

This is an electronic reprint of the original article. This reprint may differ from the original in pagination and typographic detail.

Rättsstatlighet, god förvaltning och ämbetsansvar vid automatiserat beslutsfattande

Suksi, Markku

Published in:
Tidskrift, utgiven av Juridiska Föreningen i Finland

Publicerad: 01/01/2019

Document Version
Förhandsversion, även kallad pre-print

Document License
Publisher rights policy

[Link to publication](#)

Please cite the original version:
Suksi, M. (2019). Rättsstatlighet, god förvaltning och ämbetsansvar vid automatiserat beslutsfattande. *Tidskrift, utgiven av Juridiska Föreningen i Finland*, 155(5-6), 267–302. <http://urn.fi/URN:NBN:fi-fe2020100882301>

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

ARTIKLAR

Referegranskad artikel

*Professor Markku Suksi, Åbo Akademi***Rättsstatlighet, god förvaltning och ämbetsansvar vid automatiserat beslutsfattande**

1 Inledning

Användningen av automatiserat beslutsfattande (härefter: ABF), ibland benämnd algoritmskt beslutsfattande, är stadd i ökning inte enbart inom den privata sektorn (banker, försäkringsbolag, etc.), utan även inom den offentliga sektorn, där olika beslutsprocesser vid myndigheter kan lämpa sig för sådant beslutsfattande. När ABF används inom den offentliga förvaltningen är målsättningen att producera beslut genom utövning av offentlig makt, med stöd av materiell lag på ett sätt som definierar en enskild tillkommande fördel, rättighet eller skyldighet. Det man i synnerhet önskar åstadkomma är beslutsfattande utan dröjsmål inom sådana förvaltningsområden där så kallade massbeslut fattas (skatter, sociala förmåner, etc.) och där ABF kan användas för att uträtta okomplicerade ärenden.¹

Lagstiftningen innehåller i själva verket bestämmelser som understryker behovet av raskt beslutsfattande: enligt 21 § 1 mom. i grundlagen (731/1999) har var och en har rätt att på behörigt sätt och utan ogrundat dröjsmål få sin sak behandlad av en myndighet som är behörig enligt lag. Denna bestämmelse upprepas i 23 § 1 mom. i förvaltningslagen (434/2003), enligt vilket ett ärende ska behandlas utan ogrundat dröjsmål och förstärks genom bestämmelsen i 14 § 1 mom. i statstjänstemannalagen (750/1994) om att en tjänsteman ska utföra sina uppgifter på behörigt sätt och utan dröjsmål.² Automatisering av beslutsfattandet kan användas för att minimera den tid som det tar att producera ett beslut så att beslutet faktiskt fattas utan dröjsmål, men då förutsätts att den mänskliga beslutsfattaren plockas bort ur beslutssituationen.

¹ Grundlagsutskottet har i flera sammanhang (GrUU 49/2017 rd och GrUU 35/2005 rd) konstaterat, med hänsyn till 21 § och kravet på att offentlig maktutövning ska grunda sig på lag, att man inte ens i en masshantering får äventyra kraven på god förvaltning eller parternas rättssäkerhet.

² En motsvarande bestämmelse för kommunala tjänstemän ingår i 17 § 1 mom. i lagen om kommunala tjänsteinnehavare (304/2003).

Samtidigt gäller för ABF endast få innehålls- eller förfarandemässiga krav. På europeisk nivå skapar artikel 22 i allmänna dataskyddsförordningen³ en rätt för individen att inte bli föremål för ABF så länge som ABF-förfarandet inom myndighetsverksamheten inte är reglerat i nationell eller europeisk lag på ett sätt som gör ABF-beslutsfattandet obligatoriskt för individen.⁴ Därtill skapar artiklarna 13.2 f, 14.2 g och 15.1 h i allmänna dataskyddsförordningen en rätt för individen att känna till logiken hos ABF. Regleringen i allmänna dataskyddsförordningen är emellertid relativt snäv genom dess fokusering på dataskydd: även om EU-reglerna om ABF är viktiga, lämnar den regleringen stora delar av ABF-processer för reglering i annan lagstiftning, främst på den nationella nivån.⁵ Nationella ABF-regler varierar sedan från icke-existerande regler till väldigt generella regler och därifrån vidare till vissa specifika regler om särskilda ABF-system. Till exempel i Sverige innehåller förvaltningslagen (2017:900) en mycket öppen bestämmelse i 28 § 1 mom., enligt vilket ett beslut kan fattas av en befattningshavare ensam eller av flera gemensamt eller automatiserat.⁶ För Finlands del verkar det som om de gamla förfarande-

³ Europaparlamentets och Rådets förordning (EU) 2016/679 av den 27 april 2016 om skydd för fysiska personer med avseende på behandling av personuppgifter och om det fria flödet av sådana uppgifter och om upphävande av direktiv 95/46/EG (allmän dataskyddsförordning).

⁴ Enligt artikel 70.1 f i allmänna dataskyddsförordningen kan Europeiska dataskyddsstyrelsen ”utfärda riktlinjer, rekommendationer och bästa praxis i enlighet med led e i denna punkt för att närmare ange kriterierna och villkoren för profileringsbaserade beslut enligt artikel 22.2.”. Se härom Riktlinjer om automatiserat individuellt beslutsfattande och profilering enligt förordning (EU) 2016/679 av den 3 oktober 2017, WP251rev.01 <https://ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detail.cfm?item_id=612053>, besökt 6.1.2020.

⁵ Såsom riksdagens grundlagsutskott konstaterar i sitt utlåtande GrUU 7/2019 rd, ”[e]nskilda förslag till bestämmelser av det nu aktuella slaget som rör det handlingsutrymme dataskyddsförordningen tillåter kan inte åsidosätta de krav som grundlagen ställer upp för inskränkning av grundläggande fri- och rättigheter och för ansvar vid utövning av offentlig makt. Grundlagsutskottet betonar att bestämmelserna i den dataskyddsförordning som utarbetats med tanke på skyddet för personuppgifter inte utgör en tillräcklig grund för automatiserat beslutsfattande med avseende på principerna för god förvaltning och rättsskyddet inom förvaltningen.” Utanför dataskyddsförordningens område finns således fortfarande ett stort område av ABF-relaterade fenomen som bör regleras genom förvaltningsrättslig lagstiftning.

⁶ De problemställningar som tas upp i denna artikel från ett finländskt perspektiv uppvisar varierande svar i en internationell jämförelse beroende på vilken stat det är fråga om. Den svenska regeringsformen innehåller inga bestämmelser om ämbetsansvar som skulle kunna utgöra en begränsning i stil med 118 § i grundlagen för överföring av beslutsfunktioner från mänskliga beslutsfattare till ABF, och där verkar inte heller rättsstatsprincipen eller de rättsprinciper som inverkar på förvaltningens verksamhet ha föranlett några större betänkligheter vid utvecklandet av ABF. Se Markku Suksi, *Automatiserat beslutsfattande enligt den svenska förvaltningslagen*. JFT 6/2018, s. 463–472 (Suksi 2018b). Situationen är en annan i t.ex. Frankrike, som riksdagens justitiekansler kommenterar i avsnittet ”Artificiell intelligens kräver mänsklig kontroll” i sin berättelse för år 2018. Se Tuomas Pöysti, *Ett begripligt språk utgör grunden för delaktighet*, s. 12–18 i Justitiekanslers berättelse för 2018. Justitiekanslersämbetet 2019: ”T.ex. i Frankrike har grundlagsrådet förutsatt att man ska se till att tjänsteansvaret kan realiseras och principerna för god förvaltning tillgodoses i samband med det automatiska beslutsfattandet. Detta betyder bl.a. att ett beslut

bestämmelserna, som skapats för en mänsklig beslutsfattare, skulle gälla, med tillägg som gäller med stöd av lagen om elektronisk kommunikation i myndigheternas verksamhet (13/2003) om till exempel möjligheten att underteckna beslut elektroniskt, men den finländska lagstiftningen verkar inte innehålla några innehållsmässiga regler om automatiserat beslutsfattande.

En central frågeställning inom förvaltningsrätten är hur man genomgående ska upprätthålla lagbundenhetsprincipen när myndigheterna fattar beslut genom automatiserade förfaranden: finns det tekniska lösningar på dimensionen ”regelbaserat ABF – maskininlärningsbaserat ABF” som borde uteslutas från de alternativ som existerar för skapandet av mjukvaran? I dagens läge är det svårt att veta vad som äger rum inom åtminstone vissa ABF-system med tanke på kraven på god förvaltning. Den rätt att känna till logiken hos ett ABF-system som allmänna dataskyddsförordningen föreskriver är givetvis viktig (även om vi ännu inte känner till omfattningen av begreppet ”logik” i dataskyddsförordningen), men huruvida det är fråga om en allmän förklaring av ABF-systemet eller om man förutsätter fullständig offentlighet för algoritmen och koden på det sätt som offentlighetsprincipen i 12 § 2 mom. i grundlagen avser är oklart.⁷

En annan central frågeställning uppkommer på grund av att användningen av ABF åsidosätter en större del av de förfarandebestämmelser som lagstiftningen skapar för sådant beslutsfattande där beslutsfattaren är en människa. Beslutet att ta i bruk ABF, vilket ofta tas av en myndighet genom ett internt beslut utan stöd av lag, åsidosätter lagstiftning som är avsedd att stärka principen om god förvaltning, vilken

och dess motivering alltid ska delges parten och besvärsorganet på ett naturligt och begripligt språk. Grundlagsrådet förhåller sig dessutom mycket kritiskt till användningen av självkorrigering algoritmer i beslutsfattandet inom förvaltningen. Enligt grundlagsrådet får program som bygger på artificiell intelligens inte användas inom den offentliga förvaltningen om programmen inte kan kontrolleras och om programmets funktionsprinciper och grunderna för besluten inte kan översättas till ett naturligt språk.” Angående den tämligen långtgående digitaliserings- och ABF-utvecklingen i Danmark, se Hanne Marie Motzfeldt – Azad Taheri Abkenar, Digital forvaltning – udvikling af sagsbehandlende løsninger. DJOEF-forlag, 2019. Den norska ABF-utvecklingen analyseras från det juridiska och det ”empiriska” fakta-underlagets perspektiv i Dag Wiese Schartum, From Facts to Decision-Data: About the Factual Basis of Automated Individual Decisions, s. 379–400 i verket Peter Wahlgren (ed.), 50 Years of Law and IT. The Swedish Law and Informatics Research Institute 1968–2018. Scandinavian Studies in Law, Volume 65. Stockholm Institute for Scandinavian Law 2018. För ett offentlighetsperspektiv från framför allt ett norskt håll, se Ragna Aarli, Public access to digital documents, s. 319–339 i Anna-Sara Lind – Jane Reichel – Inger Österdahl (eds), Transparency in the Future – Swedish Openness 250 Years. Ragulka Press 2017.

⁷ Enligt Europeiska dataskyddsstyrelsens riktlinjer om automatiserat individuellt beslutsfattande och profilering enligt förordning (EU) 2016/679 av den 3 oktober 2017, WP251rev.01, s. 26, konstateras att den personuppgiftsansvarige ska ”lämna meningsfull information om logiken bakom behandlingen, inte nödvändigtvis en komplex förklaring av de algoritmer som används eller att lämna ut den fullständiga algoritmen”, dock så att den information som tillhandahålls är ”tillräckligt täckande för att den registrerade ska förstå skälen till beslutet”.

nämns i 21 § 2 mom. i grundlagen, under antagandet att beslutsfattaren är en människa.⁸ Det interna myndighetsbeslutet att ta i bruk ABF antar därmed nästan lagstiftande karaktär. Samtidigt finns i gällande lag endast ett fåtal regler som förutsätter något av ABF med avseende på god förvaltning. Det är nämligen möjligt att konstatera att vissa mekanismer för preventivt rättsskydd som förutsätts i 21 § i grundlagen och som etableras genom förvaltningslagens bestämmelser åsidosätts genom ibruktagandet av ABF, vilket naturligtvis försvagar rättsskyddet inom förvaltningsverksamheten. Vilken är således konsekvensen av användningen av ABF inom förvaltningsförfarande?

Användningen av ABF har dock inte endast verkningar på delar av preventivt rättsskydd vid administrativt beslutsfattande, utan försvagar även det repressiva rättsskyddet, dvs. rättsliga garantier som infaller efter att beslutet fattats genom ABF. Som exempel kan framföras det straffrättsliga och skadeståndsrättsliga ansvar för tjänsteinnehavare beträffande beslut genom vilka offentlig makt utövas, såsom dylika ansvarsformer etableras i 118 § i grundlagen om ansvar för ämbetsåtgärder: bestämmelsen förlorar sin målgrupp till den del en myndighet tar i bruk ett ABF-system. Vilken verkan har ibruktagandet av ABF på tjänsteinnehavares tjänsteansvar? Samtidigt som problem och brister av detta slag uppkommer i anslutning till ibruktagandet av ABF, uppstår frågan om vad det är för regler som med utgångspunkt i 21 § i grundlagen borde existera i fråga om ABF som ersätter de rättsskyddsmekanismer som bortfaller. Vad är det för regler som borde ingå i lag eller lagstiftning för att kompensera de brister i rättsskydd som uppkommer i ABF-miljöer?

En ytterligare fråga som egentligen lägger grunden för all utövning av offentlig makt även när det sker genom användning av ABF är kopplingen till principen om förvaltningens lagbundenhet enligt 2 § 3 mom. i grundlagen, men hur ska man bedöma en situation där myndigheten tar i bruk ABF endast genom ett internt myndighetsbeslut, utan stöd av lag? En rättsfilosofisk eller samhällsfilosofisk

⁸ Begreppet god förvaltning definieras här utifrån 21 § i grundlagen såsom en samling olika förfarande-rättigheter som åtminstone inkluderar rätten till saklig behandling, rätten till behandling av ärende utan oskäligt dröjsmål, rätten att få sin sak prövad vid behörig myndighet, rätten att bli hörd, rätten att få ett motiverat beslut och rätten till ändringsökande samt offentligheten hos behandlingen av ett förvaltnings-ärende. Till god förvaltning hör också en del andra garantier, inklusive deltaganderättigheter samt en räckra principer, däribland service- och rådgivningsprinciperna, principen om opartisk behandling, objektivitets-principen och olika tjänstemannaetiska hänsyn. Se Olli Mäenpää, Hallinto-oikeus. Alma Talent 2018, s. 90–92. Se även Heikki Kulla, Förvaltningsförfarandets grunder. Talentum Media 2014, s. 100, som framför att grunderna för god förvaltning bestäms i förvaltningslagen och inkluderar de allmänna förvaltningsrättsliga principerna. En rätt till god förvaltning är en del av EU:s förvaltningsrätt genom artikel 41 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna, som föreskriver att var och en har rätt att få sina angelägenheter behandlade opartiskt, rättvist och inom skäligen tid av unionens institutioner, organ och byråer. Enligt andra stycket innefattar god förvaltning rätten att bli hörd, partsoffentlighet och motiverings skyldighet.

dimension av frågan är när rättsstatligheten i betydelsen *rule of law* övergår i algoritmstyre, i *rule of algorithm*,⁹ dvs. när utgörs grunden för maktutövningen inte mera av lag utan av en eller flera algoritmer?

