



Fagfelleurdert vitenskapelig artikel

Offentlige myndigheder, digitalisering og god forvaltning: Holder de loven? Holder loven?

En undersøgelse af grænselandet mellem retskilder og levende ret

Søren Stig Andersen og Ulrik B.U. Røhl*¹

Resume

Den stadige teknologiske udvikling skaber løbende nye muligheder for offentlige myndigheders brug af digital teknologi til at understøtte deres opgaveløsning, uden at dette nødvendigvis er udtømmende reguleret i forvaltningsretlige retskilder som forvaltningslov og ombudsmandspraksis mv. I denne artikel kombinerer vi en retsvidenskabelig analyse med en kvalitativ undersøgelse af praksis hos danske offentlige myndigheder med henblik på at undersøge, hvorledes forskellige retsregler, principper, værdier og ekstralegale normer påvirker myndighedernes anvendelse af digital teknologi i sagsbehandlingen. To forskellige forvaltningsretlige temaer er i fokus: 1) myndigheders udformning og kommunikation af begrundelser, når der træffes afgørelser, og 2) myndigheders løbende kvalitetssikring af digitale løsningers understøttelse af

¹ Artiklen er delvist baseret på forskning finansieret af det af Kommunernes Landsforening (KL) ejede aktieselskab, KOMBIT A/S. Efter forfatterens bedste vurdering er der ikke tale om en interessekonflikt.

*E-post:

Forfatterne er oplistet alfabetisk. Artiklen er udarbejdet af forfatterne i fællesskab. Kontakt:

- Søren Stig Andersen, PhD, cand. jur., Institut for Fødevarer- og Ressourceøkonomi, Københavns Universitet; ssa@ifro.ku.dk og +45 3532 4040.

- Ulrik B.U. Røhl, PhD-stipendiat, cand. scient. adm., Center for Organisation, Management og Administration, Institut for Politik & Samfund, Aalborg Universitet; uhr@dps.aau.dk og +45 2913 3842.

sagsbehandling. Mens det ene tema (begrundelser) er adresseret direkte i lovgivningen samt domstolens og Ombudsmandens praksis, er det andet tema (løbende kvalitetssikring) stort set kendetegnet ved et fravær af autoritative retskilder. Vores undersøgelse viser, at uanset om der er tale om et område, der er tydeligt adresseret i retskilder eller ej, kan dybereliggende, mere immanente forvaltningsretlige principper og værdier have vanskeligt ved at slå igennem i myndighedernes praksis. Desuden konkluderes det, at i situationer uden tydelige autoritative retskilder kan ekstralegale normer have væsentlig betydning for myndighedens praksis.

Nøgleord: Digitalisering; Automatiske afgørelser; Forvaltningsret; Kritisk retspositivisme; Levende ret; Ekstralegale normer; Begrundelser; Kvalitetskontrol.

Forpil: En fiktiv, men ikke urealistisk fortælling²

Klokken er 14.30 i en fiktiv styrelse i den danske centraladministration. Der er møde om et nyt ambitiøst it-projekt, hvor automatisk billedgenkendelse ved hjælp af machine learning skal gøre det muligt ud fra luft- og satellitbilleder løbende at identificere, hvorvidt fredningsbestemmelser overholdes rundt om i landet. Det vil potentielt medføre væsentlig større kontrolintensitet og samtidig lavere udgifter, herunder for kommunerne, som efter planen skal kunne tilgå systemet. Mødet har fire deltagere: Ajda, der er direktionssekretær, Pernille fra it-enheden, Bent, der sidder i styrelsens fredningskontor, og Kurt, som er jurist samme sted. De tre førstnævnte har været med til tidligere møder om det planlagte system, mens Kurt kun er blevet orienteret sporadisk om det på forskellige kontormøder.

Det fremgår af mødeindkaldelsen, at ledelsen ikke har lagt sig fast på, i hvilket omfang

² Forspillet er et såkaldt "composite narrative" ("en sammensat historie") og er som sådan inspireret af bl.a. Huberman & Miles (1994) og Willis (2019). Der er tale om en fiktiv historie, som bygger på interviewdata og forfatterens refleksioner over egne erfaringer med henblik på at formidle en sammenhængende historie eller sekvens. Trods det, at historien er fiktiv, er den således ikke urealistisk. Det muliggør en anonymiseret præsentation af de interviewedes udsagn, samtidig med at rigdommen og kompleksiteten i konkrete situationer og personlige historier fastholdes over for læseren (Willis, 2019: 476f).

systemet skal anvendes i styrelsens sagsbehandling. På mødet skal det drøftes, om der er relevante forvaltningsretlige begrænsninger i forhold til udviklingen af systemet, samt om systemet vil kunne indgå i en automatiseret proces, som i sidste ende kan danne grundlag for afgørelser om manglende overholdelse af fredningsbestemmelser. Ledelsen er bl.a. bekymret for, hvordan systemet i givet fald vil blive modtaget hos lods- og ejendomsejere uden særlig it-indsigt.

På mødet starter Pernille fra it-enheden med at fortælle om systemet, der vil blive oplært ved hjælp af store mængde luftfotos af fredede arealer og bygninger med angivelse af, hvorvidt fredningen på basis af en sædvanlig menneskelig stillingtagen anses for overholdt. Man regner med at det færdigudviklede system kan opnå en korrekt identifikationsgrad på 90–95 %.

Ajda fra direktionen spørger Kurt, hvilke forvaltningsretlige overvejelser det umiddelbart giver anledning til. Kurts umiddelbare tanker går på, om 90 % er godt nok, og hvordan man nu kan være sikker på, at det også er den reelle fejlrate. Pernille talte nemlig både om "false positives" og "false negatives", som baggrund for den nævnte fejlrate. Han spekulerer også over, hvordan lods- og ejendomsejere mon vil modtage et sådant system: Vil de kunne gennemskue, hvordan det fungerer, og hvordan kan forvaltningslovens begrundelseskrav bedst muligt håndteres i den sammenhæng? Og hvad med kommunerne – vil de have tilstrækkelig mulighed for at udfordre de resultater, som systemet kommer frem til?

