

Algoritmer och sociala bidragssystem: två nationella skandaler

av Johan Hirschfeldt

1 Problemet

Den enskilda människan kommer i kläm, visselblåsare tystas och på sikt urholkas förtroendet för det allmänna när dåligt byggda system utan insyn och med bristande proportionalitet tillåts fatta algoritmbaserade beslut utan att andra bromsar slår till. Två exempel visar på hårresande följder för de som drabbas.

Inom EU slutförs nu arbetet med en AI-förordning. I det arbetet har stora system uppmärksamrats där många personuppgifter används av det allmänna för bl.a. bidragsgivning på det sociala området. Sådana system har ansetts höra till ett särskilt högriskområde med behov av skärpt skydd. En grundläggande fråga blir hur en rättsstatlig kontroll ska se ut?¹

Denna artikel tar upp återkravsrutiner i två sociala bidragssystem, ett australiskt och ett nederländskt. Systemen har använt algoritmer, i det ena fallet, det nederländska, dessutom med maskinell inlärning, där nya beslut vartefter tas fram med stöd av tidigare beslut som systemet genererat. Tillämpningen har medfört omfattande negativa samhällsliga konsekvenser. Man ville bekämpa kriminalitet. Skadeverkningar av systemen för mängder av resurssvaga bidragstagare, klienter eller ”kunder” blev enorma. Bemötandet av bidragstagarna präglades av tondövhet och arrogans.

Resultatet blev förutom skador för de enskilda ett stort merarbete (även för tillsynsmyndigheter, domstolar och särskilt utsedda kommissioner) och extra kostnader för det allmänna (för att försvara systemen, för att justera systemfelen och för att kompensera skadelidande). Allt ledde till sist till att systemen varefter förlorade sin legitimitet. Haverierna blev slutligen omöjliga att hantera politiskt för regering och parlament.

¹ Se Stefan Larssons kapitel i boken och Johanna Chamberlain & Jane Reichel, *Supervision of Artificial Intelligence in the EU and the Protection of Privacy*, 17 FIU L. Rev. 267 (2023) <https://dx.doi.org/10.25148/lawrev.17.2.5>

Här refereras några huvuddrag av händelserna – det nederländska fallet måste tas upp mer i detalj. De mänskliga tragedierna och de datatekniska frågorna behandlas inte närmare. Artikeln blir i stället en illustration av samhällseliga konsekvenser av bristande implementering och frånvaro av ett rättsligt perspektiv och ”good governance” vid automatisering inom en känslig sektor av offentlig förvaltning.

De här fallen är inte unika. Den amerikanska Midasfallet om automatiserade återkrav av arbetslöshetsersättning i Michigan är ytterligare ett.² Ett annat är den brittiska Post Office Scandal, där över 500 postombud krävts på betalning på grund av brister i redovisningen som felaktigt framräknats av ett datasystem utvecklat av ett världsledande dataföretag och satt i drift 1999.³ Resultaten har blivit stort mänskligt lidande och gigantiska kostnader också för det allmänna för bl.a. skadestånd. En särskild undersökningskommission med rätt att ta in dokumentation och hålla förhör under ed arbetar fortfarande med saken.⁴

Här hemma ska vi ställa stora krav på systemen, deras utformning och användning. Då kan AI medverka till effektivitet, likabehandling och rättssäkerhet eller med andra ord till stor samhällsnytta. Det kräver iakttagande av legalitetsprincipen (om att den offentliga makten utövas under lagarna) och kravet på transparens (med offentlighetsprincipen och partsinsyn för den enskilde berörde). Artikeln avslutas med att blicken lyfts mot dessa perspektiv.

2 Robodebt Scheme i Australien

2.1 Ett datasystem som beslutade om återkrav av välfärdsförmåner

I Australien infördes 2010 ett nytt system med en algoritm för att identifiera och återkräva för högt utbetalda välfärdsförmåner, Robodebt Scheme.⁵ Systemet tog in bidragstagarnas inkomstdata från två källor, dels från en myndighet för offentlig betalningsservice, Centrelink, som skött bidragsutbetalningarna, dels från skattemyndigheterna. Uppgifterna behandlades i

² Sofia Ranchordas, *Empathy in the digital administrative state*, Duke Law Review, vol 71 (2022) s. 1376.

³ *British Post Office Scandal*, https://en.wikipedia.org/wiki/British_Post_Office_Scandal.