Utvecklingen av artificiell intelligens (AI) antas kunna ta flera olika riktningar, vilket olika AI-experter påtalat, däribland Max Tegmark,¹⁰ som reflekterat över möjligheten att utveckla artificiell generell intelligens (AGI) och därtill även artificiell superintelligens, som – om den alls förverkligas (och i så fall kanske först efter några generationer) – överträffar den mänskliga intelligensen och åsidosätter den. Man kan till exempel utifrån hans teorier ställa frågan om när utvecklingen av AI övergår i AI-styre: Kommer individen och framför allt staten (det allmänna) att bara frivilligt och obemärkt överlåta samhällsmakten åt AI? Tegmark förefaller tänka att utvecklingen är nästan oundviklig,¹¹ men det är i dagens läge svårt att tänka sig att staten frivilligt och utan att åtminstone försöka bjuda på motstånd mot denna utveckling skulle godkänna en sådan övergång från *rule of law* till *rule of algorithm* som Tegmark verkar förutspå (även om han inte gör det med hjälp av dessa uttryck). När och hur bör staten och framför allt lagstiftaren försvara den offentliga maktens ställning som den legitima samhällsmakten? Bör staten/lagstiftaren vidta åtgärder redan nu för att åtminstone försöka stävja utvecklingen?

2 Utvecklingen av ett regelverk tar sin början

Den rättsliga utvecklingen kring allmän reglering av ABF har startat med besked under 2019. I början av året, den 14 februari 2019, gav riksdagens grundlagsutskott

⁹ För en illustration av paradigmatiska förändringar i samhällsmakten från *rule of king* via *rule of law* till *rule of algorithm*, se Markku Suksi, On the Openness of the Digital Society: from Religion via Language to Algorithm as the Basis for the Exercise of Public Powers, s. 289–294 i verket Anna Sara Lind – Jane Reichel – Inger Österdahl (eds), Transparency in the future – Swedish openness 250 years. Ragulka Press 2017.

¹⁰ Max Tegmark, Liv 3.0 – att vara människa i den artificiella intelligensens tid. Volante 2017.

¹¹ Tegmark utvecklar en tanke om av människan skapat globalt totalitärt styre som nästan enda alternativet till att förhindra att superintelligens tar över all makt i samhället. Se Tegmark 2017, s. 257–259. Tegmark anser att sådant totalitärt styre är ett lika dåligt alternativ som en hel del scenarier för superintelligensens uppkomst och anser att man bör sträva efter att utveckla en AI som är säker för mänskligheten. Se Tegmark 2017, s. 179–205, 217–269, 346–372. Man kan således dra slutsatsen att, på samma sätt som totalitärt styre, skulle superintelligent AI ha problem med att förverkliga den demokratiska förankringen till individerna och följa *rule of law*, eftersom ett samhälle styrt av AI skulle vara baserat på *rule of algorithm*. Möjligtvis borde sådan superintelligens programmeras från början med lämpliga etiska utgångspunkter för hanteringen av mänskligheten, t.ex. Rawls principer om ett rättvist samhälle med dess två grundläggande principer i ursprungspositionen, likställdhet och lika möjligheter.

sitt utlåtande GrUU 62/2018 rd till förvaltningsutskottet med anledning av regeringens proposition RP 224/2018 rd om behandling av personuppgifter i migrationsförvaltningen och till vissa lagar som har samband med den. Grundlagsutskottet påpekade för statsrådet att automatiserat beslutsfattande förefaller inkludera ett flertal frågor som inte har reglerats i de allmänna lagarna för förvaltningen. Av den orsaken ansåg utskottet att det finns skäl att utreda det som inte för närvarande regleras i den allmänna förvaltningsrättsliga lagstiftningen och dryfta behovet av en översyn av den allmänna lagstiftningen på området. Genom detta utlåtande gav utskottet justitieministeriet ett uppdrag att undersöka hur regleringen av automatiserat förvaltningsförfarande och beslutsfattande uppfyller de krav som följer av förvaltningens lagbundenhet, offentlighetsprincipen och rättsprinciperna för förvaltningen, som ligger till grund för en god förvaltning, samt hur rättstryggheten tillgodoses och tjänstemännens ansvar förverkligas. Utskottet ansåg att lagförslaget kan behandlas i vanlig lagstiftningsordning, men bara om utskottets konstitutionella anmärkningar till bland annat bestämmelsen om automatiserat beslutsfattande beaktas på behörigt sätt, vilket betyder att utskottet förutsatte innehållsmässiga förändringar i bestämmelsen om ABF.

Grundlagsutskottet kopplade sitt uttalande till vissa huvudprinciper och ansåg att ”grundlagens bestämmelser om förvaltningens lagbundenhetsprincip samt statens och tjänstemännens ansvar ger uttryck för principen om tjänstemannaförvaltning (GrUU 19/1985 rd, s. 3/II)”. Utskottet tog sats från några tidigare utlåtanden (GrUU 26/2017 rd, s. 50, GrUU 33/2004 rd, s. 7/II, GrUU 46/2002 rd, s. 9) när det konstaterade att utskottet har i sin tolkningspraxis ”ansett att det för att kraven på rätts-säkerhet och god förvaltning ska anses vara uppfyllda bland annat förutsatts att ärendena behandlas i enlighet med de allmänna förvaltningslagarna och att de som behandlar ärendena handlar under tjänsteansvar”. Dessa konstateranden understryker intrycket av att den gällande lagstiftningen inom allmän förvaltningsrätt är skapad utifrån premissen att avgörandet av ett enskilt förvaltningsärende ligger hos mänskliga beslutsfattare som bär ansvar för varje enskilt förvaltningsbeslut. Det här är utgångspunkten till exempel i 91 § i kommunallagen (410/2015) om delegering, som gör det möjligt för fullmäktige att delegera beslutsmakt till andra kommunala organ, förtroendevalda eller tjänsteinnehavare, men som inte förutsätter beslutsfattande genom ABF.¹² Även om förvaltningslagen kunde, åtminstone i teorin, anses vara

¹² För det fall att kommuner önskar ta i bruk ABF i sitt beslutsfattande borde kommunallagen sannolikt förses med en bestämmelse som möjliggör beslutsfattande utan mänskliga inslag. Det är möjligt att en allmän kommunalrättslig bestämmelse inte räcker till för alla de beslutssituationer som förekommer i kommuner, utan att bestämmelser om ABF också bör ingå i den materiella lagstiftning som ingår i

teknologineutral, är den underliggande utgångspunkten också där den, att offentlig makt utövas av en fysisk person, oftast en tjänsteinnehavare. Detta framgår bland annat av avgörandet som riksdagens biträdande justitieombudsman gav beträffande Skatteförvaltningens påminnelsebrev och beskattningsbeslut enligt prövning, som i många fall sker genom ABF: förvaltningslagens bestämmelser innehåller inga regler om automatiserad handläggning och beslutsfattande i förvaltningsärenden, utan i stället baserar sig förvaltningslagen med sina utgångspunkter i god förvaltning på den utgångspunkten att en tjänsteinnehavare bereder och fattar förvaltningsbeslutet.¹³

Grundlagsutskottet har även gett utlåtanden som passar in på ABF utifrån dess centrala kännetecken, algoritmiskt beslutsfattande. Utskottet ansåg att lagen om ett försök med basinkomst bör innehålla bestämmelser om offentlighöret av programkoden och dess offentlighet i anslutning till urvalsförfarandet (GrUU 51/2016 rd, s. 5). Därtill ansåg utskottet vid bedömningen av propositionen om lagen om användning av flygpasageraruppgifter att ”förvaltningsutskottet, av orsaker som hänför sig till 12 § 2 mom. och 21 § i grundlagen också noga bör granska hur de föreslagna kriterierna och algoritmerna i de automatiserade metoder som eventuellt tillämpar dem förhåller sig till lagen om offentlighet i myndigheternas verksamhet och vid behov precisera regleringen” (GrUU 29/2018 rd, s. 5).

Under hösten 2019 återkom grundlagsutskottet till lagen om behandling av personuppgifter i migrationsförvaltningen, vars behandling hade upphört den 16 april 2019 med stöd av 49 § 1 mom. i grundlagen av orsaker som hängde samman med regeringen Sipiläs avgång,¹⁴ genom en ny proposition som regeringen Rinne avgav.

kommunens speciella kompetens. Om läget i Sverige, se Suksi 2018b, s. 469–470. Jag tackar JD Ida Sulin för upplysningar utifrån Finlands kommunförbunds perspektiv.

¹³ Avgörande EOAK/3379/2018 av den 20 november 2019. Med utgångspunkt i Motzfeldt – Taheri Abkenar 2019, s. 95, kan man konstatera att den danska lagstiftningen verkar vara mera teknologineutral, utan att vare sig grundlagsbestämmelser eller bestämmelser i vanlig lag förutsätter att en mänsklig beslutsfattare är involverad i beslutsfattandet. Det danska justitieombudsmanämbetet har sammanställt principer som gäller för ABF i dokumentet Forvaltningsretlige krav til det offentlige it-løsninger. Folketingets Ombudsmand 2019, <https://www.ombudsmanden.dk/myndighedsguiden/specifikke_sagsomraader/generelle_forvaltningsretlige_kvav_til_offentlige_it-systemer/>, besökt 6.1.2020.

¹⁴ En liknande situation uppstod beträffande regeringens proposition RP 78/2018 till socialtrygghets- och försäkringslagstiftningen med anledning av EU:s allmänna dataskyddsförordning, som förföll av denna orsak. Grundlagsutskottet hann ge sitt utlåtande GrUU 78/2018 rd i saken och hänvisade där till två andra utlåtanden från ungefär samma tidpunkt, GrUU 70/2018 rd (se nedan) och GrUU 62/2018 rd. Se även Markku Suksi, Förvaltningsbeslut genom automatiserat beslutsfattande – statsförfattnings- och förvaltningsrättsliga frågor i en digitaliserad myndighetsmiljö. JFT 5/2018, s. 335, fn. 21 (Suksi 2018a). Vad gäller ABF-analyser av Jorma Kuopus, Tomi Voutilainen och Sari Hakapää, se Suksi 2018a, s. 331–333, 343. För nordiska synpunkter på ABF genom Cecilia Magnusson Sjöberg, Dag Wiese Schartum, Niels Fenger och Hanne Motzfeldt, se Suksi 2018a, s. 331 (fotnoterna 5 och 7) och för utomnordiska synpunkter se s. 357 (Nick Bostrom i fn. 69) och s. 363 (Finale Doschi-Velez et al. i fn. 81). För vissa utomnordiska

I sitt utlåtande GrUU 7/2019 rd, som gavs den 14 november 2019 med anledning av RP 18/2019 med samma rubrik som den proposition vars behandling upphörde, gick grundlagsutskottet ännu längre in på ABF-problematiken. Utgångspunkten för bedömningen utgjordes av den föreslagna 21 § i propositionen om automatiserat individuellt beslutsfattande:

Beslut som Migrationsverket fattar i ärendehanteringssystemet för utlänningsärenden får fattas genom ett förfarande som grundar sig endast på automatiserad behandling, om ärendet med stöd av 34 § 2 mom. 5 punkten i förvaltningslagen (434/2003) får avgöras utan att en part hörs.

Migrationsverket ska offentliggöra den algoritm som lett till det slutliga beslutet i ett automatiserat beslutsförfarande. Dessutom har den registrerade rätt att få en separat redogörelse för den algoritm som använts för ett sådant slutligt individuellt beslut i hans eller hennes sak som fattats genom automatiserad behandling.

Migrationsverket överdirektör svarar för förfarandet vid automatiserat beslutsfattande och för automatiserade individuella beslut.

Enligt propositionen skulle ABF i migrationsärenden i huvudsak tillämpas i förhållande till ärenden där personen får ett positivt beslut eller som förfaller med stöd av utlänningslagen. Därtill framhåller statsrådet att vid automatiserat beslutsfattande tillämpas både procedurreglerna i förvaltningslagen och förvaltningsprocesslagens eller utlänningslagens bestämmelser om ändringssökande.

Jämfört med GrUU 62/2018 rd drog grundlagsutskottet ännu skarpare slutsatser i sitt utlåtande GrUU 7/2019 rd om bland annat denna bestämmelse och framförde att även om lagförslaget kan behandlas i vanlig lagstiftningsordning, leder utskottets konstitutionella anmärkningar om bland annat automatiserat beslutsfattande och lagstiftningsförfarandet angående detta till att de bör beaktas på behörigt sätt. I själva verket föreslog utskottet för förvaltningsutskottet att den tydligaste lösningen vore ”att den föreslagna bestämmelsen i 21 § stryks ur lagförslaget och att statsrådet omsorgsfullt och med iakttagande av ett gott lagberedningsförfarande utreder behoven att ändra den allmänna lagstiftningen om automatiserat beslutsfattande, och vid behov bereder en allmän lagstiftning om automatiserat beslutsfattande som eventuellt kan preciseras genom speciallagar som beaktar respektive förvaltningsområdes särdrag”.¹⁵ Utskottet föreslog alltså att man väntar med nya förslag till

synpunkter på ABF, se Suksi 2017, s. 286 (Christoph Heyns i fn. 5), s. 289 (Erik Brynjólfsson och Andrew McAfee i fn. 12), s. 292 (Richard Susskind i fn. 15), s. 302 (Marco Goldoni i fn. 33).

¹⁵ Se även GrUU 70/2018 rd angående propositionen till patientförsäkringslag. Utskottet upprepade synpunkter som det framfört i GrUU 62/2018 rd och ansåg att social- och hälsovårdsutskottet bör precisera

separata bestämmelser om ABF tills justitieministeriets ABF-utredning färdigställts och en bedömning gjorts om huruvida allmän ABF-lagstiftning bör stiftas.¹⁶

Detta önskemål om allmän lagstiftning angående ABF sammanfaller med den rekommendation som Dag Wiese Schartum framställer. Enligt honom borde ABF-utvecklingen bemötas genom stiftandet av ny lagstiftning som inriktas på direkt reglering av den systemiska nivån i stället för en traditionell reglering av beslutsprocesser på ”case-by-case”-basis. Enligt honom borde juridiska krav på sådana ABF-system som insamlar data särskilt uppmärksammas i den nya lagstiftning som uppstår.¹⁷ Det bör påpekas i sammanhanget att statsrådet dock redan under en tid låtit utreda AI-relaterade frågor, bland annat de etiska aspekterna och acceptansaspekterna hos artificiell intelligens inom myndighetsutövning¹⁸ och frågor kring användning av algoritmer såsom beslutsfattare med tanke på möjligheterna och utmaningarna för artificiell intelligens i den nationella lagstiftningen.¹⁹ Detta betyder att man redan i viss mån har vidtagit åtgärder med tanke på att skapa underlag för beredning och stiftande av ABF-lagstiftning.