Imens Kurt sidder og funderer, virker det, som om stemningen på mødet ændrer sig. Først virkede det på Pernille og Ajda, som om der bare var tale om en formalitet, der bare skulle overstås, men nu har de fået et lidt irriteret og utålmodigt udtryk. Kurt aner ærlig talt ikke, hvad han skal mene. Styrelsen skal selvfølgelig overholde de forvaltningsretlige regler og principper. På den anden side vil han nødig være den, der stiller hindringer i vejen for et smart og vigtigt projekt.

1 Indledning

Som det lille forspil i en anonym statslig styrelse antyder, er det ikke altid lige let for offentlige myndigheder at blive kloge på de forvaltningsretlige rammer, når en myndighed ønsker at anvende avanceret digital teknologi til at understøtte varetagelsen af myndighedsopgaver.

Udfordringerne skyldes i høj grad, at den teknologiske udvikling i de seneste årtier har været næsten eksponentiel, samtidig med at danske og andre nordiske myndigheders teknologianvendelse – også set i en international kontekst – er ganske omfattende (se fx FN's globale rangering (United Nations, 2020: 6)). Som følge af denne udvikling opstår der til stadighed nye muligheder for offentlige myndigheders teknologianvendelse, som ikke er udtømmende behandlet i autoritative, forvaltningsretlige retskilder (forvaltningslov, ombudsmandspraksis mv.). Ligesom på andre samfundsområder, der er præget af væsentlige nybrud, medfører dette risiko for et fravær af et klart retligt grundlag for myndigheders teknologianvendelse (Motzfeldt, Ullits & Kjellerup, 2020: 27).

Selv om Ombudsmanden med jævne mellemrum udbygger sin praksis på området (se fx Folketingets Ombudsmand, 2020a), og der efterhånden også eksisterer en række relevante generelle (se fx Motzfeldt & Abkenar, 2019; Motzfeldt, 2015; Fenger, 2014) og specifikke litteraturbidrag vedrørende fx skøn i afgørelsessager (Vonger, 2017), gennemsigtighed og begrundelser (Olsen et al., 2019) og brugen af "machine learning" og kunstig intelligens (Loiborg, 2020; Motzfeldt, 2020b), er der stadig en række ubelyste delområder, herunder hvordan myndigheder anvender forvaltningsretten i praksis på det digitale område.

I denne artikel foretages en nærmere undersøgelse af, hvorledes offentlige myndigheder griber anvendelsen af digitale løsninger an i forbindelse med to udvalgte temaer, der begge relaterer sig til god myndighedsadfærd:³ 1) Udformning og kommunikation af begrundelser i forbindelse med digitale løsninger, samt 2) myndigheders løbende kvalitetssikring af anvendelsen af digitale løsninger. På baggrund af en retlig analyse beskrives de forvaltningsretlige krav og hensyn, som efterfølgende sammenholdes med myndighedernes faktiske praksis belyst gennem en række kvalitative interviews. Så vidt vides, er det den første analyse af sin art, hvor en retsvidenskabelig beskrivelse af det normative grundlag på den måde sammenlignes direkte med danske myndigheders

³ Begrebet "god myndighedsadfærd" omfatter i denne artikel en bredere vifte af regler og normer af både retlig og ikke-retlig karakter for myndigheders praksis, og afviger dermed fra "god forvaltningsskik", som i Danmark navnlig udledes af udtalelser fra Folketingets Ombudsmand.

anvendelse af digitale løsninger.⁴

Der er tale om en tværdisciplinær undersøgelse baseret på en metodemæssig kombination af en retsvidenskabelig analyse med et retsdogmatisk udgangspunkt i autoritative retskilder og en kvalitativ analyse, der med udgangspunkt i et stort antal interviews med praktikere og beslutningstagere blandt danske offentlige myndigheder indkredser de principper og værdier – ”den levede ret” om man vil – der i praksis har betydning for myndigheders anvendelse af digitale løsninger til understøttelse af sagsbehandling.

Gennem sammentænkningen af de to tilgange bidrager artiklen med en mere præcis og dækkende beskrivelse af de forvaltningsretlige praksisser i forbindelse med digitaliseringen af den offentlige forvaltning, end det er muligt at opnå ved alene at anvende den ene tilgang. Endvidere kan sammenligningen af den levende ret med den retsdogmatiske beskrivelse af retten bruges til at identificere områder, hvor der er signifikante afvigelser imellem de to. Sådanne afvigelser indikerer et særligt behov for afklaring bl.a. i forbindelse med fremtidige reguleringstiltag og ny ombudsmandspraksis. Populært sagt spørger vi i artiklen således både, om myndighederne holder loven, og om loven holder.

Der er tale om en problemstilling, som synes at gøre sig gældende i alle de nordiske lande, der uanset indbyrdes forskelle er præget af historisk set relativt ensartede forvaltningstraditioner (Mäenpää & Fenger, 2019). Selv om der i artiklen vil være primært fokus på dansk forvaltningsret og erfaringer fra danske forvaltningsmyndigheder, må det derfor antages, at resultatet af analyserne også vil bidrage til forståelsen af samspillet mellem ret og praksis i forbindelse med myndigheders anvendelse af avanceret teknologi i de øvrige nordiske lande.

⁴ På opdrag fra det danske Skatteministerium gennemførte Kammeradvokaten (2015) en såkaldt legalitetsanalyse af en afgrænset del af de it-løsninger, der på daværende tidspunkt understøttede skattevæsenets automatiske inddrivelse af borgeres gæld. Der var således tale om en analyse alene af selve de nævnte it-løsninger og ikke skattemyndighedernes praksis i relation til disse. Endvidere har Motzfeldt (2020a) via sager angående borgerhenvendelser og kvalitative interviews med kommunale borgerrådgivere i Danmark søgt at undersøge, om myndighedernes praksis er i overensstemmelse med forvaltningsloven mv. I modsætning til disse er nærværende undersøgelse baseret på interviews med myndighedsrepræsentanter, som på forskellig vis arbejder med implementering og brug af digitale løsninger.