⁴ Se postofficeinquiry.dracos.co.uk.

⁵ *Report of the Royal Commission into the Robodebt Scheme*, 7 July 2023, 1 052 pp. Rapporten finns på <https://robodebt.royalcommission.gov.au/system/files/2023-09/rrc-accessible-full-report.PDF>.

ett automatiskt verkande datasystem för hanteringen av återkrav. Uppgifterna togs in i två olika format. Centrelink registrerade uppgifter per var 14:e dag, medan skattemyndigheterna hade uppgifter på årlig basis. För varje bidragstagare omvandlades skattemyndigheternas årliga inkomstdata till ett 14-dagars medelvärde, som dock baserats på en endast begränsad serie 14-dagarsperioder. Detta medelvärde matchades i en jämförelse med Centrelinks uppgifter. Grundat på mismatchning togs återkravsbelopp i fråga om utbetalda bidrag fram. Denna genomsnittsmetod för jämförelsen hade inte stöd i lag. Den fångade heller inte upp de stora variationer över tid under hela året som många bidragstagare hade på grund av perioder av sådant som studier, olika påbörjade, avslutade eller tillfälliga anställningar eller arbetslöshet. Därmed kunde återkraven inrymma stora felaktigheter. Dessa kunde bidragstagarna vid aviseringen inte förstå och inte bemöta online. Inte heller handläggarna kunde vid förfrågan förstå eller förklara orsaken till ett återkrav. Återkraven gällde även fall för tidigare år också där den enskilde inte ens haft skyldighet att spara underlaget för beskattning. I praktiken kom systemet att bygga på att bevisbördan lades på den enskilde.

2.2 Efterverkningarna och en systemkollaps

Den australiska ombudsmannen och parlamentet gjorde utredningar men lyckades inte komma till botten av problemen. Vissa justeringar av systemet genomfördes men 2019 beslutade regeringen att alla återkrav skulle granskas på nytt. Samtidigt vann en bidragstagare ett första mål i domstol. Målet gällde en person som i olika perioder antingen hade studerat och fått studiestöd eller arbetat mot lön. Systemet hade genererat omfattande och felaktiga återkrav för flera år. Dessa hade dessutom aviserats på en inaktuell adress för personen. Återkravet var förenat med straffavgift på 10 %. Domstolen underkände statens återkrav. Skälet var att ingen fysisk beslutsfattare hade haft möjlighet att validera den skuld som systemet angivit trots att det fanns en lagbestämmelse som fordrade en sådan kontroll. Återkravet byggde nu i stället endast på ett antagande om att en persons årliga inkomst kunde uppdelas i lika stora 14-dagsbelopp och inte på ett öppet och övertygande material framställt inför en fysisk beslutsfattare.

Därefter väckte många människor en grupptalan mot staten om saken. Staten medgav denna talan och domstolen kom 2021 fram till att olagliga återkrav skett mot över 400 000 personer. Staten accepterade att avskriva sina fordringar och att betala ut ersättningar för redan inkrävda

belopp, straffavgifter, räntor och rättegångskostnader – sammanlagt med ett belopp motsvarande mer än 12 miljarder SEK.

Förhållandena kring Robodebt Scheme har väckt omfattande samhällsdebatt och kritik från media, akademiker, advokater och politiker. Sommaren 2023 lämnade en särskilt tillsatt Royal Commission en 1052-sidig rapport. Denna kommission hade tillsatts efter ett löfte av Labourpartiet, som utmanade den då sittande konservativ-liberala regeringen inför 2022 års val. Det valet resulterade i att Labourpartiet kom till makten.

Kommissionens rapport inleddes med en uttrycklig varning riktad till känsliga läsare. De som behövde hjälp hänvisades till tre särskilt upprättade stödcenters. Kommissionen slog fast att systemets konstruktörer varit omedvetna om, eller ännu värre känslolöst bortsett från det faktum att många bidragstagare varken haft möjligheter eller förmåga att kommunicera i sina ärenden genom ett online-system. Kritik riktades mot den tidigare premiärministern och andra politiskt ansvariga.

Sammanfattningsvis uttalade kommissionen:⁶

Robodebt was a crude and cruel mechanism, neither fair nor legal, and it made many people feel like criminals. In essence, people were traumatized on the off-chance they might owe money. It was a costly failure of public administration, in both human and economic terms.

