

## Kollektivbeslutninger under vage standarder

Gunnar Nordén<sup>1</sup>

### 1. Innledning

Viktige beslutninger treffes ofte i organer hvor avgjørelsene fremkommer som aggregert fra medlemmers valg. Det kan skilles mellom situasjoner der organene betraktes som å aggregere individuelle *preferanser*, og situasjoner der organene betraktes som å aggregere individuelle *bedømmelser*. Et paradigmatisk eksempel på den førstnevnte klassen situasjoner er politikkvalg i representative organer, hvor det enkelte medlem gir uttrykk for hvilket alternativ som foretrekkes uten at det kreves en nærmere forklaring av valget. Eksempler på den sistnevnte klassen situasjoner er domstoler eller ekspertkomiteer, hvor bedømmelser eller vurderinger skjer under henvisning til *eksternt gitte holdbarhetskriterier* som rettsnormer eller teoristrukturer. Hovedfokus i denne artikkelen er på domstolsavgjørelser som treffes under henvisning til vage eller usikre rettslige standarder.

Domstoler behøver ikke å forstås snevert. Parter vil i praktisk viktige situasjoner selv kunne designe beslutningsmekanismer som avgjør tvister på en bindende måte (voldgift). Kriteriene for avgjørelsene – de rettslige standardene – kan ha sitt grunnlag i lovgivning, tidligere domstolsavgjørelser eller normer fastsatt i kontrakt. Muligheten for at partene selv (også) kan fastsette kriteriene for avgjørelsene, gjør drøftelsene relevant for kollektivmekanismer med delegert mandat (som for eksempel selskapsstyrer). Et eksempel vil bli nevnt nedenfor. Flere punkter vil også ha relevans for ekspertkomiteer, men dette perspektivet blir ikke forfulgt her.

Artikkelen belyser den systematiske betydningen av kollektivstørrelse, voteringsregler (krav til stemmeflerhet) og voteringsregime. Den sistnevnte problemstillingen gjelder hvordan kollektivavgjørelser nærmere knyttes til de eksternt gitte beslutningskriteriene.

Det anlegges slik et funksjonelt perspektiv på beslutningsmekanismene. Mer omfattende spørsmål om evaluering av mekanismene – institusjonell design – kan kun tangeres.

---

<sup>1</sup> Jeg har fått et stipend av Senter for risiko- og forsikringsforskning (ROFF) ved Handelshøyskolen BI til utarbeidelse av artikkelen "Modelling Legal Uncertainty." Arbeidet gjelder analytisk *representasjon* av rettsnormer (herunder kontrakter), og inngår i et doktorgradsprosjekt ved Yale Law School. I denne artikkelen orienteres det om noen aktuelle anvendelser av strukturer som analysert i artikkelen og som kan ha bredere interesse. Takk til ROFF for interessen for prosjektet og for den økonomiske støtten.

Fremstillingen er elementær, og det gis bare randmerknader til underliggende teori og idéhistorie. Det bør imidlertid nevnes at to tradisjoner innen teori for gruppebeslutninger danner bakgrunn for analysen. Den ene tradisjonen er såkalt Arrowiansk aggregeringsteori, som gjelder metoder for avbildning av individuelle preferanser (eventuelt valg) til kollektive preferanser (eventuelt valg).<sup>2</sup> Den andre tradisjonen gjelder situasjoner der beslutningstakerne forutsettes å ha sammenfallende preferanser, men det er usikkerhet om hva fellespreferansen er. Beslutningstakere kan ha forskjellig evne (i probabilistisk forstand) til å identifisere det riktige resultatet. Et stikkord for denne litteraturen er det såkalte Condorcets jury-teorem.<sup>3</sup>

Kornhauser & Sager [1986] forener de to perspektivene i en analyse av domstolsavgjørelser. I tillegg formuleres et krav om at bedømmelsene ("judgments") forankres eksplisitt i de eksterne kriteriene for avgjørelsene. Kornhauser og Sager påviser at det i visse situasjoner kan oppstå et særlige problemer når individuelle avgjørelser som er bedømmelser i denne forstand, skal aggregeres til kollektive avgjørelser. Problemet – eller mer presist umuligheten – av å oppfylle elementære konsistenskrav i slike situasjoner kalles *det doktrinære paradoks* eller *det diskursive dilemma*. Fenomenet har blitt generalisert og gitt opphav til en ny retning i den aksiomatiske gruppebeslutningsteorien (såkalt "judgment aggregation theory").<sup>4</sup>

I avsnitt 2 nedenfor redegjøres kort for representasjonen av de usikre eller vage eksternt gitte normene som beslutningene treffes under. I avsnitt 3 forklares forskjellen mellom en enedommer og kollektiver som treffer beslutninger under majoritetskrav. Denne voteringsregelen er typisk for sivilprosess. I avsnitt 4 illustreres betydningen av krav til kvalifisert flertall, som er typisk for straffeprosess. I avsnitt 5 forklares det doktrinære paradoks og betydningen av voteringsprotokoll. Under det som kalles normbasert rettslig usikkerhet beregnes sannsynligheten

---

<sup>2</sup> Dybden og bredden i denne litteraturen fremgår av Arrow, Sen & Suzumura [2002,2011].

