-O., Edelstam, H. & Heuman, L., 2009. *Rättegång Häfte 4*. Stockholm: Norstedts Juridik.
- Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna.
- Gärdenfors, P., 1983. "Evidentiary Value: Philosophical, Judicial and Psychological Aspects of a Theory", i Gärdenfors, P. (red.), *Essays dedicated to Sören Halldén on his sixtieth birthday*. Theoria.
- Guyatt, G., m.fl., 1992. "Evidence-Based Medicine: A New Approach to Teaching the Practice of Medicine", *JAMA*, 268, s. 2420-2425.
- Guyatt, G., Rennie, D., Meade, M. & Cook, D., 2008. *Users' Guide to the Medical Literature: A Manual for Evidence-Based Clinical Practice*. 2nd ed., McGraw Hill Education.
- Guyatt m.fl., 2013. "GRADE Guidelines: 11. Making an Overall Rating of Confidence in Effect Estimates for a Single Outcome and for All Outcomes", *Journal of Clinical Epidemiology* 66, s. 151-157.
- Guyatt, G., Rennie, D., Meade, M. & Cook, D., 2015. *Users' Guide to the Medical Literature: A Manual for Evidence-Based Clinical Practice*. 3rd ed., McGraw Hill Education.
- Hart, H. L. A., 1994. *The Concept of Law*. Oxford: Clarendon.
- Kahneman, D. & Klein, G., 2009. "Conditions for Intuitive Expertise: A Failure to Disagree", *American Psychologist* 64, s. 515-526.
- Lindell, B., 1987. *Sakfrågor och rättsfrågor: En studie av gränser, skillnader och förhållanden mellan faktum och rätt*. Uppsala: Iustus.
- Lindell, B., 2007. *Notorietet och kontradiktion*. Uppsala: Iustus.
- Mellqvist, M., 2013. "Om tro, tyckande och vetande: Högsta domstolens värdering av utsagor", *SvJT*, s. 753.
- Miljöbalken (1998:808).
- Modéer, K. Å., 1987. "En god domare är bättre än en god lag: Om juridiska yrkesroller i ett historiskt perspektiv", *SvJT*, s. 248.
- Modéer, K. Å., 1999. "Den stora reformen: Rättegångsbalkens förebilder och förverkligande", *SvJT*, s. 400.
- NJA 1980, s. 725.
- NJA 2010, s. 671.

- NJA 2015, s. 702.
- NJA 2017, s. 316.
- Nordh, R., 2013. *Bevisrätt C: Bevisvärdering*. Uppsala: Iustus.
- Patientlagen (2014:821).
- Patientsäkerhetslagen (2010:659).
- Persson, J. & Wahlberg, L., 2015. "Vår erfarenhet av beprövad erfarenhet: Några begreppsprofiler och ett verktyg för precisering", *Läkartidningen* 112, s. 2230 -2232.
- Persson, J., Väreman, N., Wallin, A., Wahlberg, L. & Sahlin, N. E., 2019. "Science and Proven Experience: a Swedish Variety of Evidence Based Medicine and a Way to Better Risk Analysis?", *Journal of Risk Research* 22, s. 833-843.
- Pontin, D. M., 1891. *Författningar m.m. angående medicinalväsendet i Sverige, omfattande år 1890*. Stockholm: P.A. Norstedt & Söner.
- Rättegångsbalken i 1734 års lag.
- Rättegångsbalken (1942:740).
- Sackett, D., Rosenberg, W., Muir Gray, J., Haynes, R. & Scott Richardson, W., 1996. "Evidence Based Medicine: What It Is and What It Isn't", *BMJ* 312, s. 71-72.
- Sahlin, N.-E., 2004. *The Evidentiary Value Model: Too Short an Introduction (book)*. <http://www.nilsericsahlin.net/book/evidentiary-value/>. Citerad 2020-06-01.
- Sahlin, N.-E., Dewitt, B., Persson, J., Wahlberg, L. & Wallin, A., 2020. "Så uppfattar tandläkare beprövad erfarenhet: några resultat från en enkätstudie", *Tandläkartidningen* 7, s. 50-54.
- Socialstyrelsen, *Nationella riktlinjer: Metodbeskrivning*. <https://www.socialstyrelsen.se/globalassets/sharepoint-dokument/dokument-webb/nationella-riktlinjer/nationella-riktlinjer-metodbeskrivning.pdf>. Citerad 2020-05-28.
- Schelin, L., 2006. *Bevisvärdering av utsagor i brottmål*. Stockholms universitet.
- SOU 1938:44. Processlagsberedningens förslag till rättegångsbalk, II.
- SBU:s handbok, 2017. *Utvärdering av metoder i hälso- och sjukvården och insatser i socialtjänsten*.
- Wahlberg, L., 2010. *Legal Questions and Scientific Answers: Ontological Differences and Epistemic Gaps in the Assessment of Causal Relations*. Lund.
- Wahlberg, L., 2018. "Rätten till ersättning för gränsöverskridande vård och kravet på vetenskap och beprövad erfarenhet", *Förvaltningsrättslig tidskrift* 4, s. 789-817.
- Wahlberg, L., 2019. "Begreppet lagtolkning", i C. Dahlman & L. Wahlberg (red.), *Juridiska grundbegrepp: en vänbok till David Reidhav*. Studentlitteratur, s. 141-162.
- Wilkinson, I., Raine, T., Wiles, K., Goodhart, A., Hall, C., O'Neill, H., 2017. *Oxford Handbook of Clinical Medicine*. Oxford: Oxford University Press.
- Zetterquist, O., 2019. "Begreppet prejudikat", i C. Dahlman & L. Wahlberg (red.), *Juridiska grundbegrepp: en vänbok till David Reidhav*. Studentlitteratur, s. 163-190.
- Ärvidabalken (1958:637).