Kommissionens rapport kan ses som en allvarlig varning till framtida systemkonstruktörer, tjänstemän och politiker. En huvudpunkt som togs upp är att regeringen inför beslutet inte hade följt råden från sina rättsliga experter som hade skrivit att systemet inte hade stöd i lag. Inte heller hade varningarna från medarbetare med insyn i verksamheten och kunskap om effekterna tagits på allvar. En av visselblåsarna, ms. Taylor, och hennes varningar kommenterade kommissionen så här:⁷

One of the worst aspects of the Government's response to concerns raised was its resistance to the warnings from staff who could see what was happening. - - - Ms. Taylor first began raising problems at the beginning of 2016. She saw clearly that the emperor had no clothes and did her best in a dispassionate, loyal way to warn the Secretary of the Department. She was absolutely correct in the points she made, but they were highly inconvenient, and they were never going to be received in the spirit in which they were delivered.

⁶ Report p. xxix.

⁷ Report p. 658.

Rapporten innehåller ett femtiotal rekommendationer till statsmakterna bl.a. om kravet på att automatiskt beslutsfattande förenas med rättsskydd, öppenhet och kontroll. Regeringen uppmanas att, när automatiskt beslutsfattande används, introducera ett rättsligt ramverk som innehåller tydliga vägar för att få rättelse och kunna överklaga, krav på transparens vad gäller automatiskt beslutsfattande och att göra använda algoritmer tillgängliga för att möjliggöra granskning. Regeringen bör också inrätta ett organ för att övervaka och revidera automatiskt beslutsfattande ”in respect of fairness, the avoiding of bias, and client usability”.

3 Den nederländska barnbidragsskandalen

3.1. Systemet och dess tillämpning

I Nederländerna infördes 2005 ett system med vårdtjänster som studerande och arbetande föräldrar hade rätt till.⁸ De kunde på en reglerad marknad köpa vårdtjänster i förskola eller i annan barnomsorg. Dessa tjänster är i Nederländerna jämförelsevis mycket kostsamma. Föräldrarna fick bidrag för sina kostnader beroende på familjeinkomst. Familjer med låg inkomst fick bidrag till nästan hela kostnaden.

Bidragen utbetalades i förskott till föräldrar som lämnat uppgifter om beräknad årlig inkomst. Utbetalning var att se som preliminär. Föräldrarna skulle själva betala till vårdgivaren. Vårdtiderna skulle kunna redovisas och betalningarna för vården måste kunna styrkas med bankkvitton.

Administrationn av systemet lades inte på socialtjänsten utan på skattemyndigheterna. De satte upp ett datasystem för utbetalning och kontroll av bidragen. Återkrav kunde ske till exempel om årsinkomsten faktiskt blivit en annan än den beräknade. I datasystemet fanns möjligheter att för kontroll välja ut misstänkta ärenden med stöd av en AI-baserad självlärande funktion för klassificering av risk. Systemet använde sig för sin inläring av riskklassificeringen av systemets tidigare behandlade ansökningar som sorterats som korrekta

⁸ Venice Commission, *The Netherlands opinion on the legal protection of citizens*, Report 18 October 2021, CDL-AD(2021)031, och Report of the Childcare Allowance Parliamentary Inquiry Committee “*Unprecedented injustice*”, CDL-REF(2021), se <https://www.venice.com.int> samt Report *Xenophobic machines Discrimination through unregulated use of algorithms in the Dutch childcare benefits scandal*, Amnesty International, 2021, 39 pp. Rapporten innehåller ett stort antal referenser och finns på <https://www.amnesty.org/en/documents/eur35/4686/2021/en/>

respektive felaktiga. Riskfaktorerna poängsattes med olika vikt. En av flera dussintal indikatorer för poängsättning av risk (kön, religion, levnadsomständigheter, adress etc.) var bidragstagares medborgarskap. Utländskt (=icke-nederländskt) medborgarskap var en särskild riskfaktor vid kontrollen. Ju mer ett ärende liknade ett tidigare som underkänts, ju högre riskklass fördes ärendet till. Med stöd av indikatorerna och vägning av dessa för olika situationer gjorde systemet urval av ärenden för återkrav. Det var meningen att högriskfallen också skulle granskas manuellt men någon information om varför systemet valt ut ärendet gavs inte. Återkrav skedde utan närmare utredning. Möjligheten för den enskilde att få förklaringar var begränsade.