<sup>3</sup> Se Nitzan & Paroush [1985] for en oversikt.

<sup>4</sup> Det er velkjent fra teori for preferanseaggregering at paradokser kan gjøre seg gjeldende ved valg mellom tre eller flere alternativer (stikkord: Condorcets paradoks).

Doktrinære paradokser kan som vist nedenfor oppstå ved valg mellom kun to alternativer. Den generelle teorien kalles også "logical aggregation theory." Navngivningen gjenspeiler at den gjelder avbildning fra *sett* av logisk sammenhengende utsagn på nivået for individuelle beslutningstakere til *sett* av logisk sammenhengende utsagn på nivået for et kollektiv. Det første arbeidet er List & Pettit [2002]. Det har allerede blitt en omfattende teori (List & Polak [2010]).

Det bør imidlertid fremheves at selve paradokset har vært kjent blant rettsteoretikere i Tyskland og Skandinavia siden iallfall midten av 1800-tallet. En inngående drøftelse er gitt i en enestående avhandling av den danske overrettsaksfører Albert Heckscher (Heckscher 1892). Emnet ble ansett som "liggende utenfor Jurisprudensens egentlige Omraade" av Det juridiske fakultet i Kjøbenhavn (Zeuthen 1897). Avhandlingen ble imidlertid oppdaget av den betydelige astronom og matematiske statistiker Thorvald N. Thiele og forsvart for den filosofiske doktorgrad ved Det matematisk-naturvitenskapelige fakultet.

paradokser og dermed sannsynligheten for at utfall avhenger av voteringsregimet. Avsnitt 6 avslutter med antydning av noen problemstillinger som det er viktig å studere nærmere i et funksjonelt perspektiv.

### 2. Normbasert rettslig usikkerhet

Rettsnormer kan forstås som relasjoner mellom sett av betingende rettsfakta ("legal facts")  $LF$  og sett av rettslige konsekvenser ("legal consequences")  $LC$ . Her forutsettes det at settet av rettslige konsekvenser har to utfall, betegnet  $c$  og ikke- $c$ . Dette betyr at  $LC = \{c, \text{ikke-}c\}$ .

Variabelen  $c$  kan betegne utsagn av typen 'A har en kontraktsforpliktelse overfor B', 'A er erstatningspliktig overfor B', 'tiltalte er skyldig' osv.<sup>5</sup>

I denn artikkelen abstraheres det fra usikkerhet mellom rettsnormer. Det forutsettes derfor at det treffes beslutninger under én fastholdt substansiell norm. Dersom denne normen eller relasjonen er slik at det til hvert element i settet av rettsfakta hører ett og bare ett element i settet av konsekvenser, kan normen sies å være (globalt) determinativ eller å være en (global) regel.

Under et slikt regime må alle kollektiver generere samme avgjørelse uansett størrelse, voteringsregel eller voteringsregime: den gitte ytre standarden for beslutningene determiner de individuelle bedømmelsene (det vil heller ikke kunne oppstå logiske paradokser).<sup>6</sup>

Forutsetningen er imidlertid ikke realistisk. Mange rettsnormer inneholder åpne standarder slik som "forsvarlig", "aktsom", "god forretningsskikk" eller lignende, og det oppstår også ellers tvil om klassifisering av fakta under begreper i rettsnormer. Utstrakt bruk av kollektivmekanismer i rettssystemet (herunder hierarkisk ordnede domstoler) kan være symptomatisk for dette.

Dersom en rettsnorm for et betingende faktum *ikke* determinerer et utfall, vil forskjellige rettsanvendere kunne komme til forskjellig resultat under normen. Normen kan da kalles en (lokal) standard. En slik standard kan fra et *ex ante* perspektiv (lokalt) beskrives som en sannsynlighetsfordeling over settet av rettslige konsekvenser. Til forskjellige betingende fakta

---

<sup>5</sup> De gjensidig utelukkende alternativene 'skyldig' 'ikke skyldig' er lovpålagt som de eneste alternativene ved avgjørelsen av skyldspørsmålet i norsk straffeprosess. I sivile saker kan prosessuelle regler som muliggjør såkalt saksdeling, gi opphav til et dikotomt utfallsrom. I andre situasjoner vil typisk større sett måtte betraktes.

<sup>6</sup> Det forutsettes her fravær av faktisk usikkerhet i betydningen usikkerhet om hvilke betingende rettsfakta som foreligger. Dette er en analytisk forenkling. Forutsetningen er imidlertid ofte direkte anvendbar på grunn av doktriner i rettssystemet som låser visse variable. Eksempler er anke over rene rettsspørsmål og doktriner som *res judicata* og *collateral estoppel* (visse betingelser for rettsnormers anvendelse er bindende normert).

tilordnes generelt forskjellige sannsynlighetsfordelinger (men det er ikke noe i veien for at normen tilordner samme sannsynlighetsfordeling til flere betingende komplekser av fakta). Til betingende fakta der normen (lokalt) er determinativ, tilordnes en degenerert sannsynlighetsfordeling (det vil si at ett element i  $LC$  tilordnes sannsynlighet 1). Dermed kan den substansielle rettsnormen representeres som en *funksjon* fra settet av rettslige fakta til settet av sannsynlighetsfordelinger over settet av rettslige konsekvenser. Objektet definerer det som kan kalles normbasert rettslig usikkerhet.<sup>7</sup>

I denne artikkelen skal det ikke sies mer om den underliggende relasjonen mellom rettsfakta og rettslige konsekvenser. Saker som kommer til pådømmelse tilsvarende (under fravær av faktisk usikkerhet) et rettsfaktum  $lf^0 \in LF$  under angjeldende norm. Dette gir opphav til sannsynligheten  $F^0 = F(lf^0) \in [0,1]$  for at utsagnet  $c$  holder, og følgelig sannsynligheten  $1 - F^0$  for at negasjonen eller utsagnet ikke- $c$  holder.