Dessutom framgår det av grundlagsutskottets utlåtande en koppling till 12 § 2 mom. i grundlagen om offentlighetsprincipen. Propositionen utgick ifrån att den algoritm som lett till det slutliga beslutet i ett automatiserat beslutsförfarande ska

regleringen och fästa uppmärksamhet vid omständigheter som grundlagsutskottet framfört. Social- och hälsovårdsutskottet föreslog i sitt betänkande att bestämmelsen om automatiserat beslutsfattande skulle utgå ur lagförslaget, och riksdagen godkände patientförsäkringslagen (948/2019; träder i kraft den 1.1.2021) utan en sådan bestämmelse.

¹⁶ Se GrUU 7/2019 rd: ”Grundlagsutskottet fäste i sitt utlåtande GrUU 62/2018 rd statsrådets uppmärksamhet vid att automatiserat beslutsfattande verkar innehålla flera frågor som inte uttryckligen regleras i allmänna förvaltningslagar (se även GrUU 70/2018 rd och GrUU 78/2018 rd). Utskottet ansåg att det finns skäl att utreda detta och behovet av en översyn av den allmänna lagstiftningen på området, där justitieministeriet har beredningsansvaret. I utredningen bör man undersöka hur regleringen av automatiserat förvaltningsförfarande och beslutsfattande uppfyller de krav som följer av förvaltningens lagbundenhet, offentlighetsprincipen och rättsprinciperna för förvaltningen, som ligger till grund för en god förvaltning, samt hur rättstryggheten tillgodoses och tjänstemännens ansvar förverkligas.”

¹⁷ Wiese Schartum 2018, s. 400.

¹⁸ Raija Koivisto – Jaana Leikas – Heidi Auvinen – Ville Vakkuri – Pertti Saariluoma – Jenni Hakkarainen – Riikka Koulu, Artificiell intelligens inom myndighetsutövande – etiska och acceptansaspekter. Publikationsserie för statsrådets utrednings- och forskningsverksamhet 14/2019. Statsrådets kansli 2019. Utredningen är baserad på bl.a. en enkät bland medborgare och på en intervjuundersökning bland myndigheter. På s. 22–27 redovisas läget med tanke på ibruktandet av AI inom myndighetsverksamhet på ett täckande sätt (men det förefaller som om tullen bortfallit, även om EU:s tullkodex egentligen utgår ifrån att förtullningsbesluten fattas i automatiserad process, i varje fall efter slutet av år 2020).

¹⁹ Riikka Koulu – Beata Mäihäniemi – Vesa Kyyrönen – Jenni Hakkarainen – Kalle Markkanen, Algoritm som beslutsfattare? Möjligheterna och utmaningarna för artificiell intelligens i den nationella lagstiftningen. Publikationsserie för statsrådets utrednings- och forskningsverksamhet 2019:44. Statsrådets kansli 2019.

vara offentlig. Dessutom skulle den registrerade ha rätt att få en separat redogörelse för den algoritm som använts för ett sådant slutligt individuellt beslut i hans eller hennes sak som fattats genom automatiserad behandling. Grundlagsutskottet upprepade i sitt utlåtande GrUU 7/2019 rd sina tidigare iakttagelser om algoritmens offentlighet²⁰ och betonade också att ett korrekt offentliggörande av algoritmen i en form som är begriplig för enskilda förutsätter att lagen innehåller en exakt och avgränsad definition av vad som avses med automatiserat beslutsfattande genom en algoritm. Utskottet ansåg att bestämmelserna om offentlighet skulle preciseras och förtydligas och preciseringen framfördes som en förutsättning för att lagförslaget ska kunna behandlas i vanlig lagstiftningsordning.

Det ABF-förfarande i migrationsärenden som föreslogs av regeringen fick alltså ett nästan totalt innehållsmässigt fördömande, men även med avseende på lagstiftningsförfarandet satte grundlagsutskottet ribban för godkännandet av det föreslagna ABF-förfarandet väldigt högt: grundlagsutskottet lämnade åt förvaltningsutskottet alternativet att ”ändra bestämmelserna om automatiserade individuella beslut så att de överensstämmer med grundlagen”, men i det fall förutsattes att utkastet till betänkande om propositionen ännu föreläggs grundlagsutskottet för behandling. Detta blev således en förutsättning för att lagförslaget ska kunna behandlas i vanlig lagstiftningsordning. I skrivande stund (30 november 2019) är det ännu oklart vad förvaltningsutskottet och riksdagen gör; stryks bestämmelsen om ABF eller ändras bestämmelsens innebörd så att den kan godkännas av grundlagsutskottet i ett nytt utlåtande. Utlåtandet GrUU 7/2019 rd utnyttjas innehållsmässigt nedan vid granskning av ABF-relaterade frågeställningar, eftersom däri framfördes samma synpunkter som i det tidigare utlåtandet, GrUU 62/2018 rd, men i en mera utvecklade form.

²⁰ I sitt utlåtande GrUU 62/2018 rd lyfte grundlagsutskottet fram algoritmens offentlighet i anslutning till Migrationsverkets automatiserade beslutsfattande. Därtill hänvisar utskottet till anmärkningar kring offentligheten i det så kallade försöket med basinkomst tog utskottet med anledning av kravet på bestämmelser i lag fasta på det föreslagna urvalsförfarandet och dess transparens. ”Utskottet ansåg att lagen borde innehålla bestämmelser om offentliggörandet av programkoden och dess offentlighet i anslutning till urvalsförfarandet (GrUU 51/2016 rd, s. 5). Vid bedömningen av ett lagförslag om användning av flygpasageraruppgifter ansåg grundlagsutskottet att förvaltningsutskottet av orsaker som hänför sig till 12 § 2 mom. och 21 § i grundlagen också noga bör granska hur de föreslagna kriterierna och algoritmerna i de automatiserade metoder som eventuellt tillämpar dem förhåller sig till lagen om offentlighet i myndigheternas verksamhet och vid behov precisera regleringen (GrUU 29/2018 rd, s. 5).” Se även Motzfeldt – Taheri Abkenar 2019, s. 307, där en åtskillnad görs mellan systemtransparens och datatransparens. Med systemtransparens avses ”åbenhed om, hvordan sagsange, vurderinger og beslutninger er indbygget i og formes af sagsbehandlende teknologier”, dvs. systemlogik. Med datatransparens avses ”åbenhed og gennemsigtighed om de anvendte informationer, dvs. de oplysninger der behandles”. Grundlagsutskottet förefaller därmed förutsätta systemtransparens, medan datatransparensen är något som den gällande offentlighetslagstiftningen redan borde tillgodose vid användningen av ABF.

Biträdande justitieombudsmannen bidrog till tolkningen av ABF-relaterade juridiska frågeställningar genom sitt omfattande avgörande EOAK/3379/2018 av den 20 november 2019 (publicerat den 26 november 2019),²¹ där hon konstaterade att Skatteförvaltningens automatiserade beslutsförfarande, som etablerats med stöd av interna myndighetsnormer som inte var särskilt transparenta för skattebetalare, inte uppfyller grundlagens krav såsom definierade i 2 § 2 mom. i grundlagen om lagbundenhetsprincipen, 21 § om god förvaltning, 80 § om stiftandet genom lag om grunderna för individens rättigheter och skyldigheter, 81 § 1 mom. om rättsskydd vid beskattningen och 118 § om ansvar för ämbetsutövningen. Biträdande justitieombudsmannen hänvisade även till den allmänna förvaltningsrättsliga principen om tillitsskydd som förutsätter att det görs klart för de skattskyldiga när deras ärende hanteras i automatiserat förfarande. I sammanhanget påpekade hon också att förfrågningar med anledningen av automatiserade beslut dirigerades till Skatteförvaltningens allmänna servicenummer, där de personer som besvarade förfrågningarna med anledning av besluten inte egentligen hade något med de automatiserade besluten att göra. Automatiseringen av Skatteförvaltningens beslutstjänster stod i fokus även i två andra avgöranden av biträdande justitieombudsmannen, publicerade samma dag, nämligen ett avgörande angående Skatteförvaltningens beslut om försummelseavgift²² och ett avgörande angående Skatteförvaltningens automatiserade betalningsarrangemang.²³ I dessa två avgöranden konstaterade biträdande justitieombudsmannen att Skatteförvaltningens beslut som fattats genom ABF varit lagstridiga av orsaker som hänger samman med brister i god förvaltning: bristfälliga motiveringar till beskattningsbeslut, bristfälligt beaktande av allmänna förvaltningsrättsliga principer, inklusive tillitsskydd, bristfälligt förverkligande av rådgivningsskyldigheten och bristande grund i lag.

Biträdande justitieombudsmannen gav sina tre avgöranden omedelbart efter grundlagsutskottets utlåtande GrUU 7/2019 rd och det är tydligt att hon synkroniserat sina avgöranden innehållsmässigt och även tidsmässigt med grundlagsutskottets förutsättningar för automatiserat beslutsfattande, uttalade genom GrUU 62/2018 rd och 7/2019 rd. Genom att framföra tanken om att lagstiftningsåtgärder är nödvändiga för att förankra ABF på ett sakligt och precist sätt i den finländska rättsordningen

²¹ För bakgrundsupplysningar till klagomål som ledde till biträdande justitieombudsmannens avgöranden som nämns i detta stycke, se Suksi 2018a, s. 360–361. För bedömningar av Skatteförvaltningens ABF-förfaranden mera allmänt, se Suksi 2018a, s. 341–343.

²² Avgörande EOAK/2898/2018 av den 25 november 2019 angående Skatteförvaltningens beslut om försummelseavgift (biträdande justitieombudsman Maija Sakslin).

²³ Avgörande EOAK/2216/2018 av den 20 november 2019 angående Skatteförvaltningens automatiserade betalningsarrangemang (biträdande justitieombudsman Maija Sakslin).

ansluter sig dessa avgöranden till grundlagsutskottets tolkningar om lagstiftningsåtgärder i ABF-frågor.²⁴

I tillägg till de grundlagsbestämmelser som hänvisats till ovan bör man också nämna rätten till eget språk och egen kultur enligt 17 § i grundlagen, där utgångspunkten är den att vars och ens rätt att hos domstol och andra myndigheter i egen sak använda sitt eget språk, antingen finska eller svenska, samt att få expeditioner på detta språk ska tryggas genom lag. Detta regleringsförbehåll förutsätter alltså att lagstiftaren vid stiftandet av lag bestämmer lagens innehåll så att den upprättar ett likvärdigt arrangemang på båda språken och att till exempel förvaltningsbeslut produceras på partens språk, antingen på finska eller på svenska.²⁵ Justitiekansler Tuomas Pöysti framför i sina inledande ord till Justitiekanslers berättelse för år 2018 att det är ”väsentligt att se till att båda nationalspråken ges tillräcklig synlighet också i samband med digitala tjänster”,²⁶ samtidigt som han noterar att förutsättningarna för förverkligandet av tjänsteansvaret och för tillgodoseendet av principerna om god

²⁴ Det sker även internationell utveckling inom området, bl.a. vid Europarådet, UNESCO och EU. För en översikt utifrån ett människorättsperspektiv, se Algorithms and Human Rights – Study on the human rights dimensions of automated data processing techniques and possible regulatory implications. Council of Europe Study DGI(2017)12. Council of Europe 2018. Den 11 september 2019 skapade Europarådets ministerkommitté en ad hoc-kommitté beträffande artificiell intelligens, CAHAI, som har till uppgift att bedöma förutsättningarna att skapa ett bindande regelverk vid Europarådet för utvecklandet, utformandet och tillämpning av artificiell intelligens med utgångspunkt i Europarådets regler om mänskliga rättigheter, demokrati och rättsstatlighet. Beträffande UNESCO, se Preliminary Study on a Possible Standard-Setting Instrument on the Ethics of Artificial Intelligence. UNESCO 40th Session, item 40 C/67 30 July 2019, Paris 2019. I dokumenteringen till sin koordinerade plan angående artificiell intelligens av den 7 december 2018 framför EU-kommissionen att ”important considerations for the development and uptake of AI in particular in areas with a high societal and policy stake are related to fairness, transparency and accountability of algorithmic decision-making and related governance models”. EU-kommissionen anser att AI-lösningar kunde användas inom förvaltningen i förhållande till mottagare av olika offentliga förmåner: “AI-enabled decision can simplify the relationship between authorities and beneficiaries through the integration of wider public interest or regulatory considerations in daily decision-making (through targeted communication, behavioural nudges etc.).” Se Annex to the Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: Coordinated Plan on Artificial Intelligence. Brussels, 7.12.2018, COM(2018) 795 final, Annex, s. 18–19.

²⁵ Såsom det observeras i Linda Mannila, AI och svenskan i Finland. Magma 2019, s. 33: “[m]ed tanke på språkets betydelse för tillgången till tjänster, information och kunskap, verkar språkfrågor dock få relativt lite utrymme i de allmänna diskussionerna kring AI.” Se även s. 26, där hon framför uppgiften om att FPA:s och Skatteförvaltningens chatbotar betjänar endast på finska, och s. 36. Såsom det påpekas på s. 38, 64, 68 f., så bör språkliga rättigheter beaktas redan i det inledande skedet då nya system planeras och utvecklas.

²⁶ Pöysti 2019, s. 18.

förvaltning uppmärksammas i samband med justitiekanslerns förhandsgranskning av författningarna.²⁷

3 ”Men det är ju alltid möjligt att överklaga till en förvaltningsdomstol...”

3.1 Även automatiserat beslutsfattande bör förverkliga principerna om god förvaltning

Rättsskyddsgarantierna inom förvaltningsrätten består av två huvudsakliga kategorier, nämligen preventivt och repressivt rättsskydd. Det preventiva rättsskyddet infaller på handläggningsskeden som föregår förvaltningsbeslutet och på själva beslutstillfället och innehåller olika principer och mekanismer som avser att säkerställa att ett korrekt beslut fattas redan vid förvaltningsförfarande. Det repressiva rättsskyddet däremot inträder efter att förvaltningsbeslutet fattats och innehåller en rätt att överklaga det fattade beslutet, i regel hos en förvaltningsdomstol. Denna distinktion mellan preventiva och repressiva rättsskyddsmedel inverkar även på hur ABF bör utformas utifrån bestämmelsen i 21 § i grundlagen om rättsskydd.