Ett exempel om en person kan hämtas från en uppföljande medierapportering 2022:⁹ CLs liv ändrades 2012 då hon fick ett brev från skattemyndigheterna med krav på att hon skulle betala tillbaka bidrag från 2008 och framåt. Hon var studerande med tre barn under 6 år. Kravet var på mer än 100 000 euro (då motsvarande 880 000 kr). CL var född i Nederländerna med surinamesiska rötter. Kravet ledde för henne till sjukdom och separation.

År 2013 hade en storskalig brottshärva avslöjats där personer från Bulgarien på ett organiserat sätt hade rest till Nederländerna, registrerats som bosatta och sökt bidrag men sedan åkt hem och lyft beloppen i Bulgarien med avdrag för belopp som togs om hand av brottens organisatörer. Denna brottslighet ledde till skärpta insatser inom ramen för systemet.

Förskottsutbetalningarna hade alltså gjorts utan närmare prövning. Nästan alla sökande fick först bifall och pengarna utbetalda. Sedan kom en efterföljande kontroll där årsinkomster avstämades etc. I bidragslagen fanns fram till 2021 en bestämmelse om att hela det utbetalda bidragsbeloppet måste återbetalas om kontrollen visade brister i fråga om ett enda delbelopp. Bestämmelsen förstods i myndigheternas praktiska tillämpning som en ”allt eller intet”-regel om bidragsfusk. Bestämmelsen tillämpades även i fall av god tro och till exempel redan där tidsredovisningen hade någon mindre brist. Den tillämpades på 15 % av föräldrarna och de omfattande återkraven kunde gälla hela fem år. Några ansvarsfrihetsgrunder i lagen fanns inte och någon proportionalitetsbedömning gjordes inte.

Denna ordning underkändes av en domstol på lägre nivå. Domen överklagades av skattemyndigheterna som vann målet i landets högsta administrativa domstol. Den domstolen

⁹ Melissa Heikkilä, *AI:Decoded: A Dutch algorithm scandal serves a warning to Europe*, Politico 29 mars 2022.

ansåg inte att den i förvaltningsrättsliga mål annars gällande principen om proportionalitet skulle tillämpas här. Den hårda tillämpningen fortsatte.

Skattemyndigheterna hade centraliserat sin kontroll. Detta försvårade för de enskilda att få förklaringar. Klagomål och frågor besvarades inte av handläggarna utan kunde i praktiken bara framföras till ett call-center. Så småningom försvann även den möjligheten.

Det var förstås viktigt att effektivt bekämpa och begränsa den brottslighet som faktiskt hade upptäckts och som kostade samhället stora belopp. Därför beslutade skattemyndigheterna nu om en mycket bred strategi med generella återkrav i ärendena. Dessa kom att ske rutinmässigt utifrån ett rent grupp tänkande: ”80 % av ansökningarna är fel och 20 % är rätt”.¹⁰ Den holländska ombudsmannen kritiserade 2017 denna behandling i 232 ärenden. Där rekommenderade ombudsmannen återbetalning till föräldrarna, som felaktigt stämplats för bedrägeri och utsatts för indraget stöd och diskriminering. Återbetalning genomfördes dock inte. Myndigheterna undanhöll information och parlamentet fick först efter särskilda påstötningar information om bristerna. Först 2019 ändrade den högsta administrativa domstolen sin egen tidigare tolkning till en ny tolkning med stöd av de viktiga principerna om god förvaltning och proportionalitet.

Datainspektionen slog 2020 i en utredning fast att skattemyndigheternas riskvärderingssystem baserat på AI-tillämpning bröt mot GDPR och var diskriminerande på grundval av användningen av nationalitetskriteriet.

Mellan 2012 och 2019 hade myndigheterna med stöd av systemet bedömt att 25 000 – 35 000 personer fuskat i form av uppsåtligt eller grovt oaktsamt bedrägeri. Denna bedömning ansågs sedan i en parlamentarisk undersökningsrapport vara ohållbar i 94 % av fallen. Rapporten orsakade regeringen Ruttes avgång under pandemin i januari 2021. Vid en presskonferens sade Rutte att misstag hade gjorts på alla nivåer och att det lett till stora orättvisor för tusentals familjer. Oskyldiga människor hade setts som kriminella och deras liv hade förstörts. Myndigheterna hade blivit sitt folks fiende. Denna regering hade nu tagit fullt ansvar.¹¹

¹⁰ Venice Commission, a.a. p. 19.