Den enkelte rettsanvender kan identifiseres med den substansielle rettsnormen (forutsettes å ha internalisert normen). Om en sak skal avgjøres i en prosessuell mekanisme som består av en enedommer, vil denne – fra et *ex ante* perspektiv – følgelig velge utfall  $c$  med sannsynlighet  $F$  og utfall ikke- $c$  med sannsynlighet  $1 - F$ .

I figur 3.1 nedenfor er den normbaserte sannsynligheten for utfall  $c$ , som betegnet med  $F$ , avsatt langs den horisontale aksene. Sannsynligheten for utfallet  $c$  i den aktuelle prosessuelle beslutningsmekanismen er avsatt langs den vertikale aksene. Det er opplagt at med hensyn til enedommeren (betegnet 1\1 i figuren) er det funksjonelt sett ingen forskjell mellom input- og outputsannsynligheten: mekanismen medfører en ”identitetsavbildning” av den substansielle normen som vist ved 45-graderslinjen.

### 3. Kollektivbeslutninger under majoritetskrav

Anta at rettsavgjørelsen skal treffes i et kollektiv på tre dommere under krav til et alminnelig flertall, det vil si krav om to eller tre stemmer for å slutte  $c$ . Den substansielle normen gir

---

<sup>7</sup> En funksjon er en regel som tilordner ett og bare ett element i en verdimengde (her settet av sannsynlighetsfordelinger over  $LC$ ) til hvert element i en definisjonsmengde (her settet av rettsfakta,  $LF$ ).

I rettslig argumentasjon er såkalte kompetanse- og kvalifikasjonsnormer viktige. Dette kan påkalle visse reformuleringer av den antydende definisjonen som er av særlig interesse ved representasjon av kontraktuelle relasjoner under usikkerhet. (Problemstillingen skal ikke forfølges her.)

sannsynlighet  $F$  for at den enkelte dommer slutter  $c$ . Hva er sannsynligheten for at kollektivet gjør det samme?

Kollektivslutningen  $c$  kan nås på fire måter, henholdsvis ved i) enstemmighet; ii) dommer 1 og dommer 2 slutter  $c$ , dommer 3 slutter ikke- $c$ ; iii) dommer 1 og 3 slutter  $c$ , dommer 2 slutter ikke- $c$ ; og iv) dommer 2 og dommer 3 slutter  $c$ , dommer 1 slutter ikke- $c$ . Disse begivenhetene har henholdsvis sannsynlighet  $F^3$ ,  $FF(1-F)$ ,  $F(1-F)F$  og  $(1-F)FF$ . Følgelig er sannsynligheten for at kollektivet slutter  $c$  gitt ved funksjonen<sup>8</sup>

$$P_{\left[\frac{2}{3}\right]} = F^3 + 3F^2(1-F).$$

Funksjonen er illustrert i figur 3.1 og noen funksjonsverdier avsatt i tabell 3.1. Med opptil nesten 10 prosentpoengs differanse er det en ikke-ignorerbar forskjell mellom ende-dommeren og kollektivet for flere sakstyper.<sup>9</sup> Figuren viser også grafen til  $P_{\left[\frac{3}{5}\right]}$ , som tilsvarer et dommerpanel på fem, i bruk for eksempel ved avdelingsbehandling i Norges høyesterett. Legg merke til at andelskravet for å konstatere  $c$  i panelet med fem dommere er lavere enn i panelet med tre dommere ( $\frac{3}{5} = \frac{9}{15} < \frac{2}{3} = \frac{10}{15}$ ). Likevel er sannsynligheten for å slutte  $c$  er lavere i de store panelet enn det lille for alle verdier av  $F < 0,5$ , mens det er omvendt for  $F > 0,5$ .

Det fremgår at den substansielle rettsnormen gjennomgår en transformasjon som avhenger av hvilken prosessmekanisme som kommer til anvendelse. Dersom kollektivstørrelsen vokser ytterligere under et fastholdt majoritetskrav, vil  $S$ -formen bli mer uttalt. Det kan vises at den for svært store kollektiver nærmer seg en "trappeform", med "steg" i 0,5. Dette er et asymptotisk aspekt ved det såkalte Condorcets jury-teorem, som har mange viktige anvendelser (og tolkninger).<sup>10</sup>