Preventiva rättsskyddsgarantier i förvaltningsverksamhet baserar sig på 21 § 1 mom. i grundlagen: Var och en har rätt att på behörigt sätt och utan ogrundat dröjsmål få sin sak behandlad av en myndighet som är behörig enligt lag. Myndighetsbeslutet är således ett avgörande i första instans angående en individs rättigheter och skyldigheter, såsom dessa formuleras i materiell lag. Grundlagsbestämmelsen innehåller dock även annat än en allmän rätt för var och en till sakligt förvaltningsförfarande, nämligen krav på lagstiftning i 2 mom. om rätten att bli hörd, rätten att få ett motiverat beslut och andra garantier för rättvis rättegång och god förvaltning. Följaktligen har ett tämligen omfattande regelverk i form av lagstiftning etablerats av riksdagen, däribland förvaltningslagen, lagen om offentlighet i myndigheternas verksamhet (621/1999) och språklagen (423/2003) samt statstjänstemannalagen och lagen om kommunala tjänsteinnehavare.

Alla dessa lagar reglerar förvaltningsförfarandet utifrån den föreställningen att beslutsfattaren är en människa, antingen en individuell beslutsfattare, en individuell beslutsfattare tillsammans med en föredragande eller ett kollegialt organ bestående

²⁷ Pöysti 2019, s. 17.

av fysiska personer.²⁸ Rekryteringen av tjänstemän och deras ställning samt deras beteende i anslutning till fullgörandet av deras tjänsteåligganden är också föremål för omfattande reglering. Det som händer i ABF-sammanhang är att den fysiska beslutsfattaren, individen, tas ut ur sin kontext av beslutsfattande, vilket är en åtgärd som medför att en stor del av den förvaltningsrättsliga lagstiftningen förlorar sin giltighet (se nedan, avsnitt 4). När ABF tas i bruk och en levande individ inte mera ansvarar för eller är del av beslutsfattandet, förflyttas den offentliga uppgift som blir automatiserad utanför en stor del av de rättsliga bestämmelser och ramar som hittills förutsatt en levande individ som beslutsfattare. Det som samtidigt inträffar är att sådana reglering som gäller för tjänsteinnehavare inte mera gäller för ABF-system.

Det torde vara en allmän utgångspunkt inom datavetenskapen att all mjukvara har problem och felaktigheter som påverkar programmets resultat. Sådana problem kan finnas i algoritmen och i koden. Förvaltningsrätten – även statsförvaltningsrätten – kan sägas ha samma utgångspunkt: felaktigheter kommer att förekomma i administrativt beslutsfattande, både faktafel och rättsliga fel, och rättsskyddsmekanismer bör skapas särskilt med tanke på att minimera sistnämnda felaktigheter.²⁹

Felaktigheter kommer således att inträffa, såsom ett fall om studielånsavdrag för R.L. visar. I hans fall hade det automatiserade beslutsfattandet vid Folkpensionsanstalten (FPA) och Skatteförvaltningen beträffande studielånsavdrag inte, vid uträkning vid FPA under år 2015 av den tid som ger rätt till avdrag, tagit i beaktande personens frånvaro från universitetet till följd av beväringstjänstgöring under ett helt läsår.³⁰ I och med att denna omständighet av beväringstjänstgöring inte beaktats vid uträkningen, hade FPA:s automatiserade system uppenbarligen automatiskt meddelat

²⁸ Se James Hope, *Can a Robot be an Arbitrator?*, s. 104–111 i verket Axel Calissendorff – Patrik Schöldström (eds), *Stockholm Arbitration Yearbook 2019*. Kluwer Law 2019, där författaren framför, mot bakgrunden av UNCITRAL Model Law och lagstiftning om skiljemannaförfarande i olika länder, att en skiljeman bör vara en naturlig person.

²⁹ Wiese Schartum 2018, s. 381–384, skiljer mellan rättsliga fakta (information med normativ bakgrund) och verklighetsanknutna fakta som samverkar i ABF. Båda typerna av fakta bör vara korrekta för att ett beslut om t.ex. en social förmån ska kunna bli korrekt. Det typiska för rättsliga fakta är att de ofta är beroende av tolkning vid programmering, även om de utgår från bestämmelser i lagstiftningen. Han konstaterar att om ABF-systemet accepteras ha juridisk validitet, antyds samtidigt att formaliseringskraven och systemuppbbyggnaden omöjliggör vissa av de tolkningsalternativ som lagstiftaren anser kan utgöra möjliga tolkningar. Han drar den slutsatsen att det är nödvändigt att känna till om datasystemet äger juridisk validitet, dvs. om systemet kan innehålla juridiskt korrekta formuleringar av alla valida fakta för de ärenden som systemet gäller. Man får anta att ”alla valida fakta” här avser framför allt alla rättsliga fakta. Wiese Schartum fortsätter med att konstatera att kraven på hur fakta formuleras i ett datasystem bör anses utgöra bindande beslut.

³⁰ I FPA:s beslut av den 15 maj 2019 hänvisas till FPA:s beslut av den 15 oktober 2015, vilket torde betyda att man efteråt har kunnat lokalisera en logguppgift om tidpunkten för uträkningen.

en längre studietid till Skatteförvaltningen (men inte till den personen som ärendet gäller), varpå Skatteförvaltningens ABF-system inte beviljat personen i fråga det maximibelopp av studielåneavdrag som personen egentligen hade rätt till.³¹ Efter att flera år senare ha konstaterat denna oklarhet i beskattningen och misstänkt att ett fel inträffat vid beskattningen hade personen i fråga begärt en förklaring, men det hade visat sig vara svårt att hitta orsaken till felaktigheten, även om flera personer vid FPA försökt reda ut problemet. Personen i fråga hade inte fram till sin egen kontakt med myndigheterna varit medveten om och inte heller fått veta att beslutsprocessen var automatiserad, vilket tyder på att antingen FPA eller Skatteförvaltningen (eller båda) försummat sin informationsplikt enligt artikel 13.2 f i allmänna dataskyddsförordningen.

Efter att ha fått upplysningar om att en felaktighet uppstått lämnade R.L. in en skriftlig ansökan om studielåneavdrag hos FPA. I anslutning till rådgivningen för och behandlingen av denna ansökan kom man underfund med att det var ABF-systemet som förorsakat den felaktiga uträkningen som sedan automatiskt förmedlats till Skatteförvaltningens ABF-system. FPA beslöt att korrigera det automatiserade beslutet från år 2015 genom att år 2019 fatta ett nytt beslut, undertecknat elektroniskt av en namngiven fysisk tjänsteinnehavare, på basis av olika bestämmelser i lagen om studiestöd (65/1994), inkomstskattelagen (1535/1992) och lagen om beskattningsförfarande (1558/1995). Under ett antal telefonsamtal med olika tjänsteinnehavare vid FPA och Skatteförvaltningen fick R.L. den uppfattningen att hans fall hade avslöjat ett större problem inom ABF-systemet och att en annan följd av fallet blev att ett antal andra fall av automatiserade beslut om studielåneavdrag måste granskas och korrigeras. Rättelsebeslutet fattades sannolikt med stöd av 50 § i förvaltningslagen, även om denna bestämmelse inte hänvisas till i FPA:s nya beslut år 2019 gällande R.L.³² Därmed är det heller inte möjligt att känna till vilken av de fyra grunderna i 50 § 1 mom. i förvaltningslagen som användes för att fatta rättelse-

³¹ Se även Wiese Schartum 2018, s. 385, som indelar användningen av normativa fakta i tre kategorier, 1) återanvändning av beslutsdata som utgjort utgångspunkten för ett tidigare beslut, 2) användning av beslutsdata som utgör resultat från individuella beslut som fattats, 3) användning av data som skapats i form av allmän förvaltningsservice. Det förefaller som om Skatteförvaltningens ABF-beslut om att inte bevilja avdraget utnyttjat FPA:s ABF-beslut om studietidens längd som beslutsdata och att Skatteförvaltningens beslut därför skulle falla under den andra kategorin som Wiese Schartum utvecklat för hantering av normativa fakta. Han anser att denna kategori kommer att bli allt viktigare och mera använd i framtiden och att lagstiftning behövs för att definiera den lagliga grunden för insamling och återanvändning av beslutsdata från källor som är maskinellt läsbara. Wiese Schartum 2018, s. 398.

³² I motivering till beslutet konstateras bl.a. att FPA:s beslut av den 15 oktober 2015 har rättats till R.L.:s fördel.

beslutet.³³ I rättelsebeslutet ingår ingen materiell förklaring om hur den felaktiga uträkningen uppstått och förmedlats till Skatteförvaltningen, vilket inte främjar öppenheten hos handläggningen, utan förstärker i stället intrycket av att beslutsfattandet ägt rum i en svart låda.³⁴ Fallet illustrerar även risken för komplikationer när olika ABF-system står i kontakt med varandra och förmedlar information mellan myndigheter utan att någon fysisk tjänsteinnehavare övervakar och granskar överföringen. Det som fallet framför allt antyder är att det kan förekomma brister i rättsskydd och i god förvaltning när ABF används.

När det gäller förslaget till ibruktagande av ABF vid migrationsverket (se avsnitt 2 ovan), ansåg grundlagsutskottet att den föreslagna regleringen var tämligen vag, uppenbarligen beträffande vilka ärenden som skulle kunna avgöras genom ABF och avgränsningen av användningsområdet gentemot ärenden som förutsätter prövning. I motiveringen till propositionen konstateras att det i slutändan är omständigheterna i det enskilda fallet som avgör om det går att fatta ett beslut i ärendet helt på automatisk väg, men i motiveringarna sägs också att det inte ska vara möjligt att genom automatiserat beslutsfattande avgöra ett ärende där det förutsätts en helhetsbedömning av till exempel tillräcklig försörjning eller den risk som sökanden orsakar för allmän ordning eller säkerhet. I sådana fall ska ärendet alltid avgöras av en fysisk person. Om den föreslagna bestämmelsen godkännts, skulle ärende-grupperna ha nämnts i propositionen, bland annat beviljande av medborgarskap som avgörs på ansökan. Grundlagsutskottet konstaterade ändå att det i den föreslagna 21 § inte anges sådana avgränsningar som tas upp i motiven och anser i sitt utlåtande att de ärenden som kan avgöras genom ABF ska anges uttryckligen i lag. Därmed verkar det som om en sådan fördelning av arbetsuppgifter som kan göras till exempel mellan olika avdelningar inom en myndighet genom myndighetens interna arbetsordningar, inte kan göras när det är fråga om att fördela arbetsuppgifter mellan ABF och mänskliga beslutsfattare. Bestämmelser om anvisandet av arbetsuppgifter inom en

³³ Grunderna för rättelse av sakfel är följande: 1) beslutet grundar sig på en klart oriktig eller bristfällig utredning, 2) beslutet grundar sig på uppenbart oriktig tillämpning av lag, 3) det har skett ett fel i förfarandet när beslutet fattades, eller 4) det har tillkommit sådan ny utredning i saken som väsentligt kan påverka beslutet. Flera av dessa grunder kunde tänkas utgöra grund för rättelsebeslutet, men det är inte möjligt att utifrån beslutet fastställa vilken typ av fel det är som ABF-systemet försakat och FPA rättat till.

³⁴ Om "svarta lådan"-fenomenet, se Frank Pasquale, *The Black Box Society: The Secret Algorithms That Control Money and Information*. Harvard University Press 2015 och Motzfeldt – Taheri Abkenar 2019, s. 344. Se även Nizan Geslevich Packin – Yafit Lev-Aretz, *Learning algorithms and discrimination*, i verket Woodrow Barfield – Ugo Pagallo (eds), *Research Handbook on the Law of Artificial Intelligence*. Edward Elgar 2018, s. 92–93 om "svarta lådan"-fenomenet och om den brist på transparens som användningen av maskininlärning medför.

myndighet till ABF borde enligt detta utlåtande av grundlagsutskottet vara uttryckliga och ingå i lag.

Ibruktagnandet av ABF-system innebär att en stor del av den lagstiftning som innehåller preventiva mekanismer och garantier för rättsskydd blir otillämplig eller irrelevant för det automatiserade beslutsfattandet. I fråga om vissa garantier kan man tänka sig att åsidosättandet är välkommet, till exempel jävsreglerna i 27 § och 28 § i förvaltningslagen. Många sådana garantier för god förvaltning som skulle behövas när ABF används kan dock försvinna eller försvagas. Samtidigt förutsätter 21 § i grundlagen beslutsfattande på behörigt sätt enligt principerna för god förvaltning. Exempel på bestämmelser i förvaltningslagen som med mer eller mindre stor sannolikhet blir åsidosatta när ABF tas i bruk är 7 § om serviceprincipen, 8 § om rådgivning, 10 § om samarbete mellan myndigheter, 14 § om omyndigas talan, 15 § om intressebevakarens rätt att föra talan, 16–19 § om handlingars insändande och ärendes inledande, 21 § om överföring av handlingar till rätt myndighet och 22 § om komplettering av handlingar.³⁵

Bestämmelsen i 21 § i grundlagen aktualiserades i anslutning till den proposition som behandlades ovan i avsnitt 2 och som avsåg att införa ABF vid Migrationsverket. Grundlagsutskottet framförde i sitt utlåtande GrUU 7/2019 rd att ABF i det regleringssammanhanget ”är möjligt endast när ett yrkande som inte gäller en annan part godkänns”, dvs. när det gäller positiva beslut på en ansökan, men kommenterade även hänvisningen i propositionen till en punkt i 34 § i förvaltningslagen om hörande av part: ”Utskottet anser att den föreslagna regleringen med anledning av det som sagts ovan bör avgränsas så att automatiserat beslutsfattande inte kan användas på den grunden att hörandet av en annan part av någon annan orsak är uppenbart onödigt. Automatiserat beslutsfattande måste i det aktuella sammanhanget begränsas till beslutsfattande där ett yrkande som inte rör en annan part godkänns. Alternativt måste regleringen preciseras väsentligt genom att man i 21 § i lagförslaget anger de situationer som hör till området för den senare satsen i 34 § 2 mom. 5 punkten i förvaltningslagen och där beslutsfattandet inte förutsätter att myndigheterna utövar prövningsrätt.” Därmed förutsatte grundlagsutskottet att prövningen som ABF berör avgränsas till positiva förvaltningsbeslut och preciseras så att den är bunden till sin karaktär.

Det som kanske lätt glöms bort i sammanhanget är att ett positivt beslut av en myndighet också kan vara felaktigt, även om parten inte har något behov av att

³⁵ Se Suksi 2018a, s. 359–368, för en utförligare genomgång av hur ABF påverkar bestämmelserna i förvaltningslagen. För en genomgång utifrån dansk förvaltningslagstiftning av vilka bestämmelser och förfaranden som bör beaktas vid utformningen av ABF-system, se Motzfeldt – Taheri Abkenar 2019, s. 166–206.

besvära sig över beslutet ~~da~~. En allmän ABF-reglering är således viktig också med tanke på att förhindra att felaktiga positiva beslut fattas som exempelvis leder till felaktig utbetalning av sociala förmåner eller felaktigt påförande av lägre skatt än vid korrekt förfarande.

