

Rättsstatliga principer och beslutsprocesser i en (alltmer) digitaliserad och automatiserad förvaltning

Lena Enqvist, biträdande universitetslektor & Markus Naarttijärvi, professor vid Juridiska institutionen, Umeå universitet

Författarna beskriver utmaningar med att använda AI samt att digitalisera och automatisera beslutsfattande. Rättsstatliga principer som legalitet, proportionalitet och likabehandling riskerar att inte uppfyllas i såväl utformningen av systemen som i tillämpning och uppföljning av beslut som fattas maskinellt. Exempel från svenska myndigheters användning av digitala beslutsstöd visar att brister kan få långtgående konsekvenser.

Inledning och frågeställningar

Myndigheter har under lång tid använt olika typer av system- och beslutsstöd för att handlägga sina ärenden.³⁶⁵ Pådrivande för utvecklingen har till exempel varit mål om att ökad digitalisering och automatisering ska göra det möjligt att effektivisera förvaltningsuppgifternas arbete. Effektiviseringarna ska då gälla såväl tid som ekonomi, som i fråga om mer träffsäkra kontroller för att exempelvis förhindra felaktiga utbetalningar ur välfärdssystemen. Systemstöd är också många gånger en nödvändighet för att kunna uppfylla de kapacitetskrav som ställs för att myndigheterna ska kunna uppfylla förvaltningslagens krav på att handlägga ärenden så enkelt, snabbt och kostnadseffektivt som möjligt utan att eftersätta rättssäkerheten.³⁶⁶ Det går knappast att föreställa sig en förvaltning så pass högfungerande som dagens utan automatisering genom maskinellt understöd, mot bakgrund av den stora ärendemängden och den masshantering som många

³⁶⁵ Se SOU 2014:75. *Automatiserade beslut – färre regler ger tydligare reglering*, s. 32 med hänvisningar.

³⁶⁶ 9 § förvaltningslagen (2017:900).

myndigheter i dag ägnar sig åt, till exempel på skatte-, pensions- och socialförsäkringsområdet.

Som en följd av utvecklingen har dock även förvaltningen, och därmed förvaltningsuppgifternas utförande, i allt högre utsträckning kommit att bli beroende eller villkorade av systemstöden och deras funktionalitet. Därmed har även förvaltningen i högre utsträckning kommit att bli beroende av systemstödens funktionalitet för att kunna tillförsäkra att den lever upp till rättsstatliga krav och ideal, genom principer om bland annat rättssäkerhet, lagenlighet, proportionalitet och likabehandling.

Ett exempel från svensk förvaltning på när en myndighets automatiserade handläggning och beslutsfattande medförde att den inte levde upp till flera av dessa krav är Arbetsförmedlingens automatiserade hantering av arbetslösas aktivitetsrapportering. Under 2019 hamnade myndigheten i medialt fokus efter att Sveriges television rapporterat att det automatiserade beslutsystemet hade utfärdat cirka 15 000 felaktiga beslut om bland annat varningar och sanktioner till arbetssökande som inte bedömdes ha varit tillräckligt aktiva att söka jobb. Majoriteten av besluten gällde sanktioner, som därför medförde negativa ekonomiska konsekvenser för de drabbade i form av indraget aktivitetsstöd. Myndigheten hade inte initialt uppmärksammat felet, och upplevde även svårigheter att överblicka omfattningen och fastställa när det hade uppstått. När felet väl upptäcktes valde Arbetsförmedlingen att stoppa den automatiserade hanteringen och övergå till helt manuell hantering, vilket myndigheten bedömde var vad som krävdes för att garantera ett rättssäkert beslutsfattande, trots den resursintensiva handläggningen. Rättelsen av de felaktiga besluten kom sedan att dröja, bland annat för att Försäkringskassan, som var den myndighet som skulle administrera ersättningen, i sin tur saknade system som kunde hantera så stora mängder rättelser. Trots den stora mängden felaktiga beslut uppstod inte någon tillströmning av klagomål från enskilda som drabbats, enligt Arbetsförmedlingen.³⁶⁷

³⁶⁷ Sveriges television. (2019). *Efter robothaveriet: AF måste rätta över 15 000 felbeslut*, publicerad 2019-04-02, uppdaterad 2019-05-02 (Hämtad 2022-09-05)
<https://www.svt.se/nyheter/inrikes/efter-robothaveriet-af-maste-ratta-30-000-felaktiga->

Exemplet med Arbetsförmedlingen visar på några av de risker som ökade inslag av automatisering i förvaltningens beslutsfattande kan föra med sig. När systemen inte fungerar som avsett kan de i värsta fall generera rättsstridiga beslut i stor skala. Systemens utformning kan göra det svårt att härleda uppkomna brister till specifika faktorer eller ens överblicka konsekvenserna. Det är särskilt graverande att felen inte blev uppenbara för vare sig myndigheten eller de drabbade, trots att det rörde sig om betungande sanktionsbeslut. Exemplet markerar därför vikten av att lyfta och diskutera förvaltningens ökade inslag av automatisering i handläggning och beslut utifrån ett rättsstatligt perspektiv. Sådana diskussioner är nödvändiga för att digitaliserings- och automatiserings-satsningar ska kunna utformas och genomföras på ett sätt som till exempel inte leder till rättsstridig, onödigt ingripande eller diskriminerande offentlig maktutövning.

Vår avsikt med detta bidrag är att exemplifiera och belysa att digitaliseringen och automatiseringen inom offentlig sektor kan föra med sig vissa utmaningar som kan påverka vilket genomslag som de rättsstatliga principerna legalitet, proportionalitet och likabehandling kan få i myndigheternas beslutsfattande. Dessa diskussioner lägger vi slutligen till grund för några sammanfattande rekommendationer om vilka överväganden som myndigheter kan behöva göra i samband med att de köper in, utvecklar och tillämpar system för automatiserade beslutsprocesser.

Från digitalisering till automatisering – mellan beslutsstöd, regelbaserade system och maskininlärning

Digitalisering och automatisering är begrepp som inte används särskilt konsekvent, men de kan sägas utgöra paraplyer för fenomenet att analoga underlag övergår i elektronisk form respektive att manuell hantering blir datorunderstödd. Automatisering av såväl ärendehantering som myndigheternas övriga faktiska handlande förutsätter många gånger att hela eller stora delar av hanteringen har digitaliserats, så att underlag kan hämtas och läsas in av systemet självt utan manuell inblandning. Den

beslut; Sveriges television. (2019); Inspektionen för arbetslöshetsförsäkringen. Beslut 2021-04-26 (Dnr IAF 2019/90).

närmare gränsen mellan digitalisering och automatisering kan dock i vissa fall vara svår att dra. Det följer av att en långtgående standardisering och digitalisering av en beslutsprocess kan innefatta moment som påminner om automatisering.

Den offentliga förvaltningens digitaliseringsåtgärder omfattar typiskt sett elektronisk informationshantering i olika former. Ett exempel är när ärendedokumentation och kommunikation med enskilda eller andra myndigheter sker elektroniskt, ofta understött av en verksamhetsanpassad elektronisk infrastruktur som ett ärendehanteringssystem. Exempelen på automatisering omfattar framför allt när förvaltningsuppgifter i olika omfattning lämnas över till systemen att hantera, med följderna att automatiserade processer ersätter den manuella hantering som annars skulle ha utförts av handläggare eller annan myndighetspersonal. Sådan automatiserad hantering kan möjliggöras genom ett flertal olika eller kombinerade tekniker som använder algoritmer för att hantera information, och baserat på denna styra vad som ska utföras vid vilket tillfälle.³⁶⁸ Graden av automatisering kan också variera från begränsad till fullständig, samt även variera när det gäller i vilken mån den har direkta effekter för myndigheternas ärendehantering och maktutövning över enskilda.

Initiativ som myndigheterna tar på automatiseringsområdet kan till exempel avse automatisering av statistikinsamling, internadministrativa uppgifter eller andra former av faktiskt handlande. Ett exempel är service till allmänheten genom så kallade chattbotar som kan svara på vissa typer av generella frågor för myndighetens räkning.³⁶⁹ Denna typ av automatisering är inte knuten till ärendehandläggningen i enskilda fall, även om den kan ha effekter för hur den enskilde eller myndigheten sedan väljer att agera.

³⁶⁸ Civitarese Matteucci, S. (2021). Public Administration Algorithm Decision- Making and the Rule of Law. *European Public Law* 1, 103–130.

³⁶⁹ Ett exempel är Skatteverkets chattbot Skatti som svarar på allmänna frågor om folkbokföring och inkomstdeklarationen för privatpersoner. Se Esam. (ES2022-02). *Vägledning. Bedömning och utveckling av chattbotar.*

Systemen kan också vara utformade för att i mer direkt avseende verkställa hela eller delar av ärendehandläggningen. I de fall då såväl handläggning som beslutsfattande utförs helt utan att någon befattningshavare på myndigheten varit inblandad kan man tala om en helautomatiserad beslutsprocess. Mer vanligt är dock att automatiseringen avser vissa avgränsade moment i handläggningen. Det kan till exempel handla om att automatiskt utföra insamling av beslutsunderlag eller genomföra vissa beräkningar och kontroller. Det kan också handla om att systemen, baserat på resultaten från olika automatiska kontroller eller utredningsåtgärder, genererar förslag till beslut som presenteras för handläggare. I dessa fall kan beslutsprocessen kallas för semiautomatiserad, eftersom ärendehantering utförs i interaktion mellan handläggare och it-system.