---

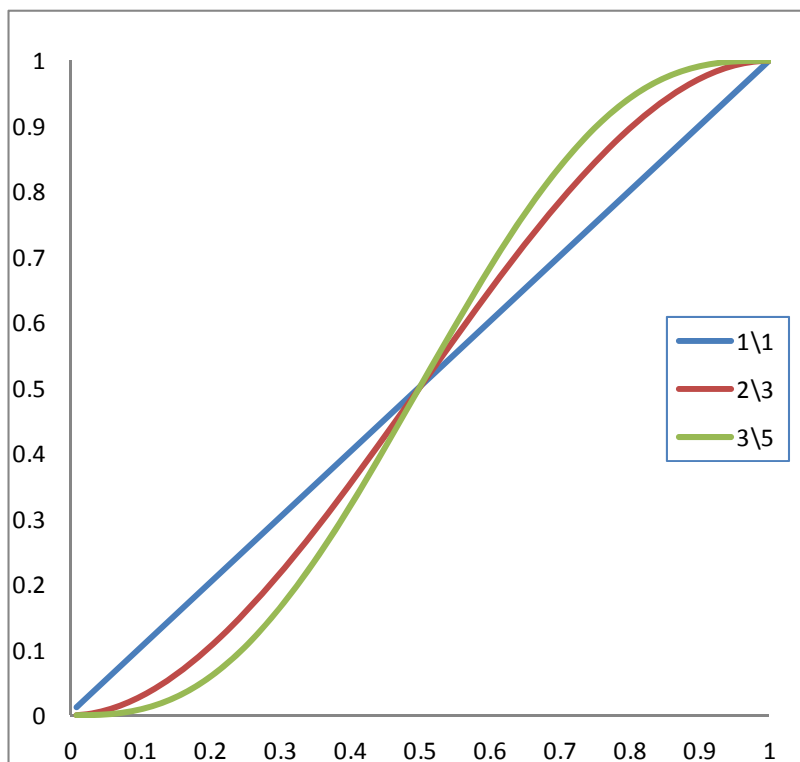
<sup>8</sup> Resultatet kan instruktivt kontrolleres ved bruk av et såkalt sannsynlighetstre (i Nordén & Ryssdal [2012] brukes slike trær i analysen av flere rettslige problemstillinger).

<sup>9</sup> Differansen maksimeres i  $F = \frac{1}{2} \pm \frac{\sqrt{3}}{6}$ .

<sup>10</sup> Funksjonen  $P_{\left[\frac{3}{5}\right]}$  og  $P_{\left[\frac{2}{3}\right]}$  er eksempler på såkalte kumulative binomiske fordelinger. (For større kollektiver må en ty til kombinatoriske resonnementer da sannsynlighetstrærne blir omfangsrrike.) Se Boland [1989] for presise formuleringer.

Dersom  $F = 0,5$  tolkes som maksimal rettslig usikkerhet, fremgår det at usikkerhet reduseres monotont i størrelsen på kollektivet. Dette er et viktig aspekt ved den transformasjon av den substansielle rettsnormen som skjer i prosessmekanismene (se avsnitt 6 nedenfor).

I norsk sivilprosess benyttes i tillegg til de tre nevnte mekanismene paneler med syv, elleve og 19 dommere.<sup>11</sup>



**Figur 3.1** Sannsynligheten for utfall  $c$  som en funksjon av beslutningsmekanisme

	0.1	0.2	0.3	0.4	0.5	0.6	0.7	0.8	0.9	1.0
$P_{\left[ \frac{2}{3} \right]}$	0.028	0.104	0.216	0.352	0.500	0.648	0.784	0.896	0.972	1.000
$P_{\left[ \frac{3}{5} \right]}$	0.001	0.058	0.163	0.317	0.500	0.683	0.837	0.942	0.991	1.000

**Tabell 3.1**

<sup>11</sup> De to sistnevnte mekanismene er kun i anvendelse i Høyesterett (se Nordén [2010] for en funksjonell analyse). I tillegg kommer mekanismer som kan virke på grunn av vedtaksførhetsregler, som regulerer organers mulighet til å treffe beslutninger når dommere har forfall.

#### 4. Kollektivbeslutninger under krav til kvalifisert flertall

I visse situasjoner kreves kvalifisert flertall (supermajoritet) i rettslige beslutningsmodeller. Det gjøres i så fall en ”intitusjonell prioritering” av ett av utsagnene eller elementene i *LC*.<sup>12</sup> Det viktigste eksempelet gjelder avgjørelsen av bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet i straffesaker, der en slutning om straffeskyld kan kreve kvalifisert flertall. I norsk lagmannsrett treffes slike avgjørelser enten av en meddomsrett på syv medlemmer eller av en jury med ti medlemmer. Kravet til domfellelse – påstand om skyld *c* – er henholdsvis fem eller flere og syv eller flere stemmer.<sup>13</sup>

I figur 4.1 og tabell 4.1 fremkommer grafene og funksjonsverdier for  $P_{[\frac{5}{7}]}$  og  $P_{[\frac{7}{10}]}$ . Kravet til kvalifisert flertall medfører brudd på symmetrien i majoritetsmekanismene som illustrert i figur 3.1: For en gitt panelstørrelse medfører et økt krav til antall stemmer for domfellelse at de *S*-formede kurvene skifter i ”syd-østlig” retning. I tillegg medfører en økning i kollektivstørrelsen for et (approsimativt) fastholdt andelskrav en mer uttalt *S* form. I grensen – når kollektivene blir tilstrekkelig store – oppnås tilnæremet en ”trappeform” med ”steg” i det kvalifiserte andelskravet.<sup>14</sup> Figur 4.1 illustrerer disse egenskapene.