¹¹ Jon Henley, *Dutch Government over Child Benefit Scandal*, Guardian 14 januari 2021 och *Dutch Government Resigns over Child Benefits Scandal*, Guardian 15 januari 2021, Thomas Erdbrink, *Government in Netherlands resigns after benefit scandal*, The New York Times, 15 January 2021 och Sanne Berends, *European Social Policy Network, Dutch child benefit scandal: origin and latest developments*, ESPN Flash Report 2021/51.

3.2 Fortsatt granskning av det nederländska fallet

Venedigkommissionen är ett granskningsorgan inom Europarådet med nationellt utsedda professorer och domare och andra experter som utarbetar och offentliggör rapporter om konstitutionella och andra offentlighetsrättsliga frågor avseende lagstiftning och rättstillämpning i medlemsstaterna. Rapporterna kan, när det gäller lagstiftningsfrågor ha likheter med våra rådgivande lagrådsyttrande. Med rapporterna utvecklas en sorts allmän europeiska standarder. Inte minst utgör Europadomstolens enskilda avgöranden om fri- och rättighetsfrågor en viktig utgångspunkt i detta arbete.¹²

Venedigkommissionen yttrade sig om det nederländska fallet.¹³ Bakgrunden var en begäran om detta från det nederländska parlamentet. Kommissionen skrev först om det legitima i att bekämpa bedrägeribrottslighet. Den gjorde därefter en omfattande kritisk granskning av fallet utifrån sitt konstitutionella och rättsliga perspektiv. Här refereras några partier med rättsliga synpunkter på AI-tillämpningen som jag tycker är särskilt viktiga.

Venedigkommissionen tog upp riskklassificeringsmodellen där de sökandes nationalitet hade använts som ett kriterium för urvalet av personer som skulle utredas, utan någon ytterligare indikation på att de hade begått bedrägeri. Detta var ett brott mot tillämplig lagstiftning, inklusive art. 22 i EU:s allmänna dataskyddsförordning (GDPR). Kommissionen erinrade också om Europakonventionens allmänt förbud mot diskriminering när det gäller att "utnyttja alla rättigheter som fastställs i lag" eller att diskrimineras av "en offentlig myndighet".¹⁴ Detta diskrimineringsförbud omfattade även sådana situationer där myndigheterna agerat skönsmässiga eller utan avsikt diskriminerat indirekt. Av EU-rätten följde att där EU eller medlemsstaten tillät exklusiv användning av en algoritm för att grunda beslut måste lämpliga åtgärder vidtas för att skydda den berörda personens rättigheter och friheter samt legitima intressen. Inga beslut som fattats med exklusiv användning av en algoritm fick baseras på "känsliga" personuppgifter (= data som avslöjar ras eller etniskt ursprung, politiska åsikter, religiös eller filosofisk övertygelse eller medlemskap i fackförening, såväl som genetiska, biometriska, hälsodata eller uppgifter som rörde någons liv eller sexuell läggning). – I det

¹² Iain Cameron och Johan Hirschfeldt, *Om Venedigkommissionen – uppdrag, arbetssätt och resultat*, Svensk Juristtidning 100 år, s. 403 ff.

¹³ *The Netherlands opinion on the legal protection of citizens*, adopted by the Venice Commission, CDL-AD (2021)031. Rapporten är tillgänglig på adressen www.venice.coe.int

¹⁴ Art. 1 i prot. nr 12.

nederländska fallet fick användningen av nationalitet som möjligt kriterium för att identifiera bedrägerier anses falla under förbudet där diskriminerande metoder systematiserats genom algoritmer.

Kommissionen kommenterade också utvecklingen mot självlärande AI-system och menar att det kunde bli näst intill omöjligt att upptäcka partiskhet och osaklighet (= bias) i sådana sofistikerade system, eftersom de matades med stora mängder träningsdata och det blev mycket svårare att identifiera vilka kriterier som då användes.