3.2 Betydelsen av preventivt rättsskydd för repressivt rättsskydd

Repressiva rättsskyddsmekanismer inträder givetvis efter att ett beslut fattats genom ABF: var och en har rätt enligt 21 § i grundlagen att på behörigt sätt och utan ogrundat dröjsmål få ett beslut som gäller hans eller hennes rättigheter och skyldigheter behandlat vid domstol eller något annat oavhängigt rättskipningsorgan. Detta betyder att det alltid måste finnas en möjlighet att överklaga ett beslut taget genom ABF, enligt huvudregeln hos en förvaltningsdomstol och därtill hos högsta förvaltningsdomstolen i sista instans, förutsatt att ~~besvärsförbud inte råder~~. Då torde typfallet vara sådant där beslutet som fattats genom ABF är negativt, för vid positivt beslut finns förmodligen inget egentligt behov att anföra besvär. För repressivt rättsskydd av detta slag förutsätter 21 § 2 mom. i grundlagen att bland annat offentligheten vid handläggningen och rätten att söka ändring samt andra garantier för en rättvis rättegång ska tryggas genom lag, vilket ~~sker~~ från och med den 1 januari 2020 genom lagen om rättegång i förvaltningsärenden (808/2019). Det är dock endast en relativt liten del av alla förvaltningsbeslut som brukar överklagas, främst de som är negativa för parten, vilket betyder att merparten av alla förvaltningsbeslut enbart är beroende av preventivt rättsskydd.

Därtill gäller att om förfarandelagstiftning angående god förvaltning åsidosätts vid användningen av ABF utan att bli ersatt av ny ABF-anpassad förfarandelagstiftning, försvinner en viktig måttstock för bedömningen av förvaltningsbesluts lagenlighet vid förvaltningsdomstolar. En stor del av förvaltningsbeslut som upphävs av förvaltningsdomstolar upphävs av orsaker som har att göra med brister i efterlevandet av förfarandelagstiftningen. En situation där förfarandelagstiftning inte finns för en viss typ av förvaltningsbeslut, i detta fall ABF-beslut, borde inte få uppstå. De krav på god förvaltning som borde gälla för ABF kan naturligtvis vara annorlunda jämfört med de krav som gäller för sådant beslutsfattande där en människa sköter beslutsfattandet, men även ABF bör lyda under lagstiftning, ABF-anpassad lagstiftning.

Även om det alltid vore möjligt att överklaga ett ABF-beslut hos en förvaltningsdomstol eller något annat oavhängigt rättskipningsorgan, är ett av syftena med preventivt rättsskydd inom området för god förvaltning att minska domstolarnas arbetsmängd. Det borde inte få uppstå situationer där enskilda individer, när de

konfronteras med ett eventuellt juridiskt problem i anslutning till beslut tagna genom ABF, inte har något allmänt regelverk mot vilket de kan bedöma ABF-systemets utfall i det egna ärendet, utan de blir i regel tvungna att överklaga beslutet hos en förvaltningsdomstol för att utreda om beslutet var korrekt taget med stöd av lag och faktaunderlag. Detsamma gäller för förvaltningsdomstolarnas del i och med att de, i tillägg till materiella bestämmelser, använder sig av regler inom området för god förvaltning för att bedöma om förvaltningsbeslut är korrekta. Det administrativa beslutsmaskineriets och myndighetsverksamhetens normala lagbundna funktion är helt beroende av att det finns två grundbultar för rättsskydd, preventivt rättsskydd och repressivt rättsskydd, och det skulle vara problematiskt om den förstnämnda grundbulten, det preventiva rättsskyddet, försvann eller urholkades inom de områden av myndighetsverksamhet där ABF används. Problemet är inte enbart förvaltningsrättsligt, utan därtill också statsförfattningsrättsligt i och med att 21 § i grundlagen förutsätter preventivt rättsskydd även för ABF.

4 Vad händer med ämbetsansvaret?

Ibruktagandet av ABF har hittills främst skett genom interna myndighetsbeslut eller genom andra interna åtgärder av myndigheter: en myndighet som önskar försnabba beslutsfattandet i ärenden som hör till dess kompetensområde, särskilt massbeslut, beslutar ofta genom sina egna åtgärder att beslutsfattandet ska ske genom ABF. Ibruktagandet av ABF påverkar under sådana omständigheter de principer som ingår i 118 § i grundlagen om ämbetsansvar, en bestämmelse som har både en preventiv och en repressiv funktion, av vilka den preventiva funktionen förmodligen är viktigare, eftersom den repressiva funktionen inte i praktiken används väldigt mycket.

Formuleringen av ämbetsansvarets innehåll börjar i 118 § 1 mom. i grundlagen genom ett konstaterande att en tjänsteman svarar för att hans eller hennes ämbetsåtgärder är lagliga. När ABF tas i bruk, försvinner den tjänsteinnehavare som skulle bära ämbetsansvaret om beslutet fattades av en mänsklig beslutsfattare. Genom användning av ABF för sådana beslut fortsätter myndigheten dock att fatta samma beslut som tidigare. För enkelhetens skull antas här att beslut som ska fattas av kollegiala organ (såsom kommunala nämnder, universitetens fakultetsråd, etc.) inte är lätta att överföra till ABF och att den delen av bestämmelsen lämnas mer eller mindre opåverkad av ABF.

Bestämmelsens andra moment föreskriver att en föredragande som inte har reserverat sig mot beslutet svarar för det som har beslutats på föredragningen.

Massbeslut inom förvaltningen fattas sällan på föredragning, men om enklare föredragningsärenden överförs till ABF, försvinner den föredragningsfunktion som en tjänsteinnehavare skulle bära ämbetsansvar för. Riksdagens grundlagsutskott ansåg i sitt utlåtande GrUU 7/2019 rd att automatiserat beslutsfattande inte lämpar sig för sådant administrativt beslutsfattande som förutsätter att beslutsfattaren utövar en omfattande prövningsrätt, vilket kan fungera som en gränsdragning också med tanke på sådana beslut där föredragningsförfarandet tillämpas, eftersom sådana ärendetyper som avgörs på föredragning ofta är sådana där en tämligen omfattande prövningsrätt förekommer.

I bestämmelsen tredje moment finns egentligen en individuell grundrättighet som föreskriver att var och en som har lidit rättskränkning eller skada till följd av en lagstridig åtgärd eller försummelse av en tjänsteman eller någon som sköter ett offentligt uppdrag har, enligt vad som bestäms genom lag, rätt att yrka att denne döms till straff samt kräva skadestånd av det offentliga samfundet eller av tjänstemannen eller den som sköter det offentliga uppdraget.³⁶ Om ABF används i beslutsfattandet, finns det inte längre någon tjänsteman som kunde ställas till ansvar för förvaltningsbesluten. Detta betyder att det straffrättsliga och skadeståndsrättsliga ansvaret, hur sällan dessa än blir tillämpliga i verkligheten, bortfaller eller blir överksamma. Algoritmen eller källkoden kan inte, enligt rådande rättsliga uppfattningar, göras straffrättsligt eller skadeståndsrättsligt ansvariga. Det som kvarstår efter ibruktagandet av ABF är det offentliga samfundets (statens, kommunens, annat offentligt samfunds) ansvar.

Mot denna bakgrund kan man fråga sig vad det är som återstår av de ansvarskategorier som räknas upp i 118 § i grundlagen efter att ABF har tagits i bruk genom (interna) myndighetsbeslut? Det förefaller som om det i praktiken är tjänsteinnehavarens ansvar för beslut tagna i kollegialt organ och det offentliga samfundets skadeståndsansvar som återstår. Det är svårt att uppskatta hur stora de juridiska problemen är som följer av ibruktagandet av ABF genom interna myndighetsbeslut, men det förefaller klart att sådana interna beslut och åtgärder av myndigheter har normativa effekter som påverkar även grundlagen. Dessa effekter är därtill inte begränsade till den konstitutionella nivån, utan verkar även på den vanliga lagstiftningens nivå, såsom i förhållande till förvaltningslagen, vars bestämmelser delvis blir otillämpliga.

³⁶ Därtill formuleras i artikel 4 tredje stycket i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna en rätt till skadestånd vid tjänsteutövning som liknar bestämmelsen om rätt till skadestånd i 118 § 3 mom. i den finska grundlagen och som därför kan tänkas förutsätta existensen av en tjänsteinnehavare bakom varje EU-beslut.

Riksdagens grundlagsutskott har i sina utlåtanden GrUU 68/2018 rd och GrUU 7/2019 rd behandlat frågan om ämbetsansvar. I det tidigare utlåtandet framförde utskottet att ”grundlagens bestämmelser om förvaltningens lagbundenhetsprincip samt statens och tjänstemännens ansvar ger uttryck för principen om tjänstemannaförvaltning (GrUU 19/1985 rd, s. 3/II)”.³⁷ Av detta följer ”att det för att kraven på rättssäkerhet och god förvaltning ska anses vara uppfyllda bland annat förutsätts att ärendena behandlas i enlighet med de allmänna förvaltningslagarna och att de som behandlar ärendena handlar under tjänsteansvar (GrUU 26/2017 rd, s. 50, GrUU 33/2004 rd, s. 7/II, GrUU 46/2002 rd, s. 9)”. I sammanhanget var det fråga om ett arrangemang där de experter som enligt propositionen RP 224/2018 skulle bestämma reglerna för handläggningen vid automatiserat beslutsfattande och som har den faktiska rätt och kompetens att ändra en regel som lett till ett visst beslut, handlar under tjänsteansvar inom myndigheten. Utskottet ansåg ”att ett sådant indirekt tjänsteansvar för fattade beslut inte är tillräckligt med hänsyn till 118 § i grundlagen”. Förvaltningsutskottet förutsattes granska tjänsteansvarets inriktning och vid behov precisera bestämmelsen.

I ovannämnda proposition RP 18/2019 föreslås i stället för indirekt tjänsteansvar en särskild bestämmelse enligt vilken Migrationsverkets överdirektör ska bära direkt ansvar för förfarandet vid automatiserat beslutsfattande och för automatiserade individuella beslut. Grundlagsutskottet noterade i sitt senare utlåtande att i ”propositions-motiven konstateras det att den föreslagna bestämmelsen avviker från grundlagsutskottets etablerade utlåtandepaxis när det gäller tjänsteansvar, eftersom det automatiserade beslutsfattandet lösgör sig från en ansvarskonstruktion som bygger på en tjänstemans mänskliga verksamhetsroll”. Eftersom det ändå bör finnas någon som tar ansvar även för automatiserade beslut, hänvisades som stöd för den föreslagna ansvarslösningen ”till överdirektörens uppgift enligt statsrådets förordning att leda, övervaka och utveckla Migrationsverkets verksamhet samt till

³⁷ Se även biträdande justitieombudsmannens avgörande EOAK/3379/2018 av den 20 november 2019, där hon konstaterade att grundlagsbestämmelserna om lagbundenhetsprincipen för förvaltningen och om ämbetsansvar ger uttryck för principen om tjänstemannaförvaltning. Tjänsteinnehavaren ansvarar för lag-enligheten hos sina ämbetsåtgärder, och förverkligandet av beskattningen utgör betydande utövning av offentlig makt. Biträdande justitieombudsmannen konstaterade att grundlagen förutsätter att ansvaret fokuseras på tjänstemannen så att varje tjänsteman är personligen ansvarig för sina ämbetsåtgärder. Biträdande justitieombudsmannen konstaterade vidare att enligt hennes uppfattning förblir tjänsteansvaret vid Skatteförvaltningen indirekt genom den interna arbetsordningens bestämmelse enligt vilken process-ägaren avgör frågor som rör riksomfattande förfaranderegler för arbetet, arbetsfördelning, planering, utveckling, processstyrning, informationsverksamhet och uppföljning. Biträdande justitieombudsmannen ansåg därtill att processägarens ansvar som baseras på tjänsteställning inte kunde anses som tillräckligt tjänsteansvar med tanke på förverkligandet av skadeståndsrättsligt tjänstemannaansvar och – i ljuset av den straffrättsliga legalitetsprincipen i 8 § i grundlagen – straffrättsligt tjänstemannaansvar.

bestämmelsen enligt vilken överdirektören avgör de ärenden som ankommer på Migrationsverket och till att överdirektören i ett enskilt fall kan förbehålla sig avgörandet av ett ärende som annars ankommer på någon annan tjänsteman att avgöra”.

Grundlagsutskottet ansåg det vara klart att överföringen av beslutsfattandet till automatisk behandling inte får leda till att grundlagens bestämmelser om tjänsteansvar förlorar sin betydelse. I det avseendet ansåg grundlagsutskottet att propositionen var problematisk med utgångspunkt i 118 § 3 mom. i grundlagen, men också utifrån den straffrättsliga legalitetsprincipen i 8 § i grundlagen. Samtidigt hänvisade utskottet till lagbundenhetsprincipen i 2 § 3 mom. i grundlagen, dock utan att utveckla dess innehåll i någon utsträckning. Av sammanhanget kan man emellertid dra den slutsatsen att tjänsteinnehavarens beslutsmakt, som kan leda till ämbetsansvar, ska grunda sig på lagbundenhetsprincipen, dvs. att utövning av offentlig makt ska basera sig på lag.

Bestämmelsen som föreslogs av regeringen skulle lägga ansvaret enbart på överdirektören. Enligt grundlagsutskottet stärker detta ”i strid med 118 § i grundlagen uppfattningen att andra personer än överdirektören inte kan ha tjänsteansvar. Å andra sidan förblir det oklart i förslaget vilka ämbetsåtgärder Migrationsverkets överdirektör i själva verket ansvarar för och vilka ämbetsåtgärder han eller hon i praktiken kan ställas till svars för i rättspraxisen, när besluten fattas automatiserat i datasystemet utan direkt och omedelbar mänsklig kontroll över besluten.” Grundlagsutskottet drog således en negativ slutsats om den föreslagna konstruktionen: ”Att rikta tjänsteansvaret till överdirektören, som ansvarar för den allmänna ledningen av ämbetsverket, ter sig enligt grundlagsutskottet som ett imaginärt och konstlat arrangemang. Utskottet anser att det automatiserade beslutsförfarandet av skäl som beror på 118 § i grundlagen måste vara noggrant övervakat och juridiskt kontrollerbart. Det måste i sista hand också kunna kopplas till tjänstemännens ansvar för ämbetsåtgärder.” Bestämmelsen kunde därför inte godkännas i den föreslagna utformningen, för ämbetsansvaret hade i denna konstruktion inte någon koppling till de tjänsteinnehavare som egentligen har hand om ABF vid Migrationsverket.

5 Är ABF förenligt med rättsstatligheten?