Artiklen er disponeret således, at næste afsnit indeholder en uddybning af artiklens teoretiske fundament, hvorefter den bagvedliggende metode beskrives i afsnit 3. Herpå følger den tværdisciplinære analyse af de to eksempler på samspejlet mellem det retlige grundlag og myndigheders praksis: I afsnit 4 er genstanden for analysen myndighedernes udformning og kommunikation af begrundelser, mens afsnit 5 indeholder analysen i relation til løbende kvalitetssikring. I afsnit 6 følger en samlet diskussion og i afsnit 7 en konklusion og kort perspektivering af navnlig de retsvidenskabelige anvendelsesmuligheder af artiklens metode. Endelig afsluttes artiklen med et efterspil, hvori der på basis af de opnåede resultater følges op på forspillet fra den fiktive styrelse.

2 Teoretisk fundament

Det er ikke et ukendt fænomen, at en sædvanlig retsdogmatisk analyse af nedskrevne retskilder ikke giver et tilstrækkeligt grundlag for en fyldestgørende beskrivelse af de normative rammer for et givent retsområde. Denne erkendelse har i vidt omfang været konstituerende for den retspessimistiske gren af retssociologien (Dalberg-Larsen, 1990: 85ff), mens traditionel retsdogmatik ofte indskrænker sig til at anvende autoritative retskilder uden nødvendigvis at adressere de retskildemæssige begrænsninger.

Traditionel retsdogmatisk analyse udfordres i særlig grad af manglende nedskrevne og autoritative retskilder på samfundsområder, der er præget af ikke-formaliseret, eventuel lokal rets- og normdannelse.⁵ Tilsvarende gælder samfundsområder, der – som det er tilfældet med digitalisering af myndigheders sagsbehandling – undergår store og hastige forandringer, og hvor retskilderne ikke nødvendigvis kan følge med udviklingen. På sådanne områder kan der derfor være behov for ikke alene at inddrage tilgængelige skriftlige retskilder, men også hvad den tidlige østrig-ungarske retssociolog, Eugen Ehrlich, kaldte den levende ret (1913/1989: 409-426). Ehrlich var interesseret i de regler og normer, der rent faktisk er styrende for interaktionen mellem borgerne (såvel som mellem andre retssubjekter), uanset om disse kunne udledes af autoritative retskilder eller ej. Hans pointe var, at det i mange tilfælde er nødvendigt at supplere den traditionelle juridiske retskildelære med observationer af borgernes adfærd med henblik

⁵ Se eksempelvis Santos' (2002: 155-158) beskrivelse af 'Pasarda'-retten i en brasiliansk favela.

på at udlede de styrende regler og normer på et givent retsområde.

Myndigheder, der anvender digitale løsninger til understøttelse af sagsbehandling, er naturligvis bundet af det grundlæggende, juridiske legalitetsprincip og skal sikre, hvad man på moderne skandinavisk kan kalde "forvaltningsretlig compliance" (Motzfeldt & Naesborg-Andersen, 2018: 139). Herudover er såvel dansk forvaltningsret som forvaltningsretten i de øvrige skandinaviske lande generelt præget af en relativ lav grad af kodificering, og mere generelle forvaltningsretlige principper har derfor – som betydningen af "god forvaltningsskik" i Danmark indikerer – stor betydning. Som allerede nævnt adresseres myndighedernes brug af digitale løsninger til at understøtte sagsbehandlingen dog alene i begrænset omfang af den forvaltningsretlige regulering og andre forvaltningsretlige retskilder.

I denne artikel analyseres denne problematik med udgangspunkt i den finske retsteoretiker, Kaarlo Tuoris, kritiske retspositivisme, hvor retten anskues som et fænomen, der gør sig gældende på tre forskellige niveauer svarende til forskellige "bevidsthedslag". Tuoris teoridannelse muliggør en analyse af grundlaget for myndighedernes praksis, herunder om den er baseret på lovgivning og andre traditionelle retskilder, på dybereliggende, mere immanente retlige principper og værdier, eller på andre, mere uformelle "ekstralegale" normer. Samtidig har teoridannelsen visse overordnede fællestræk med tilsvarende 3-delte forståelser af fx kultur (Schein, 1985) og institutioner (Scott, 2014) og understøtter i det hele taget artiklens tværdisciplinære tilgang.

I Tuoris analytiske differentiering udgøres det øverste niveau af sprogligt formuleret retsnormer, som navnlig kommer til udtryk gennem regulering (forstået som autoritativt fastsatte regler), retspraksis mv. og juridisk litteratur (Tuori, 2002: 154ff). Inden for den danske forvaltningsret kan det eksempelvis dreje sig om forvaltningsloven, offentlighedsloven og databeskyttelsesforordningen, relevante domstolsafgørelser samt ombudsmandspraksis og myndighedernes administrative praksis. I det omfang forvaltningsretlige principper, retsgrundsætninger mv. mere eksplicit kommer til udtryk i disse retskilder eller i den juridiske litteratur, er de også at betragte som del af overfladelaget.

Ifølge Tuori eksisterer der under det øverste lag et retligt mellemlag, der er præget af den pågældende retskultur, og som er repræsenteret ved det, som Tuori benævner "metanormer"; det vil sige principper, værdier og tankemønstre, som ikke umiddelbart

er observerbare. Disse er i stort omfang bestemmende for den konkrete anvendelse af retskilder og har fx betydning for løsningen af eventuelle modsigelser mellem regler og i fortolkningen af tvetydige formuleringer i overfladelaget (Tuori, 2002: 192).