Analogt med situasjonen i avsnitt 3 ovenfor, er andelskravet for domfellelse i juryen lavere enn i meddomsretten  $\frac{7}{10} = \frac{49}{70} < \frac{5}{7} = \frac{50}{70}$ . Likevel er sannsynligheten for domfellelse i det større jury-panelet lavere enn i meddomsretten for alle verdier av  $F < 0.695$  (deretter er den høyere). Differansen i sannsynlighet for domfellelse er på opptil 5,5 prosentpoeng.<sup>15</sup>

---

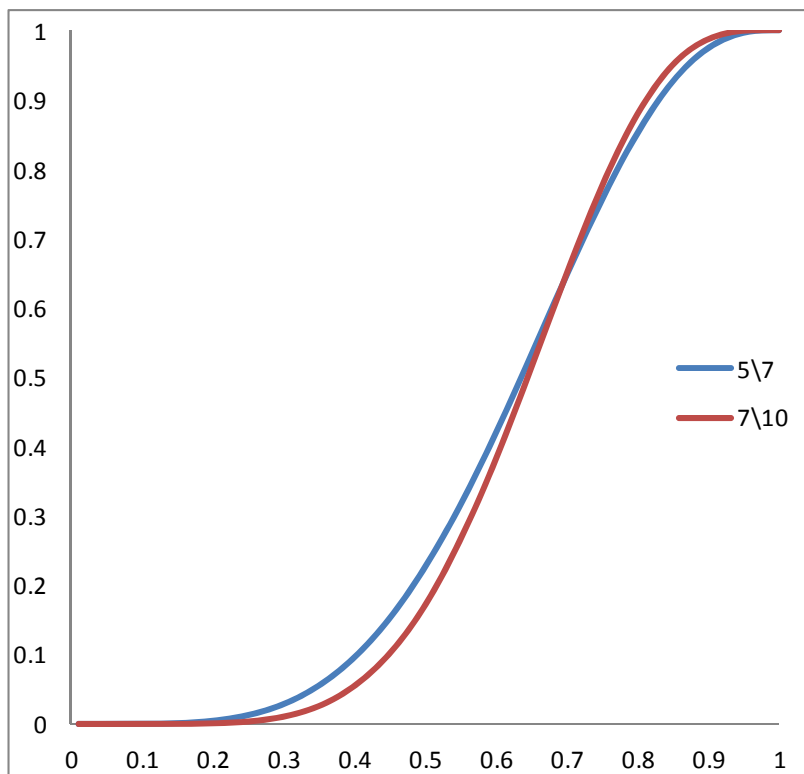
<sup>12</sup> I straffesaker kan utsagnet ikke-*c* betraktes som en null-hypotese som prøves mot en alternativhypotese om tiltaltes skyld. (Ytterligere garantier er bygget inn vedrørende bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet på nivået for den enkelte bevisbedømmer gjennom regler som kommer til uttrykk gjennom maksimen ”beyond reasonable doubt.” Noe tilsvarende gjelder regler som begrenser informasjonstilgang.)

<sup>13</sup> I første instans avgjøres skyldspørsmålet av ene-dommere eller kollektivmekanismer med tre eller fem medlemmer under et alminnelig majoritetskrav. Dette er symmetriske mekanismer (jfr avsnitt 2 ovenfor)!

Høyesterett avgjør formelt ikke bevisbedømmelsen i skyldspørsmålet (men kan gå langt i å overprøve begrunnede avgjørelser fra lavere instanser under synspunktet ”rettsanvendelse”). Alle spørsmål som gjelder lovanvendelse under skyldspørsmålet bestemmes under et alminnelig majoritetskrav. (På nivået for den enkelte rettsanvender gjelder i norsk rett heller ingen regler om at rettslig usikkerhet skal gå tiltaltes favør.)

<sup>14</sup> Se Fey [2003] for presise formuleringer.

<sup>15</sup> Egenskapene har viktige tolkninger under relevante definisjoner av straffeskyld. Dette skal ikke omtales nærmere her (se evtuellet Nordén & Ryssdal [2012]).



**Figur 4.1**

	0.1	0.2	0.3	0.4	0.5	0.6	0.7	0.8	0.9	1.0
$P_{\left[\frac{5}{7}\right]}$	0.000	0.005	0.029	0.096	0.227	0.420	0.647	0.852	0.974	1.000
$P_{\left[\frac{7}{10}\right]}$	0.000	0.001	0.011	0.055	0.172	0.382	0.650	0.879	0.987	1.000

**Tabell 4.1**

## 5. Det doktrinære paradoks og betydningen av voteringsregimet

Ovenfor er den substansielle rettsnormen – de eksterne kriteriene for beslutningene i kollektivmekanismene – én-dimensjonal: konstellasjonen av betingende fakta  $lf \in LF$  har kunnet oppfattes som *ett* kompleks. For å knytte an til det doktrinære paradoks og logisk aggregeringsteori, betraktes en enkel to-dimensjonal versjon av normen. Det kan instruktivt tas utgangspunkt i formuleringen



$$(*) \quad a \wedge b \leftrightarrow c .$$

Uttrykket (\*) leses som at rettslig konsekvens  $c$  skal foreligge hvis og bare hvis ( $\leftrightarrow$ ) betingelse  $a$  og ( $\wedge$ ) betingelse  $b$  er oppfylt.