Som en följd av, samt parallellt med, den starka teknikutvecklingen som samhället i allmänhet har genomgått har svenska myndigheter gått mot att tillämpa alltmer avancerade system i sina automatiseringsåtgärder (en utveckling som krävt stora investeringar i systemutveckling). Det finns ingen samlad statistik för den totala förekomsten eller tekniska utformningen av de systemstöd som i dag används inom den svenska statsförvaltningen. Det finns dock anledning att anta att det är så kallat regelbaserade system som dominerar. Dessa system kännetecknas av att regler eller andra hänsynstaganden har översatts till maskinellt läsbara villkorssatser, samt att de inte kan utföra andra uppgifter än de som de har programmerats för att utföra. Ett sådant system kan till exempel programmeras för att steg för steg kontrollera och jämföra de uppgifter som har lämnats i en ansökan eller finns tillgängliga i interna eller externa registerdatabaser med de rättsligt uppställda villkoren för en offentlig förmån. Därmed kan systemet bedöma om en rätt till förmånen föreligger.

Maskininlärande system bygger i stället på en annan logik. De drar slutledningar baserade på statistiska data och kan självmant justera den underliggande logiken för att öka sin statistiska träffsäkerhet. Den manuella översättningen av regler till kod ersätts i en beslutskontext av att systemet tränas på tidigare fattade beslut eller bedömningar. Ett sådant system är således inte bundet till att utföra samma processteg varje gång. Det tillvägagångssätt som maskininlärande system använder för att dra

sina slutledningar liknar därför inte rättsliga slutledningar, där reglers tillämplighet och rättsföljder prövas och avgörs enligt förutbestämda villkor i en förutbestämd ordning. Jämfört med regelbaserade system brukar därför maskininlärande system anses medföra särskilda utmaningar när det gäller dess transparens och sammanhängande möjligheter att kontrollera på vilka grunder som det drar sina slutledningar. Med andra ord kan det vara särskilt svårt att bedöma rättssäkerheten i det tillvägagångssätt som systemet använder för att göra sina rekommendationer eller fatta beslut.

Just nu ligger fokus i många diskussioner om förvaltningens digitalisering och automatisering på nytta och utmaningar med användningen av artificiell intelligens (AI). Även AI-teknik utgör ett paraplybegrepp, och system som bygger på sådan teknik kan vara såväl regelbaserade som maskininlärande, eller kombinerade. AI-teknik används dock typiskt sett för att hantera mer komplexa uppgifter – vilket också har förklaringsvärde för den nationellt uttalade ambitionen att Sverige ska vara ledande i att utnyttja AI i den offentliga förvaltningen.³⁷⁰ Det finns därför anledning att anta att användningen av artificiell intelligens eller andra nya tekniker kommer att öka i förvaltningen.

Det finns i skrivande stund inte något exempel på där en svensk myndighet har anförtrott själva beslutsfattandet i ärenden som innebär myndighetsutövning till ett helautomatiserat maskininlärande system.³⁷¹ Däremot förekommer att AI-system, inklusive maskininlärande sådana, används till olika former av beslutsstöd i ett flertal olika verksamheter. Skatteverket använder till exempel AI-teknik, bland annat för att utföra kontroller i samband med hanteringen av deklARATIONER.³⁷²

³⁷⁰ Näringsdepartementet. (2018). *Nationell inriktning för artificiell intelligens*. (Dnr N2018/03008/FÖF).

³⁷¹ Riksrevisionen. (Rir 2020:22). *Automatiserat beslutsfattande i statsförvaltningen – effektivt, men kontroll och uppföljning brister*, s. 5.

³⁷² *Ibid.*, s. 44.

Försäkringskassan använder AI för att upptäcka felaktiga utbetalningar inom det statliga tandvårdsstödet.³⁷³

Det finns också exempel på att AI-system används för att bedöma enskildas omständigheter baserat på statistiska data på gruppnivå. Arbetsförmedlingen använder till exempel AI-teknik som stöd för att göra arbetsmarknadspolitiska bedömningar av enskilda arbetssökandes avstånd från arbetsmarknaden samt deras behov av att anvisas till myndighetens matchningstjänst.³⁷⁴ Ett ytterligare exempel är att Försäkringskassan för närvarande utvecklar ett AI-baserat beslutsstöd som ska hjälpa handläggare att tolka läkarintyg vid bedömningen av enskildas sjukdom och arbetsförmåga inom sjukpenningen.³⁷⁵ Detta axplock visar på att såväl tekniktyperna som användningsområdena för förvaltningens systemstöd kan vara mycket varierande, samt att det även kan variera hur pass integrerad systemanvändningen är i själva ärendehandläggningen.

Såväl digitalisering som automatisering av förvaltningens verksamheter kan både direkt och indirekt påverka utformningen och genomförandet av beslutsprocesser i enskilda fall. Detta visar att det behövs både detaljanalyser och bredare principiella genomlysningar av hur rättsstatliga principer såsom legalitet, proportionalitet och likabehandling, får – eller kan bibehålla – sitt genomslag i myndigheternas beslutsfattande. En grundläggande utmaning är dock det omdiskuterade förhållandet att det kan vara svårt att bedöma de automatiserade processernas förmåga att upprätthålla en rättssäker förvaltning. De systemstöd som används kan brista i transparens såväl i tekniskt avseende som på grund av rättsliga begränsningar när det gäller rätten till insyn i systemens uppbyggnad. De kan också kräva omfattande tekniska kunskaper för att uttolka. Detta kan

³⁷³ Försäkringskassan. (2021). *Svar på regeringsuppdrag. Rapport – Redovisning av Försäkringskassans verksamhets- och it-utveckling 2020*. (Dnr FK 2020/000296), s. 10.

³⁷⁴ Arbetsförmedlingen. (2021). *Analysera mindre omfattande matchningstjänster. Återrapport regleringsbrev 2020*. (Dnr Af-2021/0015 9471), s. 21; Arbetsförmedlingen. (2022). *Utveckla arbetet med individuella handlingsplaner. Arbetsförmedlingens återrapportering*<https://arbetsformedlingen.se/download/18.e4c7c0717f2869663ded7b/utveckla-arbetet-med-individuella-handlingsplaner-aterrapport-2022.pdf>. (Dnr Af-2022/0028 7358), s. 14.

³⁷⁵ Försäkringskassan. (2021). *Svar på regeringsuppdrag. Rapport – Redovisning av Försäkringskassans verksamhets- och it-utveckling 2020*. (Dnr FK 2020/000296), s. 11.

i sin tur kan medföra svårigheter för handläggare, enskilda eller allmänheten att uttolka hur systemen fungerar och om de grunder som besluten fattas på följer gällande rätt.

De utmaningar som gör sig gällande från ett rättsstatligt perspektiv kan också te sig olika, till exempel beroende på om systemet är regelbaserat – jämfört med om det i stället drar slutsatser baserat på statistiska korrelationer. Detsamma kan gälla beroende på om den styrande algoritmen är statisk, och därmed inte förändras utan aktiva insatser från människor, eller om den är självlärande och självmant kan förändras utan mänsklig översyn eller inblandning.

De utmaningar som automatiseringen för med sig från ett rättsstatligt perspektiv kan därmed variera i intensitet beroende på såväl komplexiteten i den lagstiftning systemen ska understödja tillämpningen av som på hur avancerad tekniken är i systemet. Allmänt för dock automatisering med sig att rättsreglernas innebörd i samband med omsättningen till systemkod måste uttolkas – och därmed fixeras – i ett stadium som föregår tillämpningen i enskilda beslut. Därtill för den allmänt med sig att inslagen av mänsklig översyn minskar.³⁷⁶ Detta understryker betydelsen av att system för automatisering implementeras på ett sätt som både upprätthåller legalitet, i praktiken genom att systemet återspeglar och respekterar ett rättsligt nuläge. Dessutom behöver det vara möjligt att anpassa systemet till förändringar i detta nuläge.

Legalitet och responsivitet i en föränderlig rättslig miljö

Rättsstatens slutmål i det enskilda fallet kan förenklat sägas vara att beslutet ska vara lagenligt och rättssäkert.³⁷⁷ Legalitetsprincipen utgör därför själva grunden för rättsstatens idé om lagbunden och rättssäker maktutövning. Konkret ställer legalitetsprincipen upp det grundläggande

³⁷⁶ Hildebrandt, M. (2021) Code-driven Law: Freezing the Future and Scaling the Past. I Deakin, S. & Markou, C. (red.) *Is Law Computable?: Critical Perspectives on Law and Artificial Intelligence*. Hart Publishing, s. 70.