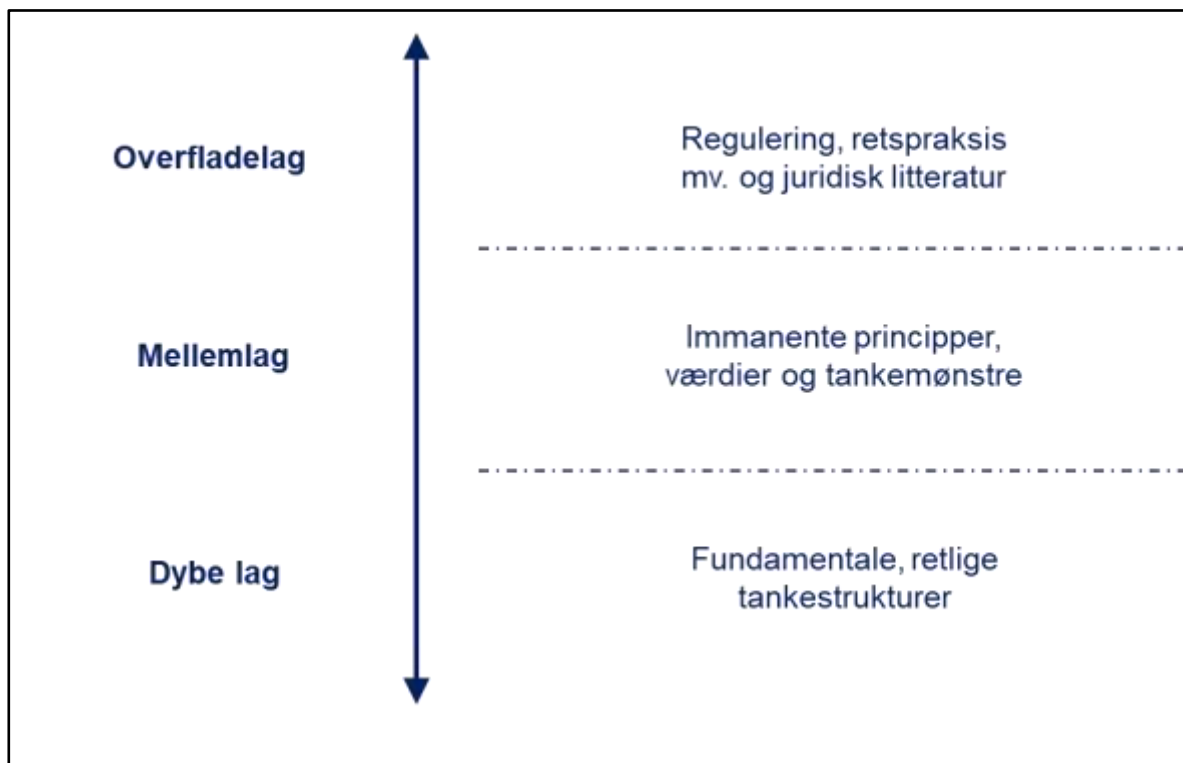
Mellemlagets metanormer har en diskursiv karakter, som sætter rammer for, hvordan vi tænker og forstår retten. De er ikke at betragte som sædvanlige retsdogmatiske udsagn om gældende ret, men er et mere abstrakt fundament for de retlige fænomener i overfladelaget. Således er det også med udgangspunkt i observerbare fænomener i det øverste retlige lag, at indholdet af mellemlaget analytisk kan udledes eller rekonstrueres (Tuori, 2002: 163).

Sondringen mellem retslagene udgør et nyttigt analytisk værktøj til beskrivelse af, hvorledes adfærd påvirkes af forskellige typer retlige fænomener, uanset at man i praksis ikke altid kan trække en entydig grænse mellem overfladelaget og mellemlaget. Det gælder eksempelvis det forvaltningsretlige proportionalitetsprincip, hvor en konkret, retskildenær fortolkning kan henføres til overfladelaget, mens en mere generel, "underbevidst" afvejning af forholdet mellem myndigheders indgreb og målsætningen med indgrebet formentlig i højere grad henføres til mellemlaget.

Et særegent element i Tuoris kritiske retspositivisme er det, som han anser for det dybe, normative lag. Her råder fundamentale retlige strukturer, som leder tanken hen på det freudianske underbevidste (Tuori, 2002: 184). Indholdet af denne art juridiske "black box" er i sagens natur endnu vanskeligere at indkredse, end det er tilfældet med mellemlaget. Tuori peger bl.a. på den betydning, som begrebsliggørelsen af retten har for den måde, som mennesker forstår og diskuterer ret på. Abstrakte ideer som forestillingen om retsstaten, forståelsen af lighed for loven og værdien af lovbaseret forvaltning kan formentlig tillige siges at være forankret i det dybe lag, selv om de også kommer til udtryk i såvel mellemlaget som overfladelaget, fx i forbindelse med konkrete afgørelser eller omtale i den retsvidenskabelige litteratur. Også her kan en eksakt differentiering mellem de respektive lag være vanskelig.

Sammenhængen mellem de tre lag er illustreret i Figur 1.

Figur 1: Illustration af Tuoris 3-delte forståelse af retten (2002). Egen tilvirkning.



En sædvanlig retsdogmatisk analyse af et givent retsområde vil typisk have fokus på overfladelaget og dens mere håndgribelige repræsentation af retskilderne. Men i såvel konkret retsanvendelse som i retsvidenskabelige undersøgelser kan de to dybere lag spille en væsentlig rolle. Eksempelvis peger Tuori på den retsforståelse, som retsanvendere trækker på, når de skal begrunde resultatet i vanskelige sager ("hard cases") (2002: 163).⁶

I retsvidenskabelige analyser af gældende ret kan det på tilsvarende vis være nødvendigt at søge mod principper, tankestrukturer mv. i de to dybere lag, uanset om de konkret opfattes som retskilder eller ej. Behovet for at søge mod de to dybere lag gør sig bl.a. gældende på relativt nye retsområder, hvor der, jf. artiklens indledning, må forventes at være retlige spørgsmål, som ikke umiddelbart kan besvares ud fra retskilderne i

⁶ Tilsvarende argumenterer den amerikanske retsfilosof, Ronald Dworkin, for at dommere i sådanne "hard cases", som typisk er præget af vag og uklar lovgivning og præcedens samt eventuelt indbyrdes konflikter, må søge bag om reglerne og præcedens til underliggende, mere abstrakte principper mv. (1977/2013: 108).

overfladelaget. Som det vil fremgå er det bl.a. særlig tilfældet i forbindelse med krav til den løbende kvalitetssikring af myndigheders teknologianvendelse, jf. afsnit 5 nedenfor.

Ifølge Tuori er de tre lag kendetegnet ved forskellige dynamikker (2002: 192-193). Mens overfladelaget beskrives som relativt turbulent på grund af hyppige ændringer i form af ny lovgivning, ny retspraksis mv., tager det længere tid, før ændringer slår igennem i mellemlagets retskultur. I relation til myndigheders teknologianvendelse indebærer det en risiko for, at også de dybereliggende værdier og principper i mellemlaget halter efter den hurtige teknologiske udvikling i forhold til at kunne udfylde eller supplere reglerne i overfladelaget, når disse ikke adresserer de nyopståede forvaltningsretlige spørgsmål.