Kommissionen tog också upp frågor om svagheter i lagstiftningsprocessen och i den parlamentariska kontrollen av den verkställande makten (regeringen med dess i Nederländerna nära anknutna myndigheter). Vidare behandlades förvaltningsförfarandet med den stelbenta tolkningen av rättsliga bestämmelser samt den bristande transparensen inom och från skattemyndigheterna i förhållande till regeringen och andra myndigheter. Visselblåsares varningar från verkstadsgolvet hade ignorerats. Det noterades hur klagomöjligheterna för de enskilda var krångliga och formella.

Slutligen behandlades domstolarnas roll. I den generella förvaltningslagstiftningen i Nederländerna är proportionalitetsprincipen uttryckligen inskriven. Den är också en viktig rättsprincip i både EU-rätten och Europakonventionen. I Nederländerna hade den högsta administrativa domstolen dock gått emot underinstansernas bedömning och ansåg att principen inte var tillämplig när det gällde den specifika lagstiftningen om bidragen. Denna tolkning upprätthölls sedan också inom domstolsväsendet under åren 2012–2019. Till sist var det samma högsta domstol som bröt sin egen tidigare praxis. Det skedde vid prövningen av ett enskilt fall där domstolen ändrade sig i fråga om ”allt eller intet”-regelns tillämplighet.

Domstolen noterade där att:

... due to the large number of similar cases that have been submitted to the Division over the years, the seriousness and extent of the financial consequences of the case law as described above have become apparent in several cases. It has not become apparent to the Division during this period that such consequences have diminished in severity or extent. This case is therefore not an isolated one.

Så domstolen krävde nu att den allmänna proportionalitetsregeln skulle tillämpas, de olika intressena skulle vägas mot varandra och konsekvenserna av ett beslut inte fick bli oproportionella i förhållande till ändamålet med beslutet.

Numera avlämnar EU årligen en Rule of law report med underavsnitt om varje medlemsland. Av 2023 års rapport framgår att en parlamentarisk kommission har tillsatts i Nederländerna som ska behandla flera användningar av diskriminerande riskklassificeringssystem och rapportera sina resultat i januari 2024.

4. Avslutning

Vad som hände i de båda fallen visar på vikten av hög kvalitet i både lagstiftning och systemutformning.¹⁵ Därför avslutas artikeln med några principiella tankar om det nödvändiga sammanhanget mellan rättsordningen och beslutssystem med algoritmer.¹⁶

Lagstiftning ska vara förutsebar och måste därför vara transparent.¹⁷ Den ska för att vara rättsligt acceptabel i varje led följa reglerna i en bestämd hierarki (grundlag, lag, förordning, myndighetsföreskrifter). Stämmer inte en underordnad regel med en överordnad får den inte användas när ett ärende prövas. I sin rättstillämpning i de enskilda ärendena ska domstolar och förvaltning svara för den kontrollen. Det görs ytterst genom s.k. lagprövning.¹⁸

Ett datasystem ska processa de enskilda fallen. Resultatet ska bli beslutsförslag som ska prövas av en fysisk handläggare eller som faller ut som beslut med automatik. Också i denna process måste alla led i kedjan vara rättsenliga. När en beslutsprocess som ytterst ska följa lagstiftningens krav byggs upp för att vara mer eller mindre automatiserad i tillämpningen måste rättsreglerna först översättas till dataprogram.

Den tekniska utformningen av ett system ska alltså svara mot de rättsliga krav som lagstiftningen ställt upp för rättstillämpningen i just de enskilda ärendena med beslut som sedan följer. Det handlar ju här om offentlig makt och den ska enligt den allra första

¹⁵ Se Cecilia Magnusson Sjöbergs kapitel I boken.

¹⁶ Se betänkandet *Juridik som stöd för förvaltningens digitalisering* (SOU 2018:25), särskilt 7–9 kap. De rättsliga frågorna på området behandlas i bl.a. två samlingsvolym: *Law in the Era of Artificial Intelligence*, Nordic Yearbook of Law and informatics 2020–2021, 2022 och *Law, AI and digitalisation*, de lege, Juridiska fakulteten i Uppsala, 2022. Se även Markku Suksis arbeten, bl.a. *Digitalisering av myndighetsverksamhet genom automatiserat beslutsfattande och AI: bakgrund, gränsdragningar och regleringsförsök*, nov. 2022, Sphinx, s. 117 ff. (open access).

¹⁷ Se Jacob Dexes och Karim Jebaris kapitel i boken.