La  $c = 1$  betegne at utsagnet  $c$  er sant,  $c = 0$  at utsagnet ikke- $c$  er sant,  $a = 1$  at utsagnet  $a$  er sant, osv. Anta igjen en situasjon med tre dommere og en voteringsregel som krever majoritet. Dommerne forutsettes å respektere doktrinen (\*) og å være kommet til følgende internt konsistente bedømmelser med hensyn til de tre utsagnene

	utsagn $a$	utsagn $b$	utsagn $c$
dommer 1	1	1	1
dommer 2	1	0	0
dommer 3	0	1	0

**Tabell 5.1** Et paradoks under doktrinen  $a \wedge b \leftrightarrow c$

Dommer 1, som slutter at begge premisser  $a$  og  $b$  er tilstede, slutter  $c$ . Dommer 2 og 3 slutter ikke- $c$ , henholdsvis på grunn av fravær av premiss  $b$  og premiss  $a$ .

En domstol vil ved avgjørelsen av realiteten i en sak normalt stemme direkte over konsekvenser; såkalt utfallsbasert votering (UBV). Dette er særlig klart for en jury, som svarer ”ja” eller ”nei” på et overordnet spørsmål på om tiltalte er skyldig. (Andre regler kan gjelde prosessuelle spørsmål, men dette skal ikke diskuteres her.) UBV betyr i situasjonen beskrevet i tabell 5.1 at kollektivet under majoritetsregelen slutter ikke- $c$  fordi dommer 2 og dommer 3 kommer til dette resultatet.

Anta at domstolen skal begrunne sin avgjørelse (*ratio decidendi*). To dommere slutter  $a$ , følgelig slutter kollektivet  $a$  basert på majoritetsregelen. To dommere slutter  $b$ , derfor slutter kollektivet tilsvarende  $b$ . Det følger da av den substansielle rettsnormen – doktrinen (\*) – at konsekvens  $c$  skal inntreffe. Men dette motsier løsningen som fremkom ved å aggregere dommernes konklusjoner direkte. Fenomenet har fått navnet det doktrinære paradoks, og er her illustrert i en konjunktiv ( $\wedge$ ) versjon.

Eksempelet i tabell 5.1 viser at utsagnsvis avstemming under majoritetsregelen gir opphav til logiske problemer under beskrankningen (\*). Slik aggregering er bare en av flere mulige

metoder for å komme frem til et kollektivt sett av oppfatninger eller utsagn. Det viser seg imidlertid at paradokset er uttrykk for et mer generelt problem som drøftes i den logiske aggregeringsteorien. Det formuleres noen milde krav om konsistens i de oppfatningene en enkelt beslutningstaker tillates å holde (krav til sett av individuelle bedømmelser). Det formuleres så rimelige krav til aggregeringsmekanismen om likebehandling av individuelle bidrag til kollektivbeslutningen og om krav til logisk konsistens i de sett av bedømmelser som kollektivet tillates å holde. Teorien tar form av umulighetsteoremer som viser at det ikke kan eksistere noen funksjon (avbildning) fra sett av individuelle bedømmelser til sett av kollektive bedømmelser som oppfyller de normative aksiomene.<sup>16</sup>

I lys av det doktrinære paradoks og umulighetsteoremene mer generelt har det blitt foreslått at domstoler bør benytte en såkalt premissbasert metode for avgjørelser.<sup>17</sup> Et premissbasert voteringsregime (PBV) vil fungere som illustrert ovenfor: la kollektivet stemme (aggregere) over hver premiss i den substansielle rettsnormen og så la utfallet følge av doktrinen som eksemplifisert ved (\*). En slik metode vil nødvendigvis bryte med noen av de normative krav som er oppstilt, men sikrer likebehandling av dommere og at kollektivet generere konsistente sett av utsagn. Hvilke konsekvenser vil en overgang fra UBV til PBV kunne medføre fra et funksjonelt perspektiv gitt rettslig usikkerhet?

For å svare på dette spørsmålet antas at de rettslige betingelsene (premissene) i (\*) er styrt av vage standarder. Rettsfakta er elementer i et to-dimensjonalt rom,  $LF = LF_a \times LF_b$ . Sannsynligheten for at dimensjon  $a$  og dimensjon  $b$  er oppfylt gitt saken eller rettsfaktum  $lf^0 = (lf_a^0, lf_b^0)$  antas å være gitt ved henholdsvis  $P(a=1|lf_a^0, lf_b^0) = F_a(lf_a^0)$  og  $P(b=1|lf_a^0, lf_b^0) = F_b(lf_b^0)$ . Disse uttrykkene leses slik: den betingede sannsynligheten for at rettslig kriterium  $a$  ( $b$ ) er oppfylt, er i situasjonen  $lf^0$  gitt ved den marginale sannsynligheten  $F_a^0$  ( $F_b^0$ ).<sup>18</sup>

---

<sup>16</sup> Det kan ikke gis en presis formulering av disse resultatene innenfor rammen av denne artikkelen. List & Pettit [2002] er en god referanse (selv om teorien senere er videreført).