Ikke mindst af den grund er det relevant at overveje, hvorvidt andre, ekstralegale normer har betydning for myndighedernes teknologianvendelse i relation til spørgsmål, som ikke er tydeligt adresseret af retskilder i overfladelaget eller alene berøres af dybereliggende, mere immanente principper og værdier. Spørgsmålet er med andre ord, om fraværet af tydelige autoritative retskilder indebærer, at mere uformelle normer får større betydning. Tuori er selv opmærksom på relevansen af sådanne ekstralegale normer, uden at de dog har en fremtrædende rolle i hans beskrivelse af retten (2002: 157). Imidlertid kan der hentes inspiration i Eugen Ehrlich's forståelse af den levende ret, som – uden at Ehrlich selv anvender dette begreb – kan siges også at omfatte ekstralegale normer med reel betydning for det pågældende retsområde, og som derfor bør være en del af det retsvidenskabelige genstandsfelt (Ehrlich, 1913/1989).⁷ Sådanne normer kan i nærværende sammenhæng fx tænkes at udspringe af it-faglige standarder mv.

I forlængelse af disse teoretiske overvejelser kan vi nu nuancere artiklens forskningsmæssige spørgsmål: Baseret på en sammenligning af gældende ret iht. autoritative retskilder med myndigheders praksis undersøger vi, i hvilket omfang

⁷ Det er en traditionel retsfilosofisk udfordring at vurdere, hvorvidt en given norm, der ikke kan henføres til en traditionel retsdogmatisk retskilde, må anses for at være af retlig eller ekstralegal karakter. Den østrigske retsfilosof, Hans Kelsen, forsøgte i første halvdel af 1900-tallet at opnå en entydig afgrænsning af den retlige normstruktur ved hjælp af et formelt gyldighedskriterium (Kelsen, 1934), mens tænkningen særlig efter 2. verdenskrig har været domineret af en erkendelse af det vanskelige i en sådan entydig afgrænsning (Dworkin, 1977/2013; Finnis, 1980). Tuoris differentiering er imidlertid et egnet analytisk værktøj til at vurdere, hvorvidt en konkret norm, som den fx kommer til udtryk i udsagn fra de interviewede respondenter, kan henføres til enten retskilder i overfladelaget, immanente principper, tankestrukturer mv. i de to dybere retslag eller ekstralegale normer.

myndighederne i forbindelse med anvendelse af digitalt understøttet sagsbehandling er påvirket af dybereliggende forvaltningsretlige principper, tankestrukturer mv., samt i hvilket omfang andre, ekstralegale normer har betydning for samme anvendelse.

3 Metode

Artiklen hviler på en komparativ undersøgelse af to afgrænsede temaer, der eksemplificerer myndigheders anvendelse af digitale løsninger til understøttelse af sagsbehandling: udformning og kommunikation af begrundelser (afsnit 4) og myndigheders løbende kvalitetssikring af sagsbehandlingen (afsnit 5). Inden for hvert tema sammenholdes myndighedernes praksis, overvejelser og kontekstopfattelser, som disse kommer til udtryk i interviews med en række myndighedspersoner, med de forvaltningsretlige krav og hensyn. Efterfølgende foretages en samlet analyse på baggrund af de to delundersøgelser med henblik på at besvare spørgsmålet om betydningen af hhv. de forskellige retlige lag og ekstralegale normer, når der, som det er tilfældet i forbindelse med myndighedernes teknologianvendelse, kan forventes at være huller og uklarheder i retstilstanden. Mens der for så vidt angår det første tema (udformning og kommunikation af begrundelser) forventes et relativt stort omfang af autoritative skriftlige retskilder, forventes der i relation til det andet tema (løbende kvalitetssikring af teknologianvendelsen) et væsentlig mindre omfang af sådanne kilder.

Metodisk er der tale om en retsvidenskabelig analyse af deduktiv karakter, som kombineres med en (induktiv) kvalitativ analyse af praksis og bagvedliggende overvejelser via respondenterne. Den retsvidenskabelige analyse er baseret på retsdogmatisk metode i sædvanlig forstand og den dertil knyttede retskildelære (se fx Zahle, 1999). Der tages således udgangspunkt i eksisterende regulering, herunder forvaltningsloven og offentlighedsloven, og hvorledes disse må fortolkes i lyset af retspraksis samt ombudsmandspraksis og administrativ praksis. Endvidere inddrages også den juridiske litteratur indeholdende fortolkningsbidrag samt nærmere analyse og beskrivelse af retsprincipper mv.

Selv om disse retskilder ikke nødvendigvis forholder sig eksplicit til de spørgsmål, som anvendelse af digitale løsninger til understøttelse af sagsbehandling giver anledning til, vil det være relevant at støtte sig til de underliggende principper, som reglerne er udtryk for. Man kan således tale om en ekstrapolering fra analog sagsbehandling til digitalt understøttet sagsbehandling. Herudover, og navnlig i det omfang der ikke foreligger relevante eksplicite retskilder, kan dybereliggende, mere immanente forvaltningsretlige

principper mv., der befinder sig i rettens mellemlag eller i grænseområdet mellem dette og det øverste lag, have væsentlig betydning.

Tuoris lagdelte forståelse af retten er ikke at forstå som et alternativ til retsdogmatisk metode. I stedet er der snarere tale om en blandt flere teoretiske tilgange til at forstå og beskrive, hvori denne metode nærmere består. Den lagdelte forståelse er særlig hensigtsmæssig i nærværende sammenhæng, hvor det retlige grundlag holdes op imod de overvejelser og handlinger, der ligger til grund for myndighedernes teknologianvendelse, og hvor den centrale sondring ikke består i, hvorvidt der er tale om den ene eller anden eksplicitte retskilde, men snarere om samspillet mellem på den ene side sådanne retskilder og på den anden side en dybereliggende forvaltningsretlig (for-)forståelse, som typisk er præget af en mere analog sagsbehandling.