¹⁸ 11 kap. 14 § och 12 kap. 10 § regeringsformen.

paragrafen i vår grundlag utövas under lagarna (legalitetsprincipen).¹⁹ Så även systemutformningen och tillämpningen ska förstås stämma med de aktuella rättsreglerna och också vara förenlig med grundläggande fri- och rättigheter och förvaltningslagen.²⁰

Besluten ska inte bara grundas på reglerna. De ska också kunna förstås av mottagaren. Därför finns kravet att ange skäl för besluten, motiveringsplikten (32 § förvaltningslagen).

Tillämpning ska också följa vissa allmänna principer om saklighet och proportionalitet (5 § förvaltningslagen). Med proportionalitetskravet menas att en myndighets åtgärd ska kunna antas leda till det avsedda resultatet. Åtgärden får aldrig vara mer långtgående än vad som behövs. Den får vidtas endast om det avsedda resultatet står i rimligt förhållande till de olägenheter som kan antas uppstå för den som åtgärden riktas mot. Här talar man också om att det kan behöva göras en skälighetsbedömning av om ett beslutsutfall är rimligt innan beslutet fattas.

Vid tillämpningen i enskilda fall krävs också öppenhet inför både den enskilda parten (s.k. kommunikation eller partsinsyn, 25 § förvaltningslagen) och de ansvariga myndigheterna. Det handlar om fair trial eller rättvis behandling.

Men att detta inte räcker framgår tydligt av fallen från Australien och Nederländerna. Det måste också sättas upp allmänna krav på insyn och kontroll.

Maskininlärning kan användas med poängsättning av olika faktorer som funnits med i tidigare registrerade beslut. Om de besluten varit materiellt felaktiga riskerar poängsättningen att leda till att felen aggregeras i nya beslut. För att undvika att systemanvändningen då går över styr kan det fordras utrymme för proportionalitetsbedömningar i de enskilda fallen. Det fordrar i sin tur kvalificerade handläggare och visselblåsares varningar måste behandlas seriöst. Det får inte bli så att vi tappar förmågan att förstå vad som hänt.

Utan insyn kan domstolar och myndigheter inte svara på frågan om systemet är byggt enligt lagens krav (= de generella reglerna) så att helt eller delvis automatiserad tillämpning i de enskilda fallen är rättsenlig och detta kan kontrolleras. De beslut som faller ut vid

¹⁹ 1 kap. 1 § tredje stycket regeringsformen.

²⁰ *The Impact of Artificial Intelligence on Human Rights, Democracy and the Rule of Law*, report by Cateljine Muller, Ad Hoc Committee on Artificial Intelligence (CAHAJ), Council of Europe, CAHAJ (2020)06-fin.

tillämpningen måste kunna förstås av myndighetens handläggare. Besluten ska ju kunna motiveras eller förklaras. De måste också kunna vara begripliga för de enskilda berörda så att de ska kunna tillvarata sin rätt genom begäran om omprövning eller överklagande.

Detta kräver transparens också i förhållande till de företag som bygger och driver systemen på uppdrag av myndigheter även om företagshemligheter även måste respekteras. Systemen måste kunna synas av beställare, överinstanser, revisionsorgan och tillsynsmyndigheter. Motsvarande krav kan ställas också av media och allmänhet som här kan stödja sig på den grundlagsskyddade offentlighetsprincipen.²¹ I det nederländska fallet undanhölls till och med parlamentet länge avgörande information och insyn. Sådana brister riskerar ytterst att leda till undergrävt förtroende för institutionerna och för demokratin.

Intentionerna bakom och utfallet av beslutsystem grundade på algoritmer kan vara mycket goda. Kanske kan datasystem i den bästa av världar fatta rättvisare beslut än tjänstemän. Men frågan måste också ställas: Är det tekniskt och administrativt möjligt att bygga in förutsättningar för detta inom rättsordningens gränser? Kan inte full insyn garanteras så brister kontroll och rättssäkerhet.

Så slutsatsen blir en allvarlig varning: Haverier av detta slag kan få omfattande sociala, rättsliga, ekonomiska och politiska konsekvenser för människor och samhällsinstitutioner och det ända upp till regering och parlament. En uppmaning att se upp och ta ansvar för utvecklingen måste riktas till alla de som hos företag och myndigheter arbetar med systemens utformning och drift, handläggning och beslutsfattande. Ytterst ligger ansvaret hos våra politiker.

²¹ 2 kap. tryckfrihetsförordningen.