³⁷⁷ Enqvist, L. (2019) *En myndighet i samverkan: Försäkringskassans rättsliga förutsättningar att samverka med Arbetsförmedlingen samt hälso- och sjukvården*. Akademisk avh. Umeå universitet (Skrifter från Juridiska institutionen: 42), s. 58 f.

kravet på att den offentliga makten ska utövas under lagarna.³⁷⁸ För förvaltningsmyndigheterna innebär det att de endast får vidta åtgärder som har stöd i rättsordningen.³⁷⁹

Att legalitetsprincipen är grundläggande för rättsstaten innebär dock inte att den alla gånger är lätt att omsätta i praktiken. Att kunna fastställa var gränserna går för rättsordningens stöd – eller med andra ord vad som utgör gällande rätt och hur rättsreglerna därmed ska tillämpas i ett visst fall – har i alla tider varit en grannliga uppgift för såväl myndigheter som andra som berörs av regelverken. Det finns regler som framstår som klara och tydliga, men som ändå är förenade med tolkningsmöjligheter eller tolkningssvårigheter i enskilda fall. Det finns också regler som högst avsiktligt är utformade för att innehålla ett skönsutrymme, så att det är möjligt att göra nyanserade och situationsanpassade lämplighetsbedömningar inom regelverkets ramar. Regler kan vara komplexa för att de ingår i ett sammanhang av andra mer eller mindre detaljerade regler som måste beaktas. Därtill medför bland annat Sveriges medlemskap i EU och anslutning till Europakonventionen att vi är bundna av flera samtidigt tillämpliga regelverk. Detta innebär att frågor om förenligheten med andra regler av högre valör kan uppstå och vara svåra att bedöma. De rättsstatliga principerna som sådana, förstärkta och preciserade genom understödjande rättssäkerhetsgarantier såsom förvaltningslagens krav på bland annat partsinsyn, kommunikation och utredning, medför också ett extra lager av rätt som måste beaktas – och som ibland kan ställa krav på att regler ska tillämpas på ett sätt som inte direkt inte framgår av ordalydelsen.

Ingen av dessa utmaningar är unika för sammanhanget av förvaltningens automatisering. De automatiserade systemstödens svårigheter att hantera tvetydighet, skönsmässiga bedömningar och snabba förändringar

³⁷⁸ 1 kap. 1 § regeringsformen.

³⁷⁹ 5 § förvaltningslagen (2017:900).

understryker dock vikten av att analysera förvaltningens automatisering ur ett legalitetsperspektiv i både snäv och bred bemärkelse.³⁸⁰

I snäv bemärkelse är förstås en central fråga att systemen har en utformning som är lagenlig. Här klargör förvaltningslagens 28 § visserligen att myndigheterna får fatta beslut automatiserat, men anger inte några ytterligare begränsande kriterier för när detta får ske eller för hur systemen får vara utformade. Viktiga begränsningar för utformningen finns däremot i till exempel dataskyddsregler och de registerförfattningar som styr hur personuppgifter får hanteras. Även avtals-, upphavs-, upphandlings- och säkerhetsmässiga aspekter måste beaktas, inte minst när myndigheter köper in system utvecklade av privata aktörer, eller anlitar privata aktörer för att utveckla interna system. En utredning av Myndigheten för digital förvaltning, DIGG, från år 2019 visar att statliga myndigheter upplever osäkerhet i hur de ska tolka rättsläget kring systemutveckling som en av de största utmaningarna när det gäller att utarbeta tekniska lösningar och systemstöd.³⁸¹ Om, eller kanske snarare när, den Europeiska kommissionens förslag till förordning om harmoniserade regler för artificiell intelligens träder i kraft, kommer ytterligare och omfattande krav att ställas på bland annat utformningen, dokumentationen och tillsynen av AI-system som används i myndigheters verksamheter.³⁸² Det finns alltså ett flertal olika regelverk som kan begränsa hur automatiserade stödsystem som ska användas i offentlig förvaltning får utformas, vilka också kan variera med den specifika verksamheten, systemets syfte och val av teknisk lösning. Lagenligheten i utformningen av ett särskilt stödsystem behöver därför bedömas i det

³⁸⁰ Se Widlak, A., van Eck, M. & Peeters, R. (2020). *Towards principles of good digital administration. Fairness, accountability and proportionality in automated decision-making*. I Schuilenberg, M. & Peeters, R. (Red.) *The Algorithmic Society. Technology, Power, and Knowledge*. Routledge.

³⁸¹ Myndigheten för digital förvaltning. (2019) *Myndigheters digitala mognad och it-kostnader. En enkätundersökning riktad till statliga myndigheter*. (Dnr 2019-469).

³⁸² Förslag till Europaparlamentet och Rådets förordning om harmoniserade regler för artificiell intelligens (Rättsakt om artificiell intelligens) och om ändring av vissa unionslagstiftningsakter, COM/2021/206 final, Bilaga III samt exempelvis artiklarna 8–15.

specifika sammanhanget, vilket gör det svårt att göra generaliserade uttalanden om lagenligheten i förvaltningens automatiseringsinsatningar.

Att ett system är uppbyggt på ett sätt som är förenligt med de rättsliga krav som finns på dess utformning innebär dock inte med nödvändighet att också de beslut som systemet understödjer, rekommenderar eller fattar är lagenliga. En viktig fråga är förstås också om systemet på ett riktigt sätt producerar eller bistår ett rättsligt korrekt beslutsfattande.

Legalitetskravet innefattar nämligen inte bara att beslutsutfallet ska vara rättsenligt. Beslutet får därutöver endast vara grundat på omständigheter som det finns rättslig grund för att beakta. De processuella kraven på till exempel utredning och kommunikation (som syftar till att tillförsäkra en rättssäker hantering) måste också ha tillgodosetts. För att myndigheterna ska kunna säkerställa att automatiseringsinsatser leder till rättsenliga beslut måste de därför även beakta legalitetskravet i bred bemärkelse. Detta innefattar bland annat att myndigheterna måste göra överväganden om vilka av deras uppgifter och ärenden som är lämpliga att automatisera utifrån regleringens utformning i kombination med processuella krav, samt om hur risken för felaktigt beslutsfattande kan förebyggas.³⁸³

Den tyska förvaltningsprocesslagen förbjuder till exempel myndigheter att fatta helautomatiserade beslut om den reglering som ska vara föremål för automatisering innehåller sköns- eller bedömningsutrymme.³⁸⁴ Någon motsvarande begränsning finns som sagt inte i den svenska förvaltningslagens 28 §, även om graden av skönsmässighet eller krav på individualiserade bedömningar likväl bör tillmätas stor betydelse i en lämplighetsbedömning utifrån ett legalitetsperspektiv. Det finns också exempel på att myndigheter har trappat ner automatiseringsambitioner just för att de har ansett att inslaget av individuella bedömningar i den reglering som skulle vara föremål för automatisering har varit för högt.³⁸⁵ JO har även till exempel kritiserat Migrationsverket för att ha tillämpat ett

³⁸³ Se även Magnusson Sjöberg, C. (2020). *Lagligt men inte självklart lämpligt AI-baserat beslutsfattande*. I Ord och rätt, Festskrift till Hans-Gunnar Axberger. Skarhed, A. m.fl. (red.). Eddy, s. 329–340.

³⁸⁴ § 35a Verwaltungsverfahrensgesetz.

³⁸⁵ Försäkringskassan. (2016:3) *Sjukpenningärenden med förenklade läkarintyg. Rättslig kvalitetsuppföljning*.

system för helautomatiserat beslutsfattande för att hantera ärenden om dröjsmålstanan utan att detta varit kapabelt att ta hänsyn till individuella omständigheter.³⁸⁶ Samtidigt kan inte frågan om vilka av förvaltningens ärenden och uppgifter som är lämpliga att automatisera besvaras en gång för alla, eftersom såväl rätts- som teknikutvecklingen påverkar bedömningen.

Inom svensk statsförvaltning pågår för närvarande olika typer av insatser för att kunna öka automatiseringens utbredning med bibehållen respekt för legalitetsprincipen. Som framgår ovan kan dels skönjas en utveckling mot att myndigheter utvecklar, köper in och tillämpar alltmer avancerade system i syfte att förbättra kapaciteten att hantera och understödja även mer invecklade beslutsprocesser på ett rättsenligt sätt. En annan och samtidig utveckling tar i stället sikte på att göra regleringen som sådan bättre anpassad för att möjliggöra automatisering, för att på så sätt minska risken för avvikelser eller oavsiktliga konsekvenser när regleringen översätts till systemkod.

I samband med utformningen av reglering på olika nivåer, från lagstiftning ner till myndighetsföreskrifter, kan lagstiftaren ta hänsyn till automatiseringsmöjligheter som ett led i att minska de regleringsmässiga hindren mot automatisering. Det kan till exempel handla om att avskaffa eller lätta upp sekretessgränser för att möjliggöra automatiserat informationsutbyte, eller att anpassa registerförfattningar för att möjliggöra utökad personuppgiftsbehandling. Sådana förändringar måste dock ske inom de ramar som ställs upp av exempelvis skyddet för personuppgifter inom EU-rätten och i Europakonventionen.