Den kvalitative analyse af praksis er baseret på kvalitative interviews med 43 praktikere med ansvar for digitalt understøttet sagsbehandling og administrative beslutningstagere i og omkring danske offentlige myndigheder på kommunalt og statsligt niveau foretaget i perioden juli 2018 til april 2019. Gruppen af praktikere omfatter mellemledere med direkte ansvar for digitalt understøttet sagsbehandling samt eksterne konsulenter som bistår sådanne mellemledere. Gruppen af administrative beslutningstagere omfatter primært topledere og særlige rådgivere i organisationer med ansvar for politi-udvikling (fx det danske Justitsministerium).

Respondenterne er udvalgt via såkaldt "snowball"-sampling, hvor man indledningsvist interviewer få respondenter, de er kendt af forfatterne, og beder disse respondenter om at nævne andre relevante respondenter (Bernard et al., 2017: 53). Denne type sampling giver ikke sikkerhed for et fuldt repræsentativt udsnit af relevante respondenter, men giver mulighed for at identificere personer, som ellers ville være vanskelige at opnå kontakt med. Sammenholdt med det høje antal respondenter vurderes der at være opnået en tilfredsstillende forståelse ("saturation") af det empiriske felt (Guest et al., 2006: 74-76). Respondenterne er yderligere udvalgt med vægt på deres funktion frem for fag, og de består derfor af både jurister og andre faggrupper på tværs af en række fagområder (børn & unge, skatteberegning, beskæftigelse, pension, virksomhedsadministration og politi). Baseret på åbne interviews er der registreret (kodet) i alt 143 emner i relation til specifikke forhold vedrørende myndigheders anvendelse af digitalt understøttet sagsbehandling og god myndighedsadfærd. Disse emner er via en tematisk analyse (Boyatzis, 1998) af interviewene kondenseret til 29 empiriske temaer forstået som afgrænsede emner, som ifølge respondenterne er

relevante i relation til digital understøttet sagsbehandling og god myndighedsadfærd. Det er to sådanne temaer, der er genstand for artiklens to delundersøgelser.⁸

Det skal understreges, at analysen er baseret på *udsagn* fra respondenterne og ikke egentlige observationer af praksis hos myndighederne. Tillige, og jævnfør det ovenfor beskrevne teoretiske fundament, er beskrivelsen af den betydning, som de to dybere retlige lag har på myndighedspraksis, baseret på en analyse af respondenternes udsagn om praksis. Desuden understreges det, at analysen ikke er baseret på en undersøgelse af selve de digitale løsninger, som danske myndigheder anvender, men derimod af myndigheders anvendelse af disse løsninger.

Endelig er det naturligvis nødvendigt at være opmærksom på begrænsningerne i en analyse af to temaer, som *eksemplificerer* danske myndigheders anvendelse af digitale løsninger i relation til god myndighedsadfærd: Konklusionerne kan ikke nødvendigvis udstrækkes til at gælde for alle relevante temaer i relation til alle myndigheders anvendelse af digitalt understøttet sagsbehandling og god myndighedsadfærd i Danmark og Norden.

4 Udformning og kommunikation af begrundelser

Den danske forvaltningslov indeholder udtrykkelige krav til offentlige myndigheders begrundelse af deres afgørelser, når borgere eller virksomheder ikke får fuldt medhold, og både domstolene og Ombudsmanden har gentagne gange betonet vigtigheden heraf. Digitale løsninger rejser således ikke spørgsmål om hvorvidt, men hvorledes begrundelseskravet skal overholdes. Det er i den forbindelse relevant at overveje, hvordan man bedst muligt tilgodeser de bagvedliggende hensyn: at skabe tillid til

⁸ Alle interviews er gennemført af den ene forfatter i perioden juli 2018 – april 2019. Forud for interviewet modtog respondenterne en e-mail med en standardiseret beskrivelse af emnet, som indledningsvis blev gennemgået mundtligt. Det blev understreget, at interviewets fokus var myndigheders konkrete praksis og erfaring med forvaltningsretlige krav og hensyn. Herefter fortalte de fleste respondenter af sig selv om relevante krav og hensyn, og i de tilfælde, hvor samtalen gik i stå eller blev irrelevant, blev den af intervieweren ført videre via korte tilkendegivelser (kropssprog, mundtlige anerkendelser, spørgsmål om eksempler mv.). For en yderligere beskrivelse af de gennemførte interviews og en fuld oversigt over de empiriske emner henvises til Roehl (forthcoming).

afgørelsens rigtighed, forståelighed for borgeren, mulighed for retvisende efterfølgende klagebehandling samt vejledning for underordnede myndigheder.⁹

En særlig udfordring består i, at den standardisering og kategorisering, som alle it-systemer grundlæggende er baseret på, så at sige inviterer til at anvende standardbegrundelser, hvilket kan være vanskelig at forene med hensynene bag begrundelseskravet.¹⁰ Det gør sig i særlig grad gældende, når der indgår et administrativt skøn i afgørelserne, eller hvis der er behov for at fremhæve faktiske omstændigheder vedrørende den konkrete sag. Det gælder eksempelvis afgørelser om økonomiske ydelser efter serviceloven, der normalt er yderst konkret og baseret på de faktiske omstændigheder. Også inden for forvaltningsområder, der er præget af lovbundne kriterier, kan der opstå vanskelige spørgsmål i relation til begrundelseskravet, herunder med hensyn til begrundelsens detaljeringsgrad.

Endvidere kan avanceret teknologianvendelse give anledning til tvivl om, hvad der egentlig udgør en afgørelse i forvaltningsretlig forstand, og som derfor skal begrundes over for de berørte parter. Selv relativt simple tekniske konfigurationer af et it-system kan give anledning til sådanne overvejelser. Eksempelvis kan det give anledning til tvivl, om der er tale om en begrundelseskrævende afgørelse, når et selvbetjeningsystem i realiteten afviser en ansøgning, fordi udfyldelsen af obligatoriske tekstfelter ikke lever op til systemets krav, eller hvis systemet ikke er konfigureret til at acceptere filformater, som en borger eller virksomhed forsøger at anvende i forbindelse med vedhæftning af dokumentation. Ofte vil det være it-professionelle uden særlig forvaltningsretlig ekspertise, der i første række står over for at skulle håndtere sådanne problemstillinger, hvilket øger risikoen for ikke alene ukorrekte løsninger, men også at problemstillingerne helt overses.