<sup>17</sup> Se særlig Chapman [2002]. Heckscher [1892] argumenterer på en noe annen basis for at domstoler bør votere over premisser. Fokus på begrunnelse av kollektive rettsavgjørelser kan også tilsi en overgang til PBV. Dette er nylig aktualisert gjennom de såkalte *Taxquet*-dommer i Den europeiske menneskerettighetsdomstol, som har medført merkelige endringer i det norske prosesssystemet. Se Nordén [2012].

<sup>18</sup> De to dimensjonene i rettsnormen er (stokastisk) uavhengige av hverandre. Se Nordén [2012] for en nærmere motivasjon for formuleringene.

I situasjoner hvor det doktrinære paradoks *ikke* oppstår, gir PBV og UBV samme utfall. I situasjoner hvor det doktrinære paradokset oppstår, gir PBV utfallet  $c$  mens UBV gir utfallet ikke- $c$ . Sannsynligheten for at et doktrinært paradoks skal oppstå gir dermed sannsynligheten for forskjellig utfall under de to voteringsregimene for en gitt kollektivstørrelse og en gitt voteringsregel.<sup>19</sup>

I den paradoksale situasjonen definert i tabell 4.1 kan dommer 1 med hensyn til premissene  $a$  og  $b$  identifiseres med tupplet  $(1,1)$ ; dommer 2 med  $(1,0)$ ; og dommer 3 med  $(0,1)$ . Sannsynligheten for denne sekvensen av utfall under den rettslige standarden er gitt ved  $F_a F_b F_a (1 - F_b)(1 - F_a) F_b$ . Det kan vises at det finnes fem andre sekvenser som gir opphav til et paradoks, som alle har samme sannsynlighet. Dette betyr at sannsynligheten for et doktrinært paradoks i kollektivet er gitt ved den symmetriske funksjonen

$$(**) \quad \rho_{[\frac{2}{3}]} = 6F_a^2 F_b^2 (1 - F_a)(1 - F_b).$$

Noen funksjonsverdier er gitt i tabell 5.2. Maksimum oppnås i  $(F_a, F_b) = (\frac{2}{3}, \frac{2}{3})$  med verdi

$$\rho_{[\frac{2}{3}]}(\frac{2}{3}, \frac{2}{3}) = 0.132. \text{ Merk at maksimum oppnås i et punkt der } F_a F_b = (\frac{2}{3})^2 < 0.5. \text{ }^{20}$$

	0.1	0.2	0.3	0.4	0.5	0.6	0.7	0.8	0.9	1
0.1	0.000	0.002	0.003	0.005	0.007	0.008	0.008	0.007	0.004	0.000
0.2	0.002	0.006	0.012	0.018	0.024	0.028	0.028	0.025	0.016	0.000
0.3	0.003	0.012	0.024	0.036	0.047	0.054	0.056	0.048	0.031	0.000
0.4	0.005	0.018	0.036	0.055	0.072	0.083	0.085	0.074	0.047	0.000
0.5	0.007	0.024	0.047	0.072	0.094	0.108	0.110	0.096	0.061	0.000
0.6	0.008	0.028	0.054	0.083	0.108	0.124	0.127	0.111	0.070	0.000
0.7	0.008	0.028	0.056	0.085	0.110	0.127	0.130	0.113	0.071	0.000
0.8	0.007	0.025	0.048	0.074	0.096	0.111	0.113	0.098	0.062	0.000
0.9	0.004	0.016	0.031	0.047	0.061	0.070	0.071	0.062	0.039	0.000
1	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000

**Tabell 5.2** Sannsynligheten for et doktrinært paradoks

<sup>19</sup> Under UBV medfører introduksjonen av en to-dimensjonal norm ingen interessante endringer. Under den konjunktive normen (\*) erstattes sannsynligheten  $F$  for rettslig konsekvens  $c$  i avsnitt 2—3 ovenfor med  $F_a F_b$ , og sannsynligheten  $1 - F$  for rettslig konsekvens ikke- $c$  med  $1 - F_a F_b$ . For gitte produkter (langs gitte kurver for konstant produktsannsynlighet over et  $F_a, F_b$ -plan) finnes sannsynligheten for utfallet  $c$  i kollektivmekanismene som i figur 3.1 og 4.1 ovenfor.

<sup>20</sup> Funksjonen (\*\*) utledes og karakteriseres nærmere i Nordén [2012].

Det fremgår av tabell 5.2 at sannsynligheten for et doktrinært paradoks ikke er ignorerbart for mange sakstyper (situasjoner) som representert ved input-sannsynlighetene  $(F_a, F_b)$ . Det betyr at et skifte fra et UBV-regime til et PBV-regime får systematiske konsekvenser.<sup>21</sup> Det fremgår av analysen i avsnitt 3 ovenfor at majoritetsmekanismene under UBV er symmetriske rundt input-sannsynlighet 0,5. Det betyr at prosessmekanismene som sådan ikke prioriterer en av konklusjonene ( $c$  eller ikke- $c$ ). Det fremgår av tabell 5.2 at denne symmetrien brytes ved overgang til et PBV-regime. Dette kan være en utilsiktet virkning i både sivil- og straffeprosess.