5.1 Krav på uttrycklig grund i lag

Det som framförts ovan angående ABF:s ställning inom den offentliga förvaltningen och med tanke på rättsstatligheten i allmänhet är bekymmersamt. Det är oklart hur algoritmen eller källkoden kunde identifieras som en ansvarsbärare, och i viss mån har tänkandet även utvecklats i riktning mot att definiera algoritmen som ett rättssubjekt eller i varje fall som en enhet som kan göras föremål för beskattning. Såsom framfördes ovan, skapar ibruktagandet av ABF, ofta genom interna myndighetsbeslut utan uttryckligt stöd av lag, olika vita fläckar där *rule of algorithm* kan upphöja koden till lag som åsidosätter lagstiftning som har stiftats av riksdagen. Sett utifrån det perspektivet finns det ett klart behov av tillsyn och öppenhet samt av ABF-anpassad lagstiftning.

Detta har riksdagens biträdande justitieombudsman tangerat i sitt avgörande om Skatteförvaltningens påminnelsebrev och beskattningsbeslut enligt prövning när hon konstaterar att enligt 80 § 1 mom. i grundlagen ska genom lag utfärdas bestämmelser om grunderna för individens rättigheter och skyldigheter samt om frågor som enligt grundlagen i övrigt hör till området för lag. Biträdande justitieombudsmannen påminner om att grundlagsbestämmelsen förutsätter att alla centrala bestämmelser som inverkar på individens rättsställning bör utfärdas genom lag. Mot denna bakgrund konstaterar hon att ABF kan inverka på individens rättigheter och skyldigheter så att reglerna om utredningsskyldigheten i 26 § 6 mom. och 9 § i lagen om beskattningsförfarande (1558/1995) inte utgör en tillräcklig rättslig grund för ABF vid Skatteförvaltningen. Enligt biträdande justitieombudsmannen uppfyller Skatteförvaltningens ABF inte grundlagens krav på lagbundenhet, god förvaltning, rättsskydd och stiftandet av bestämmelser genom lag. Dessa krav förutsätter enligt biträdande justitieombudsmannen att det stiftas genom lag om ABF på ett sätt som är specifikt och noggrant och som illustrerar hur ärenden sållas ut för beslut vid ABF och hur offentligheten för de algoritmer som ligger till grund för ABF förverkligas.³⁸

I själva verket har rättsordningen tidigare innehållit en bestämmelse som förutsatte grund i lag för användning av ABF genom 31 § i den upphävda personuppgiftslagen (523/1999): sådana beslut som enbart grundade sig på automatiserad behandling av uppgifter var tillåtna endast om detta hade reglerats i lag. Den upphävda bestämmelsen, som baserade sig på artikel 15.2 i EU:s numera upphävda dataskyddsdirektiv (95/46/EG), ger uttryck för en uppfattning om att lagreglering behövs

³⁸ Avgörande EOAK/3379/2018 av den 20 november 2019.

innan ABF tas i bruk, men uppenbarligen var bestämmelsen inte särskilt effektiv eftersom ett flertal olika ABF-system togs i bruk vid myndigheter utan stöd av lag innan bestämmelsen upphävdes i anslutning till ikraftträdandet av dataskyddslagen (1050/2018), vars bestämmelser kompletterar det regelverk som ingår i EU:s allmänna dataskyddsförordning. Den upphävda bestämmelsen var givetvis lika snävt inriktad på skyddet av personuppgifter som den nu gällande allmänna dataskyddsförordningen och innehöll ingen allmän förvaltningsrättslig reglering om ABF, men i princip förutsattes lagstöd. Dessutom föreskrevs i 36 § 2 mom. i den upphävda personuppgiftslagen en anmälningssplikt enligt vilken den registeransvarige skulle underrätta dataombudsmannen om ibruktagande av ett sådant system för automatiserade beslut som avsågs i 31 §. Enligt uppgift från dataombudsmannen hade inga myndigheter underrättat dataombudsmannen om användning av ABF.³⁹

I gällande rätt föreskrivs i artikel 22.2 b i EU:s allmänna dataskyddsförordning att förutsättningen för ABF är att det finns en grund i lag, som möjliggör för individen obligatoriska ABF-system bland annat i det fall att förfarandet tillåts enligt unionsrätten⁴⁰ eller en medlemsstats nationella rätt som den personuppgiftsansvarige omfattas av och som fastställer lämpliga åtgärder till skydd för den registrerades rättigheter, friheter och berättigade intressen. Hänvisningen till ”lämpliga åtgärder till skydd för den registrerades rättigheter, friheter och berättigade intressen” kan möjligtvis läsas på ett sätt som inte endast begränsar sig till området för personuppgifter, utan ”lämpliga åtgärder” kunde också betyda att ABF regleras på ett helhetsmässigt sätt, i varje fall när det är fråga om användning av ABF vid myndigheter.⁴¹ Grundlagsutskottets utlåtande GrUU 7/2019 rd förutsätter bestämmelser i materiell lag som den grund för utövning av offentlig makt som avses i 2 § 3 mom. i grundlagen. Till den slutsatsen kommer man även utifrån de krav som

³⁹ Enligt svar den 13 oktober 2016 från dataskyddsombudsmannen, Dnr 2834/41/2016. Sju anmälningar gällde ABF vid kreditgivning och tolv olika försäkringsbolags ABF-system.

⁴⁰ Som ett exempel på unionsrätt där ABF verkar tillåtas och rentav förutsätts kan framföras EU:s tullkodex (Parlamentets och rådets förordning 952/2013), där artikel 6 om metoder för utbyte och lagring av uppgifter och gemensamma uppgiftskrav föreskriver att alla utbyten av uppgifter såsom deklarerationer, ansökningar eller *beslut* mellan tullmyndigheterna och mellan ekonomiska aktörer och tullmyndigheterna och lagring av de uppgifter som krävs enligt tullagstiftningen ska ske med hjälp av elektronisk databehandlingsteknik (min kursivering). Enligt artikel 278 i tullkodexen gäller för sådan elektronisk ärendehantering vid tullmyndigheterna en övergångstid till den 31 december 2020, då andra än elektroniska metoder får användas. I tullagen (304/2016) verkar emellertid inte finnas uttryckliga bestämmelser om användning av ABF i tullens verksamhet, även om t.ex. 61 § om delgivning av tullbelopp antyder att så kunde vara fallet.

⁴¹ Se även Suksi 2018b, s. 470–471 om bedömning av den svenska förvaltningslagens allmänna hänvisning till ABF i ljuset av det krav på lämpliga åtgärder till skydd för den registrerades rättigheter, friheter och berättigade intressen som artikel 22.2 b i EU:s allmänna dataskyddsförordning förutsätter.

grundlagsutskottet ställer på en uppräknig av ärenden i den materiella lagens bestämmelse. Det är nämligen inte tillräckligt att de ärendetyper som ABF-systemet kan tillämpas på räknas upp i propositionen, utan ärendetyperna bör räknas upp i en bestämmelse i materiell lag, i det aktuella fallet i det förslag till lag om behandling av personuppgifter i migrationsförvaltningen. På det sättet uppstår en klar grund i lag för användning av ABF vid en myndighet.

5.2 Rättsstatligheten borde styra valet av algoritmisk metod

En principiell frågeställning i sammanhanget är huruvida ABF-lösningar ska utformas som regelbaserade system⁴² eller som system som baserar sig på maskininläring.⁴³ Eftersom ABF kan anses utgöra en tillämpning av artificiell intelligens och eftersom AI kan användas till exempel för profilering av individer på det sätt som avses i artikel 4.4 i allmänna dataskyddsförordningen,⁴⁴ vore det viktigt att utesluta sådana ABF-lösningar som baserar sig på maskininläring.⁴⁵ Detta är viktigare med tanke på den offentliga sektorn än med tanke på den privata sektorn i och med att de officiella uppgifter som myndigheterna har tillgång till vanligtvis är både väldigt centrala och samtidigt mycket korrekta och kompletta. Dessa uppgifter innefattar allt möjligt från inkomster till information om bostaden och vidare till hälso-uppgifter. Det är därmed inte enbart fråga om ”big data” av den typ som privata tjänsteproducenter såsom Facebook, Google, Spotify och Amazon samlar in av sina kunder i princip på basis av frivillighet, utan om ”very big data” i form av alla samhällsmedlemmars vitalstatistik som samlas in med stöd av lag.

⁴² Se Koulu et al. 2019, s. 67 där det ingår en beskrivning av medborgarskapsansökans gång i den automatiserade beslutsprocessen: Migrationsverket fattar sitt beslut på ett automatiserat sätt, dvs. ingen enskild tjänsteman behandlar ärendet. I beslutsfattandesystemet används regelbaserad systemrobotik, som kontrollerar förutsättningarna för uppfyllandet av medborgarskapet med s.k. binära alternativ. Om de uppgifter och bilagor som sökanden lämnat in uppfyller lagens krav på erhållande av medborgarskap, godkänner systemet ansökan om medborgarskap automatiskt. Om villkoren för medborgarskap inte uppfylls, överförs ärendet till en fysisk person för kontroll.

⁴³ Se Hope 2019, s. 112–113 där det görs en åtskillnad mellan regelbaserade algoritmer och maskininlärningsalgoritmer och en slutsats nås om att robotar baserade på maskininläring inte kan användas i skiljeförfaranden av orsaker som hänger samman med omöjligheten att producera tillräckliga skäl.

⁴⁴ *Profilering* definieras som ”varje form av automatisk behandling av personuppgifter som består i att dessa personuppgifter används för att bedöma vissa personliga egenskaper hos en fysisk person, i synnerhet för att analysera eller förutsäga denna fysiska persons arbetsprestationer, ekonomiska situation, hälsa, personliga preferenser, intressen, pålitlighet, beteende, vistelseort eller förflyttningar, (...)”

⁴⁵ Det är möjligt att användningen av AI i samhället kan förvränga, kanske även avskaffa, skillnaden mellan offentligt och privat, när privata företag som erbjuder AI-lösningar (Facebook, Google, Amazon, etc.) i ökande grad tar över statens roll som den centrala instans som styr samhällsmedlemmarnas liv.

För det första, om ABF möjliggör vissa typer av profilering avsedda i artikel 6.1 led e och led f,⁴⁶ har individen en rätt på basis av artikel 21.1 i allmänna dataskyddsförordningen att göra invändningar. Detta betyder att denna typ av ADM inte kanske är särskilt funktionell i situationer där många individer använder sin rätt att göra invändningar. Det verkar dock som om artikel 21 om rätten att göra invändningar kan leda till avbrott i databehandling enbart i sådana sammanhang, där det är fråga om direktmarknadsföring (avsnitt 3) och under vissa förutsättningar i situationer där det är fråga om vetenskapliga och historiska forskningsändamål och statistiska ändamål. Detta betyder att rätten att göra invändningar inte skulle leda till avbrott i databehandling i situationer där myndigheter utför databehandling med stöd av lag. Om ABF inte gjorts obligatorisk med stöd av nationell lag eller EU-lag, har en individ ändå rätt att inte bli föremål för ABF på basis av artikel 22 i allmänna dataskyddsförordningen,⁴⁷ vilket också kan leda till att ABF blir dysfunktionellt med tanke på detta, som man ibland uppfattar det – rentav ett förbud mot ABF, även om en sådan tolkning förefaller extensiv och därmed utanför EU:s kompetens.⁴⁸ Detta

⁴⁶ Utdrag ur artikel 6.1 i allmänna dataskyddsförordningen: ”e) Behandlingen är nödvändig för att utföra en uppgift av allmänt intresse eller som ett led i den personuppgiftsansvariges myndighetsutövning. f) Behandlingen är nödvändig för ändamål som rör den personuppgiftsansvariges eller en tredje parts berättigade intressen, om inte den registrerades intressen eller grundläggande rättigheter och friheter väger tyngre och kräver skydd av personuppgifter, särskilt när den registrerade är ett barn.”

⁴⁷ Se Riktlinjer om automatiserat individuellt beslutsfattande och profilering enligt förordning (EU) 2016/679 av den 3 oktober 2017, WP251rev.01, <https://ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detail.cfm?item_id=612053>, besökt 6.1.2020, s. 20–25.

⁴⁸ EU har inte med stöd av artikel 16 om skydd av personuppgifter i Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt någon lagstiftningskompetens att allmänt reglera myndighetsförfaranden i medlemsstater. Allmänna EU-regler om ABF är därmed inte möjliga, eftersom EU, om sådana stiftades, skulle agera i strid med artikel 5.2 i Fördraget om Europeiska unionen (principen om tilldelade befogenheter, enligt vilken EU endast ska handla inom ramen för de befogenheter som medlemsstaterna har tilldelat den i fördragen för att nå de mål som fastställs där. Varje befogenhet som inte har tilldelats unionen i fördragen ska tillhöra medlemsstaterna). Däremot har EU befogenhet att reglera dataskydd för ABF. Enligt Europeiska dataskyddsstyrelsens Riktlinjer om automatiserat individuellt beslutsfattande och profilering enligt förordning (EU) 2016/679 av den 3 oktober 2017, WP251rev.01, s. 20, skulle artikel 22 innebära ett allmänt förbud mot helt automatiserat individuellt beslutsfattande, men riktlinjerna ger uttryck för en tveksamhet om ett sådant allmänt förbud då däri samtidigt sägs att ”[o]m artikel 22 tolkas som ett förbud, snarare än en rätt som kan åberopas, innebär detta att individer automatiskt skyddas från potentiella effekter av denna typ av behandling”. I och med att EU inte har kompetens att allmänt reglera myndighetsförfaranden i medlemsstaterna, utan begränsas i artikel 16 FEUF till reglering av dataskydd för individen vid behandling av personuppgifter hos unionens institutioner, organ och byråer och i medlemsstaterna, när dessa utövar verksamhet som omfattas av unionsrättens tillämpningsområde, samt om den fria rörligheten för sådana uppgifter, kan den extensiva tolkningen av artikel 22 inte omfattas. Exempelvis sociala förmåner och skatter hör till nationell lagstiftningskompetens, medan tullen är en EU-kompetens. Därmed blir rätten för den registrerade att inte bli föremål för ett beslut som enbart grundas på automatiserad behandling en individuell rättighet av *opt out*-karaktär utan en motsvarande skyldighet hos medlemsstatens myndigheter att avhålla sig från ibruktagandet av ABF. Detta gäller inom de flesta förvaltningsområden på nationell nivå, förutom t.ex. tullen, där artikel 6 i EU:s tullkodex förutsätter ABF.

betyder att nationell lagstiftning om användning av ABF vid myndighetsverksamhet i praktiken är nödvändig.