Ett annat sätt att ta hänsyn till automatisering i regleringsutformningen är att ”förenkla” regler för att göra dem bättre lämpade att tillämpas inom ramen för automatiserade processer. Det är ett uttalat mål att reglering utformas utifrån sådana enkla kriterier inom vissa förvaltningspolitiska områden. DIGG har till exempel fått i uppdrag att under perioden 2022–2024 stödja regeringens arbete med att förbättra möjligheterna att digitalisera välfärden genom att identifiera rättsliga hinder för en sådan

³⁸⁶ JO dnr 6744-2020.

digitalisering. I uppdraget ingår även att utarbeta förslag till anpassning av befintlig reglering eller förslag till ny reglering där sådan saknas.³⁸⁷

Utvecklingstendensen mot att mer aktivt beakta och bevaka lagstiftningens lämplighet för automatisering finns också i andra länder. Danmark har exempelvis en uttalad strategi om att öka andelen digitaliseringsklar lagstiftning (*digital ready legislation*) inom den offentliga förvaltningen. Danmark har inrättat 'Sekretariatet for digitaliseringsklar lovgivning' under den nationella Digitaliseringsstyrelsen för att främja arbetet för att nå målet.³⁸⁸ I Norge har det statliga Digitaliseringsrådet på uppdrag av regeringen utarbetat en vägledning för digitaliseringsvänligt regelverk.³⁸⁹ Idéer och initiativ kring att anpassa lagstiftningen för att öka dess lämplighet för automatisering förekommer även på EU-nivå (inom ramen för EU-kommissionens så kallade Better Regulation Agenda), och i många stater världen över.³⁹⁰ I vissa länder förekommer också mer eller mindre

³⁸⁷ Regeringsbeslut 2022-03-10. *Uppdrag att stödja regeringens arbete med fortsatt digitalisering av välfärden genom att identifiera rättsliga hinder*. Se även till exempel den tidigare SOU 2018:25. *Juridik som stöd för förvaltningens digitalisering*, där utredningen hade i uppdrag att mer allmänt kartlägga och analysera i vilken utsträckning det förekommer lagstiftning som i onödan försvårar digital utveckling och samverkan inom den offentliga förvaltningen. Se även Statskontoret. (2022:8) *Metod för uppföljning av det förenklingspolitiska målet om digitalisering*, som efter ett regeringsuppdrag tagit fram en metod för att följa upp det förenklingspolitiska mål som uppställts när det gäller att digitalisera företagets kontakter med det offentliga.

³⁸⁸ Digitaliseringsstyrelsen. *Sekretariatet for digitaliseringsklar lovgivning*. (Hämtad 2022-09-02). <https://digst.dk/digital-transformation/digitaliseringsklar-lovgivning/sekretariatet-for-digitaliseringsklar-lovgivning/>.

³⁸⁹ Digitaliseringsdirektoratet. *Veileder for digitaliseringsvennlig regelverk*. (Hämtad 2022-09-02). <https://www.digdir.no/datadeling/veileder-digitaliseringsvennlig-regelverk/2856>

³⁹⁰ EU-kommissionen, Joinup, *Digital-ready Policymaking* (Hämtad 2022-10-06) <https://joinup.ec.europa.eu/collection/better-legislation-smoother-implementation/digital-ready-policymaking>. Någon fullständig uppräknning av länder med mer eller mindre uttalade strategier för att öka andelen digitaliseringsklar/automatiseringsanpassad lagstiftning kan inte göras här. Omfattning, inriktning och terminologianvändning kan också variera mellan länder.

långtgående initiativ och diskussioner om att utfärda officiella ”kodversioner” av regler.³⁹¹

Varken automatiserat beslutsfattande eller automationsanpassad lagstiftning är visserligen någon nyhet inom svensk förvaltning, utan bottnar i överväganden som gjordes i anslutning till det offentligas datorisering redan i slutet av 1960-talet.³⁹² Den mer sentida och allt snabbare utbredningen av automatiseringen ger dock uttryck för att automatiseringsambitionerna kommit att ge ett större avtryck på valet av lagstiftningsteknik snarare än att ambitionerna villkoras av lagstiftningens utformning. Det visar hur prioriterad den automatiserade förvaltningen har blivit på ett övergripande plan. Samtidigt kan det även för regler som uppfattas ha enkla och entydiga kriterier (rekvisit), visa sig att det finns oklarheter kvar som behöver uttolkas på lägre nivå och i samband med att regleringen ska omsättas i en automatiserad process.

Från ett legalitetsperspektiv är det alltså viktigt att uppmärksamma *i vilket skede och av vem* som överväganden görs kring *vilken tolkning* av gällande rätt som

-
- ska fixeras i samband med översättningen av regleringen till kod
 - varit styrande för systemets utformning eller urvalet av exempelvis träningsdata.
-

Annars finns en risk för att regler fylls ut eller begränsas på sätt så att oavsiktlig normgivning sker genom översättningen till kod. Detta kan i praktiken innebära att rättens praktiska konsekvenser inte bestäms av lagen, men av programkod som därmed i normerande hänseende får större betydelse än lagen själv.³⁹³ Myndigheter bör därför tillförsäkra att de regeluttolkningar som programmeras in i systemen är juridiskt välgrundade och inte sker som oavsiktliga konsekvenser av it-personalens

³⁹¹ Mohun J. och Roberts A. (2020) *Cracking the Code: Rulemaking for Humans and Machines*, OECD Working Papers on Public Governance 42, s. 61.

³⁹² SOU 2014:75. *Automatiserade beslut – färre regler ger tydligare reglering*, s. 32 med hänvisningar.

³⁹³ Jfr Lessig, L. (2006). *Code: Version 2.0*. Basic Books.

överväganden kring problemlösning av teknisk karaktär. Detsamma gäller inte minst när systemen utvecklats av externa leverantörer. Tillgång till rätt kompetens för att kunna översätta lagstiftning till programkod har av myndigheter lyfts fram som en kritisk faktor för att kunna säkerställa korrekta och rättssäkra automatiserade beslutsprocesser eller beslut. Samtidigt råder det inom många specialområden brist på sådan kompetens.³⁹⁴ Kompetensfrågan är därför också viktig att beakta ur ett bredare legalitetsperspektiv, för att undvika att det uppstår glapp mellan gällande rätt och de överväganden som görs när rättsliga bedömningar automatiseras.

Legalitetskravet innefattar i bredare bemärkelse också att förvaltningen ska ha tillräcklig organisatorisk förmåga att generera rättsenliga beslut. För att kunna tillförsäkra att automatiserade beslutsprocesser underödjer lagenliga beslut måste därför även systemens responsivitet till rättsutvecklingen beaktas, det vill säga anpassningsförmåga till rättsutvecklingen. Detta följer av att rättsliga förhållanden kan modifieras av ny lagstiftning på både nationell och europeisk nivå, samt genom utveckling i rättspraxis. Sådana förändringar kan snabbt förändra det rättsliga landskapet för såväl de automatiserade beslutsprocessernas utformning som deras förmåga att generera eller underödja rättsenliga beslut, ibland även utan föregående indikationer.

Myndigheterna behöver såväl kompetensmässig som teknisk beredskap att snabbt kunna anpassa systemen till förändringar eller förtydliganden av rättsläget. Annars kan ett beslut att ändå tillämpa sådana system på bred front te sig allt för förvaltningsorganisatoriskt instabilt samt ge grund för att ifrågasätta användningens legitimitet. Detta har illustrerats genom exempelvis bakgrunden till HFD 2022 ref 9, där Pensionsmyndigheten som en följd av en dom från Högsta förvaltningsdomstolen (där domstolen inhämtat ett förhandsavgörande från EU-domstolen) bedömde att de tidigare beräkningssätt som de använt för garantipension hade baserats på ett väsentligt klassificerings-

³⁹⁴ Riksrevisionen. (Rir 2020:22). *Automatiserat beslutsfattande i statsförvaltningen – effektivt, men kontroll och uppföljning brister*, s. 5; Myndigheten för digital förvaltning. (2019) *Myndigheters digitala mognad och it-kostnader. En enkätundersökning riktad till statliga myndigheter*. (Dnr 2019-469).

och metodfel. Pensionsmyndighetens omprövning av de beslut om garantipension som berördes av förändringarna kom dock att dröja i cirka två år på grund av svårigheterna att anpassa de tekniska systemen till det förändrade rättsläge som EU-domstolens förhandsavgörande föranledde. Ett annat exempel finns i JO 2021/22 s. 340, där Jordbruksverket dröjde i flera år med att färdigställa ett fungerande system för handläggning av ansökningar om jordbruksstöd – och där Länsstyrelsen i Uppsala län inte kom att handlägga dessa ärenden alls under perioden, med hänvisning till att systemstöd saknades.

Exemplen ovan visar på hur beslutsstöd och beslutsbefogenheter är tätt förknippade i praktiken, samt att responsivitet i förhållande till snabba rättslägesförändringar är nödvändiga utifrån ett rättsstatligt perspektiv. Medan legalitetsprincipen kräver en fullständig responsivitet till förändringar i rättsläget, så skapar behovet av stödsystem en tröghet i förvaltningens anpassningsförmåga, eftersom det kan krävas betydande insatser för att anpassa dem. Denna tröghet riskerar dessutom att få effekter på en betydligt större skala än vad som är fallet när enskilda beslutsfattare brister i förmågan att ta hänsyn till rättsliga förändringar.

Proportionalitet och kontextualitet i en komplex rättslig miljö

Digitalisering och automatisering är som sagt fenomen som förekommer på ett spektrum där det kan vara svårt att exakt peka ut var digitalisering slutar och var automatisering tar vid. En utmaning i beslutsprocesser oavsett om de är helautomatiserade eller semiautomatiserade med begränsad handläggarsyn är att på ett korrekt sätt beakta proportionalitet och kontextualitet i beslutsfattandet.