### 6. Avslutning

Analysene ovenfor antyder et interessant, men ganske intrikat, samspill mellom substansielle normer og prosessuelle beslutningsmekanismer. En videre evaluering av mekanismene forutsetter eksterne kriterier. Det kan for eksempel være nærliggende å foreslå utfallet i (hypotetiske) større populasjoner som en referanse for utfallet i de mindre, faktisk virkende mekanismene. Slike spørsmål vil imidlertid ikke bli drøftet videre.

Det fremgår at den rettslige usikkerheten under majoritetskrav avtar monotont med størrelsen på den rettslige beslutningsmekanismen under UBV. Dette er av betydelig interesse for risikoaverse parter som vurderer å forfølge rettskrav for domstolene. Effekten kan tilsi at ressurser samles i ett stort kollektiv til en engangsavgjørelse, fremfor adgang til ny behandling i flere nivåer. Betragtning av saksomkostninger og regler for fordeling av saksomkostninger kan forsterke dette argumentet.<sup>22</sup> I rettslitteraturen oppfattes imidlertid adgangen til høyere nivåer typisk som en "rettssikkerhetsgaranti" uten at det alltid gjøres klart hva som nærmere ligger i dette begrepet.

For sluttlig å knytte an til perspektivet om kollektivmekanismer som opererer under delegert mandat, nevnes følgende situasjon. Styret i en kommersiell virksomhet står overfor et investeringsprosjekt med verdi  $c$  som gitt ved funksjonen

$$c = f(a, b).$$

---

<sup>21</sup> I Nordén [2012] kartlegges den simultane betydningen av panelstørrelse og voteringsregime ved overgang fra en UBV-jury til en stor meddomsrett som definert i avsnitt 4 ovenfor, men der meddomsretten anvender et premissbasert voteringsregime.

<sup>22</sup> Se Nordén [2010] for lignende betraktninger under en alternativ tolkning av modellene ovenfor.

Virksomhetens eiere er enige om teorien  $f$ , og om at investeringen skal gjennomføres hvis og bare hvis  $c$  er positiv. Til forskjell fra situasjonen i (\*) er variablene  $a$  og  $b$  og  $c$  ikke begrenset til å være binære. Styremedlemmene gjør individuelle anslag på inputvariablene  $a$  og  $b$ . I denne situasjonen kan det oppstå et såkalt *kvantitativt* doktrinært eller diskursivt paradoks: aggregering over konklusjoner (for eksempel ved medianen av individuelle estimater) gir et annet resultat enn aggregering over premisser etterfulgt av anvendelse av  $f$ .<sup>23</sup> Det reiser seg et interessant spørsmål om hvilken avgjørelsesmetode som bør anvendes.

---

<sup>23</sup> Dette paradokset er beskrevet og analysert i Claussen & Røisland [2010].

**Referanser**

- Arrow, K. J., A. K. Sen and K. Suzumura. 2002. *Handbook of Social Choice and Welfare I*. Amsterdam: North-Holland.
- . 2011. *Handbook of Social Choice and Welfare II*. Amsterdam: North-Holland.
- Boland, P.J. 1989. Majority Systems and the Condorcet Jury Theorem. *The Statistician* 38(3), 181—189.
- Chapman, B. 2002. Rational Aggregation. *Politics, Philosophy and Economics* 1(3), 337—354.
- Claussen, C. A. and Ø. Røisland. 2010. A Quantitative Discursive Dilemma. *Social Choice and Welfare* 35, 49—64.
- Fey, M. 2003. A Note On the Condorcet Jury Theorem with Supermajority Voting Rules. *Social Choice and Welfare* 20, 27—32.
- Heckscher, A. 1892. *Bidrag til Grundleggelse af en Afstemningslære*. Copenhagen: Universitetsboghandler G. E. C. Gad.
- Kornhauser, L. A and Sager, L. G. 1986. Unpacking the Court. *Yale Law Journal* 96(1), 82—117.
- List, C. and P. Pettit. 2002. Aggregating Sets of Judgments. An Impossibility Result. *Economics and Philosophy* 18, 89—110.
- List, C. og Polak, B. 2010. Introduction to Judgment Aggregation. *Journal of Economic Theory* 145, 441—466.
- Nitzan, S. og Paroush, J. 1985. *Collective Decision Making: An Economic Outlook*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Nordén, G. 2010. Legal Uncertainty and Collective Decision Mechanisms: An Analysis of the Norwegian Supreme Court. In *Law and Economics*, eds. E. Røsæg, E. Stavang and H. B. Schäfer, Oslo, Cappelen Akademisk Forlag.
- . 2012. Reasoned Judgments and the Rule of Law: *Juries v. Mixed Courts* under Norm-based Legal Uncertainty. Artikkelutkast.
- Nordén, G. og A. Ryssdal. 2012. Tilsidesettelse av frifinnende jurykjennelser og folkerettslige krav til prosessordningen. Artikkelutkast.
- Zeuthen, L. 1897. Overrettsagfører Dr. phil. Albert Heckscher. *Illustreret Tidende* (Copenhagen) 38(18), 284—285.