För det andra, ABF som baserar sig på maskininläring skulle antagligen inte på egen hand kunna följa ändringar i lagstiftningen eller domstolspraxis på ett sätt som skulle rikta om utfallet av ABF på det kategoriska och tvingande sätt som lagstiftaren och domstolen avsett. I stället skulle ABF-systemet förena sådana ändringar till tidigare uppgifter som inkluderats i maskininläringssystemet, vilket betyder att lagändringens innehåll relativiseras jämfört med den kategoriska inverkan som en lagändring borde ha. Däremot skulle ett regelbaserat ABF-system genomgå de förändringar som lagändringarna eller ändringarna i rättspraxis när dessa nya regler införs i mjukvaran, förutsatt att ABF-systemet upprätthålls på rätt sätt (se nedan).⁴⁹

För det tredje så skulle det förmodligen vara svårt att säkerställa öppenheten vid användningen av maskininläringssystem, till exempel så att en relevant förklaring av vilken information ABF-systemet använt sig av för att komma fram till en viss slutsats och hur den har kommit fram till en viss slutsats. Det torde således vara svårt att undvika ”svarta lådan”-situationer. Det här är problematiskt särskilt om algoritmen är av sådan karaktär, att den utvecklar sig på egen hand och modifierar sig genom att lära sig genom sitt arbete. Detta torde vara ytterst problematiskt om programmet är baserat på neurala nätverk som bygger på flera nivåer av noder.⁵⁰ Ett regelbaserat ABF-system är bättre lämpat för dessa ändamål, då det torde vara möjligt att ta fram logginformation om hur ett individuellt beslut fattats.

För det fjärde kan man framföra ett helt centralt argument mot användningen av maskininläring vid ABF: sådant beslutsfattande som baserar sig på prognos, hur träffsäkert det än är, kan inte fungera på basis av maskininläring om kravet på myndigheternas beslutsfattande är rättsstatlighet genom tillämpning av lagbundenhetsprincipen, eftersom beslut fattade genom maskininläring egentligen utgår ifrån

Därmed är det nödvändigt att det uppstår nationella regler om ABF och en separat laglig grund för ibruktagandet av ABF för varje område där man önskar använda ABF. Se även Suksi 2017, s. 297–298 och Suksi 2018a, s. 334–335, 369.

⁴⁹ Se Latifa Al-Abdulkarim – Katie Atkinson – Trevor Bench-Capon, A methodology for designing systems to reason with legal cases using Abstract Dialectical Frameworks. *Artificial Intelligence and Law* 24(1) 2016, s. 1–49 som först går igenom en antal regelbaserade system, baserade på formalisering av lagstiftning, som tillämpas på rättsfall, men övergår sedan till att utveckla och testa metoder som går ut på abstrakta dialektiska ramverk (Abstract Dialectical Framework, ADF). Användningen av vissa modulära tekniker verkar lovande med avseende på möjligheten att korrigera och komplettera rättsfalls materialet och ökar också transparensen, men såsom det konstateras i avslutningen behövs ytterligare forskning inom detta komplexa område för att man ska kunna utforma ”a substantial system to perform factor based reasoning in a legal domain”. Någon helt lätt lösning på problematiken är således inte i sikte.

⁵⁰ Se t.ex. Geslevich Packin – Lev-Aretz 2018, s. 92–93.

en stor datapool av tidigare beslut.⁵¹ Eftersom myndigheternas beslut inte kan basera sig på prognoser som uppgörs med utgångspunkt i tidigare beslut, utan bör basera sig på bestämmelser i materiell lagstiftning (och förfarandelagstiftning) och därmed uppfylla lagbundenhetskravet som föreskrivs av 2 § 3 mom. i grundlagen, förefaller regelbaserat ABF som det enda alternativet när ett system för ABF utformas.⁵² I det fall att ABF baserat på maskininläring utnyttjades, är det sannolikt att kopplingen till lag och därmed till lagbundenhetsprincipen skulle brytas, vilket skulle betyda att *rule of law* övergår i *rule of algorithm*. Det vore en ytterst problematisk utveckling.

Rapporten om användning av algoritmiska sätt för beslutsfattande verkar emellertid förhålla sig på ett något öppnare sätt till maskininlärande ABF-system. Där antyds nämligen att distinktionen mellan regelbaserade system och maskininläringssystem inte borde utesluta möjligheten att använda maskininläringssystem.⁵³ Det kan förstås tänkas att de problem som för närvarande är förknippade med maskininläring kan, i en inte helt överskådlig framtid, lösas på ett sätt som tryggar rättsstatligheten även när maskininläring används vid ABF, men för närvarande vore det tryggast att helt förbjuda maskininläringstekniker i anslutning till sådana ABF-system som myndigheterna använder för sitt beslutsfattande. Förbudet kan alltid upphävas i det skede när det eventuellt säkerställts att kontakten till rättsstatligheten kan upprätthållas vid ABF som baserar sig på maskininläring. Här borde en försiktighetsprincip råda.

Ett antal särskilda problem uppkommer även till följd av användningen av regelbaserat ABF, såsom behovet att modifiera mjukvaran när lagen ändras eller när domstolar eventuellt ändrar tolkningen av de materiella reglerna. I sådana situationer bör ändringar göras i programmet. Det som är typiskt för lagstiftning är att den

⁵¹ Om maskininläringens resultat i ABF som prognoser, se t.ex. Geslevich Packin – Lev-Aretz 2018, s. 88–89, 93. Se även s. 96 där de identifierar input, träning och programmering som de tre huvudsakliga orsakerna till bias (kränkning av likställdhet) vid användning av maskininläring, och s. 100–101 där de konstaterar att algoritmiska system kan leda till diskriminering av den orsaken att framtagandet av algoritmerna och programkoden baserar sig på mänskliga modeller om verkligheten och innehåller därför oundvikligen även mänskliga typer av "bias". Se vidare s. 102 där de konstaterar att algoritmer som ligger till grund för maskininläring inte kan skilja mellan orsakssamband och korrelation och att sådana algoritmer sällan kan upptäcka när ytterligare data behövs för att formulera en hållbar slutsats. Allt detta talar emot användning av maskininläring i myndigheternas beslutsfattande.

⁵² Se Trevor Bench-Capon, Legal Cases: Argumentation versus ML. ArgSOC at COMMA 2018, <<https://cgi.csc.liv.ac.uk/~tbc/publications/commaWorkshop18.pdf>>, besökt 11.12.2019, där denna synpunkt illustreras utifrån den rättsfallsbaserade engelska rättsordningens perspektiv.

⁵³ Koulu et al. 2019, s. 132 f. där det framförs att distinktionen mellan regelbaserade ABF-system och ABF-system som baserar sig på maskininläring kan förmildras samtidigt som ett ABF-system kan kombinera olika tekniker. Se även Bench-Capon 2018 där en motsvarande möjlighet till förmildring av distinktionen antyds, men där utgångspunkten ändå verkar vara regelbaserade system (låt vara att vissa maskininläringssystem förespeglar möjligheten att fungera regelbaserat).

befinner sig i konstant förändring. Om den gällande lagens innehåll ändras, såsom en bestämmelse om en social förmån, borde ändringen införas på korrekt sätt i mjukvaran för ABF från och med den dagen lagändringen träder i kraft. Det finns därmed ett behov av att upprätthålla beredskap för att modifiera ABF-systemet på det sätt som lagändringarna förutsätter.⁵⁴ Detsamma gäller för situationer där en domstol genom sitt avgörande framför en tolkning som avviker från eller modifierar de regler som ABF tillämpar: den nya tolkningen borde återges i ABF-systemets funktion så, att besluten som fattas genom ABF är i samklang med den nya tolkningen. Även i situationer där en domstol avgör frågor om ABF-beslutens lagenlighet och kanske upphäver beslut som fattats genom ABF borde det existera konstant beredskap att modifiera ABF-systemet och den mjukvara som systemet använder.

6 Hurdana bestämmelser om ABF ska ingå i lag?

Av orsaker som hör ihop med god förvaltning, ämbetsansvar och olika aspekter hos rättsstatligheten existerar det ett behov av att specificera genom bestämmelser i lag under vilka förutsättningar ABF kan användas vid myndigheter.⁵⁵ Detta behov existerar också på basis av de vita fläckar i rättsskyddet som uppstår när ABF tas i bruk vid myndigheter.

Enligt Wiese Schartum lämnar EU:s allmänna dataskyddsförordning en hel del omständigheter inom området för dataskyddet åt den nationella lagstiftaren att reglera (se ovan). Han framhåller exempelvis att dataskyddsförordningen inte

⁵⁴ Se härom Wiese Schartum 2018, s. 384 som anser att kraven på hur fakta formuleras i ett datasystem bör anses utgöra bindande beslut, och s. 393 där han framför att ABF innebär att juridiska regler som bestämmer beslut med utgångspunkt i insamlade fakta formuleras i ett program och att ABF etableras på förhand av personer som är involverade i utvecklandet av systemet (se även figuren på s. 391). Eftersom lagstiftningen och tolkningarna är föremål för konstant förändring inom sådana områden som sociala förmåner och beskattning, bör man dock anse att upprätthållarna av ABF-system kontinuerligt står inför behovet att ompröva tidigare programmeringsbeslut. I praktiken är dessa programmeringsbeslut sannolikt att uppfatta som interna myndighetsbeslut som inte är överklagbara, men olika övervakningsmyndigheter, justitieombudsmannen och justitiekanslern inbegripna, bör kunna inkludera sådana programmeringsbeslut i sin övervakning, och såsom framförts ovan borde algoritmen och källkoden i själva verket vara offentliga och tillgängliga för vem som helst. Angående kraven på beslut som gäller skapandet av ett ABF-system i Danmark, se Motzfeldt – Taheri Abkenar 2019, s. 95–98. Se också s. 98, 101 där det konstateras att inget stöd av lag för dylika interna beslut behövs enligt dansk rätt (så länge som verksamheten hålls inom en och samma myndighet, se s. 104–105), men att vissa vaga gränser gäller för sådant beslutsfattande utifrån principerna om förvaltningsintern delegation.

⁵⁵ Se även Wiese Schartum 2018, s. 393 som framhåller betydelsen av regler för ABF som upprätthåller rättsstatligheten och medborgarnas grundläggande rättigheter på samma sätt som nu gällande regler om mänskligt beslutsfattande.

begränsar den nationella lagstiftarens befogenhet att bestämma vilken typ av personuppgifter det är som myndigheten kan förutsätta att lämnas som grund för att till exempel ett förmånsbeslut eller beskattningsbeslut fattas. Allmänna dataskyddsförordningen har därmed ingen inverkan på hur en medlemsstat reglerar ABF i sin lagstiftning.⁵⁶ Det som däremot framstår som ett problem utifrån artikel 22 i allmänna dataskyddsförordningen är att det fortsättningsvis i viss mån är öppet vad som avses med ”beslut som enbart grundas på automatiserad behandling”, dvs. vad som avses med full automatisering av beslutsfattandet. Europeiska dataskyddsstyrelsen konstaterar i sina riktlinjer att automatiserad behandling innebär att ingen människa deltar i beslutsprocessen.⁵⁷ Om ABF producerar något som uppfattas som en rekommendation angående en registrerad och om en fysisk person gör en granskning och tar hänsyn till andra faktorer innan det slutliga beslutet fattas, är detta enligt riktlinjerna inte ett beslut som grundas enbart på automatiserad behandling. ”För att kunna klassificeras som mänsklig inblandning måste den personuppgiftsansvarige se till att granskningen av beslutet sker på ett meningsfullt sätt snarare än enbart som en symbolisk gest. Granskningen bör utföras av en bemyndigad person som har den kompetens som krävs för att ändra beslutet. Som ett led i analysen bör denna ta hänsyn till alla relevanta uppgifter.”

Enligt Wiese Schartum förefaller det emellertid existera olika grader av ABF, varmed det egentligen skulle behövas en tolkning av var den lägre gränsen för ABF dras,⁵⁸ och EU-domstolen kan bli tvungen att ta ställning även till denna fråga på samma sätt som till frågan om vad begreppet ”logik” i dataskyddsförordningen betyder. Wiese Schartum tänker sig, utifrån tekniska och juridiska perspektiv, att ett beslut som enbart grundas på automatiserad behandling 1) är enbart baserat på digitala datakällor, 2) enbart dessa digitala data behandlas automatiskt, och 3) att ingen individ har möjlighet att påverka det materiella resultatet.⁵⁹ Den mänskliga beslutsfattaren är då helt avskärmd från den nivån där individuella beslut hanteras och är i stället närvarande på den nivå där allmänna regler formuleras och omvandlas till den programkod som normalt innehåller alla de behandlingsskeden som behövs för hantering av individuella fall, dvs. allt från anhängiggörande till slutliga beslut i

⁵⁶ Wiese Schartum 2018, s. 393–394.

⁵⁷ Riktlinjer om automatiserat individuellt beslutsfattande och profilering enligt förordning (EU) 2016/679 av den 3 oktober 2017, WP251rev.01, s. 21.

⁵⁸ Wiese Schartum 2018, s. 394.

⁵⁹ Wiese Schartum 2018, s. 394.

individuella fall.⁶⁰ Detta tyder på att allmän reglering av ABF kunde omfatta alla de handläggningsskedena som i dagens läge finns i förvaltningslagen, dvs. allt från anhängiggörande till delgivning av beslut.

I rapporten om algoritmen som beslutsfattare framförs som rekommendation att förutsättningarna för algoritmiskt beslutsfattande stiftas genom lag. Resonemanget börjar med att fyra olika alternativ för ABF-reglering ställs upp, nämligen 1) att fortsätta med gällande lagstiftning, 2) att införa smärre ändringar sektorvis, 3) att använda en kombination av allmän lag och särbestämmelser och att 4) enbart stifta en allmän lag. I rapporten föreslås reglering av ABF genom lag enligt det tredje alternativet, dvs. såsom en kombination av allmän lag och särbestämmelser.⁶¹ Detta motsvarar i själva verket den reglering som för närvarande gäller för mänskligt beslutsfattande beträffande förvaltningsbeslut: det finns allmän lagstiftning av typen förvaltningslag och statstjänstemannalag, men den allmänna förfarandelagstiftningen kompletteras punktvis genom bestämmelser i sektorlagstiftningen. I rapporten framförs också att konsekvensbedömning borde göras till en regelmässig del av ibruktagandet av ABF på så sätt att ibruktagandet alltid skulle föregås av en AKB-process som utförs enligt ett visst mönster.⁶²

I rapporten ges dock ~~inga~~ specifika rekommendationer om vad allmän ABF-lagstiftning borde innehålla. Sådan lagstiftning borde, med utgångspunkt i det som framförts ovan i denna artikel, definiera vad god förvaltning betyder i en ABF-miljö genom att formulera principer och regler samt lämpliga åtgärder som är tillämpliga vid samma myndigheter såsom förvaltningslagens principer och regler och som kunde vara av följande slag:⁶³

- Tjänsteinnehavare ska alltid identifieras som de fysiska personer som bär ämbetsansvar för ABF-systemet och dess användning, och tjänsteinnehavarna i fråga ska bära ämbetsansvaret både i förvaltningsrättsligt

⁶⁰ Wiese Schartum 2018, s. 394–395. I en sådan situation där alla ovannämnda kriterier uppfylls skulle Europeiska dataskyddsstyrelsens ovannämnda riktlinjer helt klart omfatta ABF som sådant som faller inom ramen för artikel 22 i allmänna dataskyddsförordningen.