Proportionalitetsprincipen är en väletablerad del av förvaltningsrätten,³⁹⁵ men har också motsvarigheter på den konstitutionella³⁹⁶ och EU-rättsliga

³⁹⁵ 5 § förvaltningslagen (2017:900). Se även proposition 2016/17:180. *En modern och rättssäker förvaltning – ny förvaltningslag*, s. 62.

³⁹⁶ 2 kap. 20 § regeringsformen.

nivån,³⁹⁷ liksom i Europakonventionens praxis.³⁹⁸ Sammanfattningsvis innefattar principen ett krav på att de åtgärder eller beslut som myndigheterna vidtar inte ska gå längre än vad som är nödvändigt, och att det föreligger en rimlig avvägning mellan det allmännas intresse och de eventuellt negativa konsekvenser för den enskilde som åtgärderna medför. Principens syfte är att förhindra att myndigheter vidtar åtgärder som är onödigt inskränkande i förhållande till exempelvis den enskildes rättigheter, eller har onödigt negativa effekter. Därför kräver iakttagandet av proportionalitet ofta kontextuella bedömningar som inte alltid kan göras redan av lagstiftaren – och som därför behöver göras i det enskilda fallet.

Det finns flera samverkande faktorer som gör att proportionalitetsprincipen i dag kan göra sig påmind med större kraft och i fler kontexter än vad som traditionellt har varit fallet. För det första har den offentliga rätten varit föremål för en växande europeisering, där unionsrättens inflytande kommit att bli en viktig faktor i uttolkningen av proportionalitetsprincipen även på nationell nivå.³⁹⁹ Detta har inneburit att principen i dag kan få en unionsrättslig tolkning i sammanhang där den tidigare har beaktats utifrån en mer inhemsk tillämpning. Även om skillnaderna mellan den svenska och unionsrättsliga förståelsen av proportionalitet har minskat över tid, är likväl en viktig skillnad att tolkningsföreträdet för vad som ska anses vara proportionerligt i sådana

³⁹⁷ Se artikel 5(3) i fördraget om Europeiska unionen, samt EU-domstolens tidiga avgöranden i exempelvis mål 11/70 *Internationale Handelsgesellschaft, bH v Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel* [1970] ECR 1125 [12], (rörande proportionalitet i fråga om unionens agerande) samt mål 120/78 *Rewe-Zentral AG v Bundesmonopolverwaltung für Branntwein (Cassis de Dijon)* [1979] ECR 649 (rörande proportionalitet i medlemsstaternas agerande). Se även artikel 52(1) i EU:s stadga om de grundläggande rättigheterna, samt exempelvis förenade målen C-293/12 och C-594/12, *Digital Rights Ireland Ltd* och *Kärntner Landesregierung m.fl. mot Minister for Communications, Marine and Natural Resources* m.fl.

³⁹⁸ Se exempelvis Europadomstolens domar i *Goodwin mot Förenade konungariket* (17488/90) den 27 mars 1996, samt *S. och Marper mot Förenade konungariket* (30562/04 30566/04) den 4 december 2008.

³⁹⁹ Se proposition 2016/17:180. *En modern och rättssäker förvaltning – ny förvaltningslag*, s. 62; SOU 2010:29. *En ny förvaltningslag*, s. 176–181; Wenander, H. (2020). Europeanisation of the Proportionality Principle in Denmark, Finland and Sweden. *Review of European Administrative Law*, 13(2), 133–153; Groussot, X. (2006). Proportionality in Sweden: The Influence of European Law. *Nordic Journal of International Law*, 75(3–4), 451–472.

frågor som faller inom EU-rättens tillämpningsområde ligger hos EU-domstolen. Bedömningen av vad som är eller inte är proportionerligt i rättslig bemärkelse kan därför även snabbt förändras.

Proportionalitetsprincipen visar därför på behovet av den typ av responsivitet som myndigheterna, samt i förlängningen systemen, måste kunna svara upp mot. Myndigheterna har i detta sammanhang ett rättsligt ansvar att utan dröjsmål ge unionsrätten fullt genomslag, även om det innebär att åsidosätta nationella rättsregler.⁴⁰⁰

För det andra kan proportionalitetsprincipen också, på grund av ett flertal olika faktorer, dyka upp i kontexter där den tidigare inte haft lika stort genomslag. Detta kan vara resultatet av det som brukar beskrivas som rättighetsinflation, det vill säga att fler intressen tenderar att tackas upp av det potentiella tillämpningsområdet för grundläggande rättigheter.⁴⁰¹ Socio-ekonomiska intressen kan påverka genomslaget av skarpere formulerade negativa rättigheter, men kan också utgöra rättigheter i sig. Därtill innebär digitalisering och automatisering att det kan finnas behov av att ta proportionalitetshänsyn utifrån såväl unionsrätt som konventionsrätt, exempelvis när det gäller den personuppgiftsbehandling som ligger till grund för beslutssystemet och tillhörande behov av respekt för skyddet för privatliv eller dataskydd.

Krav på proportionalitetsliknande hänsyn kan även följa av angränsande principer som rimlighet i fråga om sociala och ekonomiska rättigheter, eller *duty of care* som en EU-rättslig administrativrättslig princip.⁴⁰² Detsamma kan gälla om automatisering eller profilering aktualiserar risker rörande diskriminering eller brister i likabehandling, risker som i relation till myndigheternas arbete på senare tid uppmärksammas av bland annat Diskrimineringsombudsmannen och

⁴⁰⁰ Se Enqvist, L., & Naarttijärvi, M. (2021). Administrative Independence Under EU Law: Stuck Between a Rock and Costanzo? *European Public Law*, 27(4), 707–732; Wenander, H. (2020). Administrative Constitutional Review in Sweden: Between Subordination and Independence. *European Public Law*, 26(4), 987–1010.

⁴⁰¹ Se Möller, K. (2014). *Proportionality and Rights Inflation*. I Huscroft G, Miller BW, Webber G (red.) *Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning*. Cambridge University Press, New York.

⁴⁰² Se Hofmann, H.C. (2020). The Duty of Care in EU Public Law - A Principle Between Discretion and Proportionality. *Review of European Administrative Law*. 13(2), 87–112.

Jämställdhetsmyndigheten.⁴⁰³ De rättsliga frågor som då blir aktuella innefattar proportionalitetsliknande bedömningar av om en skillnad i behandlingen av individer kan rättfärdigas för att den är objektiv och rimlig.⁴⁰⁴

Effekterna av den beskrivna utvecklingen i relation till digitalisering och automatisering av myndigheternas beslutsfattande, är att proportionalitet behöver beaktas i flera olika steg och av aktörer på flera olika nivåer. Dessutom rör det sig i praktiken om flera olika proportionalitetsprinciper som behöver beaktas parallellt. Skillnaderna kan bestå i vilka hänsyn som behöver tas, vem som har rätt att göra den slutliga uttolkningen av principen och dess tillämpning, samt inte minst vad det är som ska vara proportionerligt.

Exempelvis kan en lagstiftning som är avsedd för automatiserat beslutsfattande, behöva prövas mot konstitutionella och unionsrättsliga krav på proportionalitet i relation till dess eventuella effekter för rättigheter eller andra intressen skyddade på högre konstitutionella nivåer. Det system som sedan möjliggör automatiserat beslutsfattande behöver exempelvis prövas gentemot krav på proportionalitet i relation till vilka personuppgifter som används. Detsamma gäller hur systemet inverkar på rätten till privatliv eller andra grundläggande rättigheter såsom rätten till effektiva rättsmedel. I nästa steg behöver sedan också det beslutsfattande som sker i systemet beakta om rättstillämpningen är proportionerlig i det enskilda fallet. Hänsyn behöver då exempelvis tas till förvaltningslagens proportionalitetsprincip och eventuella effekter för grundläggande rättigheter. Detsamma gäller sådana krav på proportionalitet, rimlighet, skälighet eller liknande som kan följa av det materiella regelverk som tillämpas i beslutet.

⁴⁰³ Se Diskrimineringsombudsmannen (2022:1), *Transparens, träning och data – Myndigheters användning av AI och automatiserat beslutsfattande samt kunskap om risker för diskriminering*, s. 21–25; Jämställdhetsmyndigheten (2022) *AI och jämställdhet i offentlig förvaltning* (Hämtad 2022-10-07), https://jamstalldhetsmyndigheten.se/media/ngqhx3b/jamstalldhet_ai_sep_2022.pdf.

⁴⁰⁴ Se Nilsson, A. (2020). Same, Same but Different: Proportionality Assessments and Equality Norms. *Oslo Law Review*, 7(3), 126–144.