Omvendt repræsenterer anvendelse af avanceret teknologi også en mulighed for, at myndigheder i højere grad kan kommunikere og begrunde ikke alene afgørelser, men også andre sagsskridt, uden at der nødvendigvis er behov for at skelne skarpt mellem, om der i forvaltningslovens forstand er tale om en afgørelse eller ej. Teknologien

⁹ Se nærmere herom i Justitsministeriet (1972: 33f) og Revsbech et al. (2014: 303).

¹⁰ Se hertil Motzfeldt, Ullits og Kjellerup (2020: 138), der bl.a. omtaler Ankestyrelsens påtale af mangelfulde begrundelser i afgørelser truffet af Udbetaling Danmark via brug af automatiseret sagsbehandling.

indeholder således et potentiale til at fremme god myndighedsadfærd ud over de forvaltningsretlige minimumskrav, men i tråd med de underliggende intentioner.

Også i relation til begrundelsernes udformning åbner teknologien op for nye muligheder, herunder i form af en større anvendelse af illustrationer, animationer mv., som kan øge begrundelsers forståelighed. Mens sådanne virkemidler tidligere formentlig ofte er blevet anset som ressourcetungt og tidskrævende, og der derfor ikke har været tradition for anvendelse heraf inden for den offentlige forvaltning, forekommer det nærliggende, at bl.a. digitalisering af sagsbehandlingen kan ændre herpå. Ydermere kan man forestille sig situationer, hvor der kan gives "lagdelte" begrundelser, således at teknologien anvendes til at udforme begrundelser, der på den ene side umiddelbart opfylder begrundelsesbehovet for en gennemsnitsadressat, men med let adgang til eksempelvis uddybning af retsreglerne.

Vi vil nu søge at belyse de spørgsmål, som anvendelse af ny teknologi giver anledning til i relation til udformning og kommunikation af begrundelser. Det sker først med udgangspunkt i en retsdogmatisk analyse på grundlag af relevante forvaltningsretlige retskilder og derefter på baggrund af resultaterne af interviewene med beslutningstagere og praktikere.

4.1 Retlig analyse: Forvaltningsretlige krav til udformning og kommunikation af begrundelser

Det forvaltningsretlige begrundelseskrav er tydeligt forankret i det, som Tuori kalder rettens overfladelag. Det drejer sig i første række om bestemmelserne i forvaltningslovens kapitel 6, herunder § 22 om at skriftlige afgørelser skal være ledsaget af en begrundelse, medmindre afgørelsen fuldt ud giver den pågældende part medhold.¹¹ Den nærmere fortolkning af forvaltningslovens bestemmelser har været genstand for en række domstolsafgørelser ligesom ombudsmandsudtalelser har suppleret lovkravet med nogle yderligere krav, der kan henføres til god forvaltningsskik. Tilsvarende er begrundelseskravet grundigt behandlet i den juridiske litteratur, hvilket også kan

¹¹ Den norske forvaltningslov § 25 er meget lig den danske. Bestemmelserne i den svenske förvaltningslag 32 § og den finske förvaltningslag § 45 er formuleret noget anderledes, men nærværende analyse er formentlig også relevant i forhold hertil.

henføres til overfladelaget.

Som udgangspunkt gælder begrundelseskravet kun for afgørelser. Ud over realitetsafgørelser, hvor der træffes en afgørelse i relation til sagens genstand (om der skal gives en tilladelse, hvor stor en ydelse skal være osv.), kan det også dreje sig om formalitetsafgørelser, herunder afgørelser om afvisning pga. formalitetsmangler. Mens det ofte giver sig selv i forbindelse med manual sagsbehandling, om sådanne sagsskridt skal anses som afgørelser eller ej, kan det være mere uklart i forbindelse med automatiserede sagsgange, fx hvis en sagsproces afsluttes, fordi en ansøger ikke indtaster de af systemet påkrævede oplysninger, eller fordi systemet på anden vis ikke anvendes korrekt.¹² Hvis en sådan sagshandling konkret findes at være en afgørelse i forvaltningslovens forstand, skal den begrundes i overensstemmelse med forvaltningslovens krav.

I øvrigt følger det af god forvaltningsskik, at der i det hele taget bør ske en orientering med medfølgende begrundelse i forbindelse med mere betydende sagsskridt (Fenger, 2013: 621; Motzfeldt & Abkenar, 2019: 199). Det vil sige, at der i forbindelse med automatisk sagsbehandling kan være behov for at tage stilling til, hvorvidt der undervejs i sagens forløb skal orienteres om begrundelsen for forskellige sagsskridt, uanset om der er tale om afgørelser i forvaltningslovens forstand. I givet fald skal det naturligvis også vurderes, hvorledes en sådan begrundelse skal affattes for at leve op til god forvaltningsskik.

Overordnet skal en begrundelse ifølge vejledningen til forvaltningsloven fremtræde som

¹² Sammenhængen mellem automatiserede sagsgange, sagsskridt og afgørelser er emnet for en analyse foretaget af en arbejdsgruppe på embedsmandsniveau vedrørende analyse og håndtering af juridiske udfordringer ved digitalisering som er etableret i regi af det danske Justitsministerium. I et udkast fra april 2020 til afrapportering konkluderes det bl.a., at situationer, hvor manglende eller forkerte udfyldelse af et obligatorisk felt i en digital selvbetjeningsløsning medfører afvisning af en ansøgning, må anses for en afgørelse i forvaltningslovens forstand, mens det som udgangspunkt ikke er tilfældet, hvis et system i forbindelse med udfyldelse af obligatoriske felter anmoder om yderligere oplysninger, eller hvis en digital selvbetjeningsløsning ikke er tilgængelig for visse borgere. I det nævnte udkast peger arbejdsgruppen endvidere på, at der er en række "mellemtilfælde", hvor vurderingen af, om der er tale om en afgørelse, er vanskelig (Justitsministeriet, 2020). Folketingets Ombudsmand har endvidere tidligere forholdt sig til et tilfælde, hvor en myndigheds selvbetjeningsystem øjensynligt fejlagtigt var konfigureret således, at det automatisk og uden begrundelse afviste ansøgninger, som manglende et vedhæftet bilag (Folketingets Ombudsmand, 2010).

en forklaring på, hvorfor afgørelsen har fået det pågældende indhold (Justitsministeriet, 1986: 132). I forvaltningslovens § 24 er det nærmere fastsat, at begrundelsen skal indeholde en henvisning til de retsregler, som ligger til grund for afgørelsen. Hvis afgørelsen beror på et skøn, skal der endvidere være en angivelse af de bagvedliggende hovedhensyn. Herudover skal begrundelsen om fornødent indeholde en kort redegørelse for de oplysninger vedrørende sagens faktiske omstændigheder, som er tillagt væsentlig betydning for afgørelsen. Det er ifølge vejledningen til loven ikke muligt at foretage en præcis beskrivelse af, hvor udførlig begrundelsen skal være. Det kan bl.a. have betydning, hvor aktivt den pågældende part har medvirket i den forudgående sagsbehandling og sagens karakter i øvrigt (Justitsministeriet, 1986: pkt. 132).