⁶¹ Koulu et al. 2019, s. 136–138.

⁶² Koulu et al. 2019, s. 138–139. AKB-processen skulle således motsvara miljökonsekvensbedömning enligt MKB-processen som har fastställts i lag. Om AKB-process i Danmark, se Motzfeldt – Taheri Abkenar 2019, s. 82–89. Se även Europeiska dataskyddsstyrelsens Riktlinjer om automatiserat individuellt beslutsfattande och profilering enligt förordning (EU) 2016/679 av den 3 oktober 2017, WP251rev.01, s. 22, som framför att "[i] sin konsekvensbedömning avseende dataskydd bör den personuppgiftsansvarige fastställa och registrera all mänsklig inblandning i beslutsprocessen och i vilket skede denna äger rum".

⁶³ Se även Suksi 2018a, s. 369–371 för en liknande tankegång.

avseende och i straff- och skadeståndsrättsligt avseende för beslut som fattas genom ABF.

- Ibrukttagandet och användningen av ABF ska ske med stöd av lag i fråga om varje enskild beslutsprocess där man önskar använda sig av ABF (medan den allmänna utformningen av juridiska förfaranderegler sker genom den allmänna ABF-lagen).
- Lagstiftningen ska innehålla specifikationer om vilka bestämmelser i gällande lagar inom området för allmän förvaltningsrätt som gäller i ABF-situationer.
- Beslutet som fattats genom ABF ska innehålla uppgifter om de offentliga (eller händelsevis privata)⁶⁴ register som ABF-systemet har använt sig av vid beslutsfattandet och en förklaring om hur denna registerinformation har använts,⁶⁵ eftersom det inte endast är fråga om ”big data”, utan om ”very big data” som på ett obligatoriskt sätt omfattar alla individer i samhället på ett mycket komplett och vanligtvis tämligen felfritt sätt.⁶⁶
- Det ska finnas principer om hur informationen som använts vid ABF gallras och utmönstras efter att den använts för de ändamål som beslutsfattandet avser.
- Ibrukttagandet av ABF som baserar sig på maskininlärning bör förbjudas, framför allt av orsaker som hänger samman med att kontakten till rättsstatligheten alltid ska upprätthållas, åtminstone tills rättsstatlighetsproblemet, ”svarta lådan”-problem och andra motsvarande problem med maskininlärande ABF-system har lösts.
- Det ska finnas bestämmelser om ABF-systemets öppenhet vad gäller algoritmen och källkoden (”logiken” enligt artiklarna 13.1 f, 14.2 g, 15.1 h i allmänna dataskyddsförordningen) och om den information som ABF-systemet använt sig av och när ABF använts i förhållande till en enskild individ.
- Det ska finnas en definition av situationer där ABF-förfaranden inte ska användas (såsom i förhållande till barn enligt skäl 71, sista satsen, i ingressen till allmänna dataskyddsförordningen; för avgörande av besvär

⁶⁴ Se Wiese Schartum 2018, s. 386-387 som framför privata företag och deras register som sådana vilka myndigheter kunde tänkas ha intresse av att utnyttja för sitt beslutsfattande. Då torde ändå tydligt stöd av lag kunna förutsättas.

⁶⁵ Se även Wiese Schartum 2018, s. 398-399 för en liknande slutsats.

⁶⁶ Angående datatransparens, se även Motzfeldt – Taheri Abkenar 2019, s. 307, 324-336.

eller vid rättelseförfaranden som gäller felaktigheter som uppstått vid ABF, etc.).

- Det ska föreskrivas att ett ABF-system som myndigheten tänker ta i bruk ska uppgöras så att användningen kan ske åtminstone på båda nationalspråken, finska och svenska, och också på andra språk, såsom samiska och kanske också engelska.⁶⁷
- Det ska finnas principer om utformning av algoritm och kodning av ABF-mjukvara, särskilt om sådan mjukvara skaffas genom offentlig upphandling (vilket skulle förutsätta bestämmelser om privata enheters delaktighet i skapandet av ABF-mjukvara för myndigheter).⁶⁸
- Det kan uppstå behov av att anpassa upphandlingsförfaranden för införskaffande av ABF-system genom särbestämmelser i lag om de steg som ska beaktas vid sådan upphandling, de standarder i lagstiftningen som ska följas och krav på öppenhet och överlåtelse av källkod och dess utvecklingsbarhet till upphandlingsenheten.

Den lagstiftning som föreslås här bör vara sådan att individer kan använda denna lagstiftning som en måttstock med vilken de kan bedöma om beslutet som fattats genom användning av ABF är fattade på rätt sätt, i likhet med den möjlighet som förvaltningslagen ställer till individernas förfogande när det gäller vanliga förvaltningsbeslut. Det som är ännu viktigare är att sådan förfarandelagstiftning för ABF skulle erbjuda en måttstock för de personer som skapar ABF-system och för de tjänsteinnehavare vid myndigheter som administrerar dem och ansvarar för deras användning. Samtidigt skulle ABF-systemet i egenskap av beslutsfattare underställas

⁶⁷ Det är i dagens läge ett problem utifrån ett språkrättsligt perspektiv att i de allmänna avtalsvillkoren för offentlig upphandling av tjänster föreskrivs i avsnitt 4.5. att "[t]jänsten ska produceras på finska, om inte något annat har avtalats. Personer som producerar tjänsten ska ha den språkkunskap som uppgifterna kräver." En sådan allmän avtalsklausul driver produktionen av ABF-mjukvara automatiskt i en enspråkig riktning. Se JYSE 2014 TJÄNSTER – Allmänna avtalsvillkor för offentlig upphandling av tjänster. Finansministeriet 2017.

⁶⁸ Olika bestämmelser ingår redan i JYSE 2014 TJÄNSTER – Allmänna avtalsvillkor för offentlig upphandling av tjänster. Finansministeriet 2017. Där finns bl.a. olika IPR-relaterade klausuler i avsnitt 20 som kan tillämpas på övergång av äganderätt till källkod från den externa mjukvaruproducenten till myndigheten och klausuler om sekretess och skydd av personuppgifter i avsnitt 21, men det är möjligt att en del av dessa borde tas in i lag för att hanteringen av upphandling inom detta område skulle vara enhetlig. Se Motzfeldt – Taheri Abkenar 2019, passim, om principer för utformning av ABF-system, och s. 105–109 där det framförs att det kan vara fråga om överföring av offentlig uppgift till privata aktörer när programmeringsarbete med tanke på ABF beställs hos privata tjänsteproducenter eller när databehandlingen läggs ut på privata tjänsteproducenter (se även s. 116–118 om avtal med IT-leverantörer). I sådana fall kunde det i Finland bli fråga om överföring av offentlig uppgift till andra än myndigheter enligt 124 § i grundlagen, men denna frågeställning öppnas inte upp i detta arbete.

motsvarande lagstiftning som den som tjänsteinnehavare är underställda. Avslutningsvis skulle sådan ABF-anpassad förfarandelagstiftning fungera som en måttstock för de besvärsmyndigheter, ofta förvaltningsdomstolar, som skulle avgöra besvärsmål föranledda av beslut som fattats genom ABF.

Det räcker emellertid inte med förfarandebestämmelser i en allmän ABF-lag, utan därtill behövs även bestämmelser i materiell lag, dvs. i den lag som ger en myndighet behörighet att fatta beslut i ett ärende. Det är i själva verket i materiell lag som den grund för utövning av offentlig makt bör etableras, såsom förutsätts i 2 § 3 mom. i grundlagen. Till den slutsatsen kommer man även utifrån de krav som grundlagsutskottet ställer på uppräknig av ärenden i GrUU 7/2019 rd: det räcker inte med att de ärendetyper som ABF-systemet kan användas inom räknas upp i propositionen. Slutsatsen bör därför bli att ärendetyperna bör räknas upp i en bestämmelse i materiell lag, i det aktuella fallet i det förslag till lag om behandling av personuppgifter i migrationsförvaltningen. Detta betyder att en ny proposition till motsvarande lag bör, om statsrådet önskar möjliggöra användning av ABF vid Migrationsverket, innehålla en uppräknig av de ärendetyper där ABF kan komma till användning. Det är således med den exakthet som en grund i lag bör läggas för ABF. Det här är givetvis viktigt också från ett individperspektiv, för en individ behöver känna till när ABF används och blir obligatorisk i hans eller hennes fall. När lagbestämmelser lägger en grund i lag för användning av ABF, är det dock sannolikt att den allmänna förfarandelagstiftningen för ABF ibland behöver anpassas för det särskilda sammanhang där ABF används genom särskilda förfarandebestämmelser i den materiella lagstiftningen. Den allmänna förfarandelagstiftningen om ABF behöver därför bli subsidiär i förhållande till eventuella särbestämmelser i materiella bestämmelser om ABF.

7 Avslutning

Sedvanliga besvärsförfaranden som används i förhållande till beslut som fattats genom ABF kan resultera i att domstolar öppnar upp de ~~svarta lådor~~ av ABF, som det sannolikt tämligen begränsade antal fall utgör där besvär över huvud taget anförs. Repressivt rättsskydd genom besvärsmöjligheter är därför inte tillräckligt i ett ABF-sammanhang, utan mekanismer inom preventivt rättsskydd, som är tillämpliga i förhållande till varje beslut som fattats genom ABF, är också nödvändiga. Det är mycket problematiskt att många av de preventiva rättsskyddsmekanismer som upprätthåller lagbundenhetsprincipen i anslutning till förvaltningsbeslut och förvaltningsförfarande blir åsidosatta när ABF tas i bruk. Den ~~svarta lådan~~ borde därför öppnas helt eller åtminstone delvis redan innan beslut fattas med hjälp av ABF.

Det bör finnas förfarandebestämmelser om ABF i lagstiftningen, men skapandet av sådana bestämmelser bör föregås av ett strategiskt val om huruvida bestämmelserna införlivas i gällande lag, där de skulle komplettera gällande beslutsförfaranden, eller samlas i en separat och helt ny lag om ABF. Vissa bestämmelser om ABF kunde sannolikt bli införlivade i lagstiftning som gäller särskilda förvaltningsområden, men en stor del av de regler som behövs för allmän reglering av ABF borde samlas i en separat allmän lag. Grundlagsutskottet anser i sitt utlåtande GrUU 7/2019 rd att man inte borde ”reglera det administrativa beslutsfattandet i fråga om automatiserade enskilda beslut genom enskilda punktvisa lagförslag”. Utskottet hänvisar här till det att sådana ”problem med regleringen som utskottet konstaterar visar sammantaget att automatiserat beslutsfattande är förenat med konstitutionella frågeställningar som utan en omsorgsfullt genomförd grundberedning inte utan problem kan lösas vid riksdagsbehandlingen. Således är den tydligaste lösningen att den föreslagna bestämmelsen i 21 § stryks ur lagförslaget och att statsrådet omsorgsfullt och med iakttagande av ett gott lagberedningsförfarande utreder behoven att ändra den allmänna lagstiftningen om automatiserat beslutsfattande, och vid behov bereder en allmän lagstiftning om automatiserat beslutsfattande som eventuellt kan preciseras genom speciallagar som beaktar respektive förvaltningsområdes särdrag.” Utöver denna allmänna inställning framtagen i lagstiftningsskedet pekar de avgöranden av biträdande justitieombudsmannen som för närvarande existerar om tillämpning av ABF i samma riktning genom att lyfta fram ett antal allmänna problem och brister. En allmän lag om ABF tillsammans med en del särregler inom materiell lagstiftning är således den väg man torde välja. Detta vägval är egentligen inte svårt med tanke på att även den nu gällande lagstiftningen om förvaltningsförfarande baserar sig på samma princip. Därtill bör materiell lagstiftning innehålla bestämmelser som bemyndigar en myndighet att ta i bruk ABF för vissa ärendetyper som anges i lag.

Användningen av ABF kommer således att resultera i en nödvändighet att stifta nya typer av förfarandebestämmelser som är skräddarsydda för ABF-sammanhang och det är viktigt att börja tänka på hurdana nya regler det bör finnas i lagstiftningen (att göra som i dag, dvs. tillämpa gällande regler, hur teknologineutrala de än må uppfattas, kommer troligtvis att förr eller senare visa sig helt otillräckligt). Hur lagstiftningen än utformas är en central utgångspunkt den att personer som utvecklar algoritmen och källkoden och personer som administrerar mjukvaran vid myndigheter bör vara medvetna om betydelsen av olika mekanismer för preventivt rättskydd i anslutning till ABF, inte enbart om betydelsen om repressivt rättsskydd genom besvärsmekanismer.

Det finns ett uppenbart behov av att medvetet upprätthålla en stark koppling till rättsstatligheten när ABF används i myndighetsverksamhet. Det kan förmodas existera ett stort behov av ABF inom det offentliga beslutsfattandet, med motsvarande behov av noggrann reglering i lag, varmed myndigheternas användning av ABF kan tänkas skilja sig från den privata sektorns användning av automatiserade processer, där mera flexibilitet kan tillåtas. Bland annat torde endast regelbaserade system för ABF vara förenliga med rättsstatligheten. Därför borde användningen av ABF i myndigheternas verksamhet avgränsas så, att användningen av maskininläringstekniker vid ABF förhindras. Därmed skulle man också stävja en möjlig utveckling från *rule of law* till *rule of algorithm*. Behovet av gränser för användningen av maskininläringstekniker inom myndighetsverksamheten dikteras även av en försiktighet som man bör följa vid utnyttjandet av alla de möjligheter som den nya tekniken erbjuder.

Olika mekanismer för preventivt rättsskydd bör alltså skapas även för ABF genom lag, men det är sannolikt att ABF föranleder ett behov av andra typer av preventiva rättsskyddsmedel än de som för närvarande finns för mänskligt beslutsfattande i till exempel förvaltningslagen. EU:s allmänna dataskyddsförordning räcker inte långt i sammanhanget, eftersom den innehåller regler endast för ett ganska snävt dataskyddsområde som inte täcker hela området för förvaltningsförfarande. Rättsordningen bör därför kompletteras med allmänna principer på den vanliga lagstiftningens nivå för användning av ABF. Det är också möjligt att ABF borde nämnas i grundlagen, exempelvis i 21 §, för att ABF vid myndigheter alltid skulle ske på det sätt som förutsätts i 2 § 3 mom. i grundlagen, dvs. med stöd av lag. Kanske den upphävda personuppgiftslagens bestämmelse om att ”sådana beslut som enbart grundas på automatiserad behandling av uppgifter är tillåtna endast om detta har reglerats i lag” borde skrivas in i grundlagen. Ett krav på att ABF används med stöd av lag gäller redan i dagens läge genom tolkning av ovannämnda bestämmelser i grundlagen, men det vore viktigt att kodifiera kravet i grundlagen för att förstärka rättsstatligheten, principerna om god förvaltning och ämbetsansvar, med tanke på en framtid där ABF används i en allt större utsträckning.