Denna sista bedömning av proportionaliteten i ett specifikt beslut aktualiserar särskilt behovet av att beakta de individuella omständigheterna i det enskilda fallet. Kravet utmanar därför förvaltningens möjligheter att styra eller automatisera beslutsprocesser utifrån standardiserade omsättningar av specifika regelverk. Ett talande exempel, som dock inte var automatiserat men visar på behovet av finkorniga kontextuella bedömningar, kan hämtas ur Europadomstolens avgörande i *McDonald mot Förenade konungariket (Storbritannien)*. Den klagande i fallet hade efter en stroke och ett fall fått svårt att utan assistans från kommunen ta sig till toaletten på nätterna.⁴⁰⁵ När kommunen minskade hennes berättigade assistansersättning ersattes de tidigare beviljade nattliga hemtjänstbesöken med inkontinensskydd och inkontinenslakan. Detta menade den klagande kränkte hennes värdighet och rätt till privatliv enligt artikel 8. Europadomstolen fann att beslutet under en period stred mot inhemsk rätt och utgjorde under denna tid en kränkning av konventionen, eftersom det begränsade hennes rätt till privatliv utan lagstöd. Domstolen prövade dock även proportionaliteten i åtgärden i relation till kommunens behov att hushålla med begränsade resurser. Givet statens vida bedömningsmarginal i dessa frågor ansåg domstolen att myndigheterna, utifrån den specifika situation som den klagande befann sig i, på ett acceptabelt sätt balanserat dessa intressen under den tid då det fanns lagstöd för åtgärden och en kränkning av konventionens artikel 8 förelåg således inte.

Även om utfallet i avgörandet ovan inte kan tas som intäkt för att enskilda i en motsvarande situation har en rättighetsbaserad rätt till assistans om natten, är det samtidigt tydligt att domstolen lyfter fram att avvägningen av de specifika omständigheterna i det enskilda fallet måste vara korrekt för att konventionens krav ska vara uppfyllda. Avgörandet illustrerar därmed hur rättighetsfrågor kan krypa in i områden, som sociala välfärdsfrågor, där europarättsliga rättighetsaspekter inte alltid har varit tydligt närvarande. Det visar vidare hur ett beslutsfattande kan behöva ha förmåga att ta in och på ett korrekt sätt beakta individuella (kontextuella) omständigheter och bedömningar som inte enbart utgår

⁴⁰⁵ Europadomstolens dom i *McDonald mot Förenade konungariket* (4241/12), 20 maj 2014.

från nationella regelverk. I sin tur blir det också tydligt att nationella lagstiftare därmed kan ha begränsade möjligheter att på förhand baka in alla relevanta proportionalitetshänsyn i sådan lagstiftning som utformats för att tillämpas genom automatiserat beslutsfattande.

Korrekta kontextuella bedömningar eller proportionalitetsavvägningar kan förstås aldrig garanteras, därav behovet av en effektiv möjlighet till rättslig prövning av myndighetsbeslut. Ett potentiellt problem i relation till ökade inslag av digital standardisering eller automatisering av beslutsfattande är dock att systemens begränsade förmåga att beakta och korrekt avväga komplexa och inte sällan mellanmännsliga värden eller förhållanden inte bara kan leda till felaktiga beslut i enstaka fall, utan i ett potentiellt mycket stort antal fall. Detta kan belasta de kontrollorgan som återfinns senare i en beslutskedja, exempelvis förvaltningsdomstolar. Domstolar och tillsynsorgans granskning är inte minst viktig för att synliggöra och korrigera för brister i enskilda fall, vilket i bästa fall leder fram till mer övergripande åtgärder för att rätta till brister i fråga om systemets förmåga att göra kontextuella bedömningar.

Vårt inledande exempel med Arbetsförmedlingen visar dock att det samtidigt finns en parallell risk att även ett stort antal felaktiga beslut går obemärkt förbi, med negativa konsekvenser för såväl den enskilde som förvaltningens lagbundenhet som följd. Det kan därtill uppstå utmaningar som gäller att förse den enskilde med tydliga och klara beslutsmotiveringar som visar hur individuella omständigheter tillvaratagits i beslutet. EU-domstolen har i en dom från juni 2022 rörande profilering av flygpassagerare särskilt lyft fram hur automatiserade beslut som baseras på maskininlärning kan komma i konflikt med rätten till effektivt rättsmedel i EU:s rättighetsstadga, eftersom möjligheten att förklara beslutet är begränsad, och det därmed är svårt för individen att förstå grunderna för beslutet. Det kan underminera möjligheten att fatta informerade beslut om att eventuellt överklaga.⁴⁰⁶ Dessa effektiva rättsmedel är ett av de sätt som medborgare kan hävda sin rätt till likabehandling och icke-diskriminering.

⁴⁰⁶ Mål C-817/19, *Ligue des droits humains mot Conseil des ministres*, Domstolens dom (stora avdelningen) av den 21 juni 2022, p. 195.

Likabehandling och profilering i en processtyrd beslutsmiljö

Diskussioner om automatisering och digitalisering av offentlig förvaltning brukar lyfta fram att dessa processer kan vara gynnsamma för likabehandling, eftersom en likformig hantering minskar utrymmet för att personliga eller ovidkommande åsikter påverkar mänskliga handläggare.⁴⁰⁷ Likaså har Digitaliseringsrättsutredningen påpekat att digitaliseringens effektivitet leder till snabbare och enklare handläggning, vilket i sin tur beskrivs som en aspekt av rättssäkerhet.⁴⁰⁸ Strävanden efter tydligare digitala processtöd och högre grad av automatisering har alltså beskrivits som led i att uppnå ett mer effektivt beslutsfattande och som ett led i att uppnå ett mer rättssäkert beslutsfattande som är mindre präglad av ovidkommande hänsyn. Samtidigt finns det för frågan om likabehandling ett antal olika aspekter av automatiserade beslutsprocesser som ställer dessa utgångspunkter i ett annat ljus.

De tidigare nämnda regelbaserade systemens styrka i att kunna behandla fler fall likvärdigt gör det samtidigt svårt att behandla olika fall olika. Detta gäller särskilt när olikheterna består i individuella omständigheter och kontextuella faktorer som systemen inte är programmerade för att beakta. Ett långtgående men illustrativt exempel kan hämtas från USA, där en delstat lät utveckla och köpa in ett system för att bedöma hjälpbehov och fördela befintliga resurser mellan brukare. Men systemet beslutade om att minska stödets omfattning för en man med amputerat ben eftersom han inte ansågs ha ”några fotproblem”.⁴⁰⁹ Behovet av att beakta skilda förutsättningar i rättstillämpningen kan med andra ord utmanas av system som inte på förhand har konstruerats för att beakta sådana.

Ett parallellt problem rör frågor om likabehandling i fråga om servicenivå utifrån hur beslutsstöd och system för automatisering brukar förutsätta att

⁴⁰⁷ Bullock, J. B. (2019). Artificial Intelligence, Discretion, and Bureaucracy. *The American Review of Public Administration*, 49(7), 751–761; Busch, P. A., & Henriksen, H. Z. (2018). Digital discretion: A systematic literature review of ICT and street-level discretion. *Information Polity*, 23(1), 3–28, s. 19.

⁴⁰⁸ SOU 2018:25. *Juridik som stöd för förvaltningens digitalisering*, s. 60.

⁴⁰⁹ Calo, R., & Keats Citron, D. (2021). The Automated Administrative State: A Crisis of Legitimacy. *Emory Law Journal*, 40(4), 797–845, s. 799.

ärenden följer den etablerade process som myndigheten byggt upp systemstødet kring. Detta kan exempelvis innebära att ett ärende, för att kunna handläggas effektivt, behöver komma in till myndigheten genom specifika digitala kanaler. Justitieombudsmannen har uttalat i JO 2020/21 s. 252 att likabehandling förutsätter att ärenden som inkommer genom andra kanaler inte systematiskt missgynnas eller nedprioriteras i relation till de digitalt inkomna. En myndighets valda arbetssätt och prioriteringar mellan ärenden av samma ärendeslag måste motiveras med objektivt godtagbara skäl.⁴¹⁰ De effektiviseringar som digitala beslutsflöden kan medföra utmanas därmed av att myndigheterna måste upprätthålla en rimlig effektivitet i alternativa ärendeingångar av likabehandlingsskäl.

När det gäller mer avancerade former av automatisering och profilering, där myndigheter använder sig av olika former av maskininlärning för riskbedömningar eller beslutsfattande kan andra problem uppstå i relation till kravet på likabehandling. Det är väl uppmärksammat i forskningen att system för maskininlärning som tillämpas i offentliga beslutssystem för med sig flera utmaningar och risker.⁴¹¹ Ett sådant övergripande problem är kopplat till den data, exempelvis tidigare beslut hos myndigheten, som används för att träna systemen med – eftersom kvaliteten i denna data är avgörande för kvaliteten i de olika beslut och prediktioner som systemet genererar.

Den data som omger oss i samhället tenderar att påverkas av flera sociala faktorer som i sin tur kan påverka de maskininlärande systemens förmåga att generera resultat som är präglade av likabehandling. Det kan röra sig om att data som används i systemen inte återspeglar faktiska förhållanden. Det kan också handla om att de uppgifter som finns hos myndigheterna och ligger till grund för träning är präglade av redan

⁴¹⁰ JO 2020/21 s. 252.

⁴¹¹ Hildebrandt, M. (2010). *Proactive Forensic Profiling: Proactive Criminalization?* I R. A. Duff, L. Farmer, S. E. Marshall, M. Renzo, & V. Tadros (red.), *The boundaries of the criminal law*. Oxford University Press; Keats Citron, D. (2008). *Technological Due Process*. *Washington University Law Review*, 85(6), 1 249–1 313; Zuiderveen Borgesius, F. J. (2020). *Strengthening legal protection against discrimination by algorithms and artificial intelligence*. *The International Journal of Human Rights*, 24(10), 1 572–1 593. Se även Diskrimineringsombudsmannen (2022:1), *Transparens, träning och data – Myndigheters användning av AI och automatiserat beslutsfattande samt kunskap om risker för diskriminering*.

existerande orättvisor i samhället, eller av brister i myndighetens tidigare handläggning som reproduceras och upprätthålls i systemet. Det kan även röra sig om att vissa typer av omständigheter förekommer mycket sällan, vilket gör att tidigare exempel som har legat till grund för systemets träning får en oproportionerlig effekt på systemets framtida bedömningar.⁴¹² Ett mer övergripande problem är också att logiken i ett system som jobbar med korrelationer och prediktioner kan resultera i en konserverande effekt. Systemen arbetar med historiska data och utgångspunkten blir därmed att framtida situationer ska bedömas som tidigare situationer, utifrån en outtalad presumtion om att framtiden kommer se ut och fungera som gårdagen.⁴¹³ Nya kontextuella faktorer, som speciella individuella omständigheter eller förändrade situationer i samhället, blir därmed svåra för systemet att beakta korrekt.

När Diskrimineringsombudsmannen kartlade myndigheternas arbete med och medvetenhet om risker som automatiserat beslutsfattande och profilering för med sig ur likabehandlingsperspektiv konstaterades att myndigheterna i stort sett saknar ett diskrimineringsperspektiv i de automatiserade beslutsprocesserna, samt att få myndigheter anser att de behöver göra mer för att minska risken för missgynnande.⁴¹⁴ Det är ett förvånande resultat med tanke på hur uppmärksammade dessa risker har varit inom forskningen på området, som understryker behovet av att frågorna behöver få större uppmärksamhet i myndigheternas framtida arbete.

⁴¹² Veale, M., Van Kleek, M., & Binns, R. (2018). Fairness and Accountability Design Needs for Algorithmic Support in High-Stakes Public Sector Decision-Making. *Proceedings of the 2018 CHI Conference on Human Factors in Computing Systems*, 1–14.

⁴¹³ Bennett Moses, L., & Chan, J. (2018). Algorithmic prediction in policing: Assumptions, evaluation, and accountability. *Policing and Society*, 28(7), 806–822.

⁴¹⁴ Diskrimineringsombudsmannen (2022:1), *Transparens, träning och data – Myndigheters användning av AI och automatiserat beslutsfattande samt kunskap om risker för diskriminering*, s. 35.

Slutsatser

Automatiserade och semiautomatiserade beslutsprocesser har stor betydelse för såväl förvaltningens funktion och rättstillämpning som för statens efterlevande av rättsstatliga principer. De kan därför ses som en fond som inte bara fångar upp sådana rättsliga frågor som rör om det finns lagstöd för en viss process, utan även värdefrågor som att realisera rättsstatliga principer samt den demokratiska förankringen av beslutsfattandet. Analysen av automatiseringsprocesser behöver därför kompletteras med perspektiv bortom de specifika regelverk som omger beslutsfattandet, för att kunna värna rättsstatliga principer och undvika värdekonflikter.

Diskussioner om utmaningar och risker med förvaltningens digitalisering och automatisering tenderar ofta att fokusera på mer avancerade tekniker, såsom artificiell intelligens, eller på framför allt de helautomatiserade beslutsprocesserna. Med ett rättsstatligt perspektiv på det offentliga digitalisering och automatisering följer dock att omständigheter och förhållanden som påverkar förvaltningens förutsättningar för rättssäkra förfaranden behöver beaktas på olika nivåer – i allt från hur lagstiftning utformas till när, hur och för vilka syften som myndigheter väljer att köpa in, utforma och tillämpa sina systemstöd, samt till hur systemens rättsenlighet och funktionalitet ska kontrolleras.

Med bidraget vill vi därför lyfta att det finns en risk för att viktiga frågor av rättsstatligt intresse förbises vid ett allt för ensidigt fokus på tekniktyper, snarare än på beslutsprocessernas grad av transparens och mänskliga beslutsfattares möjligheter att fatta självständiga beslut eller göra avvägningar som frångår maskinellt framställda rekommendationer eller underlag.

Vi vill också uppmärksamma de risker som uppstår när diskussioner och analyser av automatiseringens rättsenlighet eller rättsstatlighet enbart fokuserar på helautomatiserat beslutsfattande. Även beslutsprocesser som handläggs delvis automatiserat kan sammantaget uppvisa en hög grad av komplexitet och vara förenad med begränsade möjligheter till insyn. Också sådana begränsningar kan påverka allmänhetens möjligheter att förstå på vilka grunder en myndighet kommer att, eller har, baserat sitt beslut. De kan också inverka på de mänskliga handläggarnas

förutsättningar för att upptäcka, åtgärda, eller på annat sätt kompensera för brister eller risker som de automatiserade processerna är förenade med. För att kunna fånga en större bredd av rättsstatliga konsekvenser bör därför beslutsprocessens olika beståndsdelar betraktas utifrån en gradient som sträcker sig från full automatisering till mer subtila former av digitala beslutsstöd och maskinellt framställda informationsunderlag.

Exemplen i det här kapitlet visar på att det krävs en proaktiv och preventiv hållning från såväl lagstiftare som myndigheter för att förebygga risker för att beslutsprocessers automatisering får negativa konsekvenser för rättsstatligheten och därmed rättssäkerheten i den offentliga maktutövningen. Felaktigheterna i Arbetsförmedlingens automatiserade hantering av aktivitetsstödet pekar på riskerna med att förlita sig på att enskilda invänder mot felaktiga beslut och genomdriver sin rätt, som ett sätt att korrigera eller kompensera för brister i automatiserat beslutsfattande. I SVT:s rapportering nämndes bristande språkkunskaper som en möjlig förklaring till frånvaron av klagomål trots felets omfattning. Det är också tänkbart att de enskilda drabbade utgick ifrån att den bedömning som Arbetsförmedlingen gjort var korrekt. De drabbade hade inte heller underrättats om felen, vilket aktualiserar den ytterligare frågan om de hade fått tillräcklig information för att kunna ifrågasätta sina beslut.

Dessa typer av utmaningar är sannolikt större när beslut, såsom ovan, riktar sig mot sådana grupper i samhället som kan ha sämre förutsättningar att ta tillvara sina rättigheter. Från ett myndighetsperspektiv visar exemplen därför också sammantaget på vikten av att myndigheter som implementerar automatiserade processer tillförsäkrar att systemen opererar med en tillräcklig grad av spårbarhet, så att effekter av systemfel kan värderas och hanteras effektivt. Myndigheterna ska till exempel ha förutsättningar att informera drabbade eller för att kunna uppskatta felets omfattning, inklusive göra informerade överväganden kring eventuellt behov av tillfällig övergång till manuell handläggning. Annars balanseras riskerna med automatiserade beslutsprocesser i hög grad över till de enskilda, eftersom de måste reagera för att få rätt. Från ett medborgarperspektiv visar det i sin tur på vikten av att beakta de enskildas förutsättningar och behov i samband med beslut om och utformning av automatiserade processer.

Sammantaget finns alltså ett behov av att placera automatiseringens små detaljfrågor i ett större rättsligt sammanhang för att effekterna på ett rättsstatligt plan ska framträda tydligt. Lagenlig automatisering i bred bemärkelse och på längre sikt kräver därför en förståelse på olika nivåer för förvaltningsuppgifternas och rättssystemets komplexitet. En sådan förståelse krävs från lagstiftningsnivån ner till de enskilda konsulter eller medarbetare hos myndigheten som ska utforma och använda automatiserade systemstöd. Annars finns en risk för att viktiga och preventiva åtgärder ur ett rättsstatligt perspektiv glöms bort eller nedprioriteras.

Spårbarhet och responsivitet i förhållande till ibland snabba rättsliga förändringar är som sagt viktiga preventiva aspekter i systemutvecklingen. Mer övergripande kan preventionsåtgärderna visserligen också omfatta förenkling och standardisering av regelverk och rutiner. Det bredare och rättsstatliga perspektivet kräver dock att sådana hänsyn inte får allt för stort genomslag i lagstiftningens utformning på områden där vagheten i tidigare lagstiftning har haft sin förklaring i en komplex verklighet som inte med nödvändighet låter sig förenklas. Därtill kan bland annat krav på proportionalitet och likabehandling sätta rättsliga gränser för möjligheterna till förenkling eller standardisering, eftersom kontextuella faktorer kan behöva beaktas.

Det åligger varje myndighet att inom ramen för sina beslutsprocesser säkerställa att rättsstatliga värden som påverkas av digitalisering och automatisering beaktas. Det behov av rättsstatliga hänsyn som vi efterlyser riktar sig således inte bara till lagstiftaren, utan även till enskilda myndigheter. Samtidigt kan digitaliseringen ha vidare konsekvenser för förvaltningen som helhet, och som kan vara svåra för individuella myndigheter att överblicka. Det gäller till exempel i fråga om vilka som inkluderas eller vilka som exkluderas, eller vilka som blir föremål för kontinuerliga kontroller från flera håll baserat på algoritmiska riskbedömningar. För att komma åt sådana mer systematiska utmaningar behöver perspektiven även beaktas av de som har en bättre helhetsbild. Här har DIGG en viktig roll i att inte bara samordna arbetet för att främja digitalisering och automatisering, utan även i att samordna arbetet för att hantera risker och medvetandegöra myndigheterna om vad som bör göras för att minimera dessa risker.

Källor

Litteratur

Bennett Moses, L., & Chan, J. (2018). Algorithmic prediction in policing: Assumptions, evaluation, and accountability. *Policing and Society*, 28(7), 806–822.

Bullock, J. B. (2019). Artificial Intelligence, Discretion, and Bureaucracy. *The American Review of Public Administration*, 49(7), 751–76.

Busch, P. A., & Henriksen, H. Z. (2018). Digital discretion: A systematic literature review of ICT and street-level discretion. *Information Polity*, 23(1), 3–28.

Calo, R., & Keats Citron, D. (2021). The Automated Administrative State: A Crisis of Legitimacy. *Emory Law Journal*, 40(4), 797–845.

Civitarese Matteucci, S. (2021). Public Administration Algorithm Decision- Making and the Rule of Law. *European Public Law* 1, 103–130.

Enqvist, L. (2019) *En myndighet i samverkan: Försäkringskassans rättsliga förutsättningar att samverka med Arbetsförmedlingen samt hälso- och sjukvården*. Akademisk avh. Umeå universitet (Skrifter från Juridiska institutionen: 42).

Enqvist, L., & Naartijärvi, M. (2021). Administrative Independence Under EU Law: Stuck Between a Rock and Costanzo? *European Public Law*, 27(4), 707–732.

Groussot, X. (2006). Proportionality in Sweden: The Influence of European Law. *Nordic Journal of International Law*, 75(3–4), 451–472.

Hildebrandt, M. (2010). Proactive Forensic Profiling: Proactive Criminalization? I R. A. Duff, L. Farmer, S. E. Marshall, M. Renzo, & V. Tadros (red.), *The boundaries of the criminal law*. Oxford University Press.

- Hildebrandt, M. (2021) Code-driven Law: Freezing the Future and Scaling the Past. I Deakin, S. & Markou, C. (red.) *Is Law Computable?: Critical Perspectives on Law and Artificial Intelligence*. Hart Publishing.
- Hofmann, H.C. (2020). The Duty of Care in EU Public Law - A Principle Between Discretion and Proportionality. *Review of European Administrative Law*. 13(2), 87–112.
- Keats Citron, D. (2008). Technological Due Process. *Washington University Law Review*, 85(6), 1 249–1 313.
- Lessig, L. (2006). *Code: Version 2.0*. Basic Books.
- Magnusson Sjöberg, C. (2020). Lagligt men inte självklart lämpligt AI-baserat beslutsfattande. I *Ord och rätt*, Festskrift till Hans-Gunnar Axberger. Skarhed, A. m.fl. (red.). Eddy.
- Mohun J. och Roberts A. (2020) Cracking the Code: Rulemaking for Humans and Machines, *OECD Working Papers on Public Governance* 42.
- Möller, K. (2014). Proportionality and Rights Inflation. I Huscroft G, Miller BW, Webber G (red.) *Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning*. Cambridge University Press, New York.
- Nilsson, A. (2020). Same, Same but Different: Proportionality Assessments and Equality Norms. *Oslo Law Review*, 7(3), 126–144.
- Veale, M., Van Kleek, M., & Binns, R. (2018). Fairness and Accountability Design Needs for Algorithmic Support in High-Stakes Public Sector Decision-Making. *Proceedings of the 2018 CHI Conference on Human Factors in Computing Systems*, 1–14.
- Wenander, H. (2020). Administrative Constitutional Review in Sweden: Between Subordination and Independence. *European Public Law*, 26(4), 987–1010.
- Wenander, H. (2020). Europeanisation of the Proportionality Principle in Denmark, Finland and Sweden. *Review of European Administrative Law*, 13(2), 133–153.

Widlak, A., van Eck, M. & Peeters, R. (2020). Towards principles of good digital administration. Fairness, accountability and proportionality in automated decision-making. I Schuilenberg, M. & Peeters, R.(Red.) *The Algorithmic Society. Technology, Power, and Knowledge*. Routledge.

Zuiderveen Borgesius, F. J. (2020). Strengthening legal protection against discrimination by algorithms and artificial intelligence. *The International Journal of Human Rights*, 24(10), 1 572–1 593.

Offentligt tryck

Digitaliseringsdirektoratet. *Veileder for digitaliseringsvennlig regelverk*. (Hämtad 2022-09-02). <https://www.digdir.no/datadeling/veileder-digitaliseringsvennlig-regelverk/2856>

Digitaliseringsstyrelsen. *Sekretariatet for digitaliseringsklar lovgivning*. (Hämtad 2022-09-02) <https://digst.dk/digital-transformation/digitaliseringsklar-lovgivning/sekretariatet-for-digitaliseringsklar-lovgivning/>.

Näringsdepartementet. (2018). *Nationell inriktning för artificiell intelligens*. (Dnr N2018/03008/FÖF).

Proposition 2016/17:180. *En modern och rättssäker förvaltning – ny förvaltningslag*.

Regeringsbeslut 2022-03-10. *Uppdrag att stödja regeringens arbete med fortsatt digitalisering av välfärden genom att identifiera rättsliga hinder*.

SOU 2010:29. *En ny förvaltningslag*.

SOU 2014:75. *Automatiserade beslut – färre regler ger tydligare reglering*.

SOU 2014:75. *Automatiserade beslut – färre regler ger tydligare reglering*.

SOU 2018:25. *Juridik som stöd för förvaltningens digitalisering*.

Europarättsligt material

EU-kommissionen, Joinup, Digital-ready Policymaking (Hämtad 2022-10-06) <https://joinup.ec.europa.eu/collection/better-legislation-smoother-implementation/digital-ready-policymaking>.

Förslag till Europaparlamentet och Rådets förordning om harmoniserade regler för artificiell intelligens (Rättsakt om artificiell intelligens) och om ändring av vissa unionslagstiftningsakter, COM/2021/206 final, Bilaga III.

Rättsfall

EU-domstolen. Mål 11/70 *Internationale Handelsgesellschaft, bH v Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel* [1970] ECR 1125 [12]

EU-domstolen. Mål 120/78 *Rewe-Zentral AG v Bundesmonopolverwaltung für Branntwein (Cassis de Dijon)* [1979] ECR 649.

EU-domstolen. *Förenade målen C-293/12 och C-594/12, Digital Rights Ireland Ltd och Kärntner Landesregierung m.fl. mot Minister for Communications, Marine and Natural Resources m.fl.*

EU-domstolen. Mål C-817/19, *Ligue des droits humains mot Conseil des ministres*, Domstolens dom (stora avdelningen) av den 21 juni 2022, p. 195.

Europadomstolen. *Goodwin mot Förenade konungariket* (17488/90) den 27 mars 1996.

Europadomstolen. *S. och Marper mot Förenade konungariket* (30562/04 30566/04) den 4 december 2008.

Europadomstolen. *McDonald mot Förenade konungariket* (4241/12), 20 maj 2014.

JO-beslut

JO dnr 6744–2020.

JO 2020/21 s. 252.

Nyhetsmedia

Sveriges television. (2019). Efter robothaveriet: AF måste rätta över 15 000 felbeslut, publicerad 2019-04-02, uppdaterad 2019-05-02 (Hämtad 2022-09-05)

Sveriges television. (2019); Inspektionen för arbetslöshetsförsäkringen. Beslut 2021-04-26 (Dnr IAF 2019/90).

Rapporter

Arbetsförmedlingen. (2021). *Analysera mindre omfattande matchningstjänster. Återrapport regleringsbrev 2020.* (Dnr Af-2021/0015 9471).

Arbetsförmedlingen. (2022). *Utveckla arbetet med individuella handlingsplaner. Arbetsförmedlingens återrapportering.* (Dnr Af-2022/0028 7358).

Diskrimineringsombudsmannen (2022:1). *Transparens, träning och data – Myndigheters användning av AI och automatiserat beslutsfattande samt kunskap om risker för diskriminering.*

Esam. (ES2022-02). *Vägledning. Bedömning och utveckling av chattbotar.*

Försäkringskassan. (2016:3). *Sjukpenningärenden med förenklade läkarintyg. Rättslig kvalitetsuppföljning.*

Försäkringskassan. (2021). *Svar på regeringsuppdrag. Rapport – Redovisning av Försäkringskassans verksamhets- och it-utveckling 2020.* (Dnr FK 2020/000296).

Jämställdhetsmyndigheten (2022). *AI och jämställdhet i offentlig förvaltning* (Hämtad 2022-10-07), https://jamstalldhetsmyndigheten.se/media/ngqhxy3b/jamstalldhet_ai_sep_2022.pdf.

Myndigheten för digital förvaltning. (2019). *Myndigheters digitala mognad och it-kostnader. En enkätundersökning riktad till statliga myndigheter.* (Dnr 2019-469).

Riksrevisionen. (Rir 2020:22). *Automatiserat beslutsfattande i statsförvaltningen – effektivt, men kontroll och uppföljning brister.*

Statskontoret. (2022:8) *Metod för uppföljning av det förenklingspolitiska målet om digitalisering.*