For så vidt angår kravet om henvisning til de relevante retsregler, forudsætter det en præcis angivelse af paragrafnumre samt i fornødent omfang stykke, litra eller nummer (Fenger, 2013: 623). Det er således ikke tilstrækkeligt – som standardbegrundelser ellers umiddelbart kan lægge op til – at henvise til en række bestemmelser, hvoraf alene visse har haft betydning for afgørelsen. Tilsvarende indebærer begrundelseskravet i relation til afgørelser, der beror på et skøn, at angivelsen af de bagvedliggende hovedhensyn som udgangspunkt skal have en vis grad af præcision og substans. Det er således ikke tilstrækkeligt alene at anføre, at den pågældende afgørelse er truffet ”på grundlag af et samlet skøn over de foreliggende omstændigheder” e.l. (Folketingets Ombudsmand, 1983: FOB 57).

Om der i en konkret sag bør redegøres for myndighedens opfattelse af sagens faktum, afhænger navnlig af, om faktum er omtvistet, og i øvrigt hvorvidt den pågældende part må antages i forvejen at være bekendt med sagens faktiske grundlag (Justitsministeriet, 1986: pkt. 134). Hvis der er tale om selvbetjeningsystemer, hvor sagsparten selv har indtastet de relevante oplysninger, vil denne del af begrundelseskravet formentlig ikke give anledning til større vanskeligheder. Er der derimod tale om en skønsbaseret afgørelse, vil det ofte være en udfordring, fx hvis det ikke er muligt a priori at identificere (og programmere), præcis hvilke omstændigheder der vil have væsentlig betydning for de konkrete afgørelser.

Der er ikke noget forvaltningsretligt til hinder for at anvende standardbegrundelser, men de skal selvsagt opfylde de sædvanlige krav til indhold og udformning (Folketingets Ombudsmand, 2020b: pkt. 8; Fenger, 2014: 96). Ud over de ovenfor nævnte krav til indholdet indebærer det, at begrundelsen skal være dækkende netop i forhold til den enkelte adressat og i tilstrækkelig grad forholde sig til de synspunkter, som sagens parter

har gjort gældende (Fenger, 2013: 633). Blandt andet derfor kan det være vanskeligt at opfylde begrundelseskravet ved brug af standardbegrundelser, særlig hvis det ikke kan udelukkes, at en sagspart som led i sagsbehandlingen fremkommer med ikke-standardiserede oplysninger eller synspunkter. Det vil fx være tilfældet, hvis der i et selvbetjeningsystem anvendes såvel prædefinerede felter som "åbne" tekstfelter, hvor der kan anføres supplerende oplysninger og synspunkter.

Anvendelse af standardiserede begrundelser kan sædvanligvis lettes i kraft af, at begrundelsen ikke nødvendigvis skal være indeholdt i selve afgørelsen fra myndigheden, men kan fremgå andetsteds, såfremt afgørelsen indeholder en præcis henvisning hertil (Fenger, 2013: 635). Dette er selvsagt også en mulighed i relation til afgørelser via digitale løsninger. Ofte vil det dog være en overkommelig systemmæssig opgave at sikre, at begrundelsen i stedet automatisk indarbejdes i den konkrete afgørelse.

I øvrigt kan anvendelsen af standardbegrundelser eller automatisk genererede individuelle begrundelser lettes af, at myndighederne efter omstændighederne kan (og i nogle tilfælde skal) anvende såkaldte "allerede fordi"-begrundelser, hvis en nødvendig betingelse for at opnå en begunstigende afgørelse ikke er opfyldt.¹³ Det kan eksempelvis dreje sig om tildeling af ydelser, hvor ansøgeren skal opfylde nogle lovbundne kriterier (fx i relation til lønindkomst, alder, civilstand mv.), og hvor der herefter, såfremt de pågældende kriterier er opfyldt, skal foretages et konkret skøn. Såfremt et objektivi kriterium i en sådan situation ikke er opfyldt, vil det formentlig være tilstrækkeligt at henvise hertil i begrundelsen og således ikke gå nærmere ind i, hvad udfaldet af en skønsmæssig vurdering ville være.

Som følge af udfordringerne med at sikre, at digitale løsninger lever op til de her beskrevne krav, er det relevant at overveje, om der i visse tilfælde kan spores en vis tolerance med hensyn til brug af standardbegrundelser eller automatisk generede, individuelle begrundelser, selv om der kan stilles spørgsmål ved, om

¹³ Se hertil Folketingets Ombudsmand (2005a: FOB 215), hvori et daværende statsamt blev kritiseret for at indhente oplysninger om de økonomiske forhold for en ansøger om fri proces, selv om der efter fast praksis ville blive givet afslag pga. sagens ringe størrelse. Så meget desto mere må det antages, at der i situationer, hvor der kan gives afslag under henvisning til et obligatorisk kriterium, hvad enten dette følger af lovgivningen eller af en helt fast praksis, ikke kan stilles krav om, at myndigheden forholder sig til andre kriterier, hvad enten disse er lovbundne eller af skønsmæssig art.

begrundelserne i de pågældende tilfælde fuldt ud lever op til forvaltningslovens krav og god forvaltningsskik. Eksempelvis synes det i ombudsmandspraksis antaget, at myndigheder i forbindelse med afslag på stillingsansøgninger i almindelighed kan nøjes med i standardiseret form at beskrive de hovedhensyn, som er blevet tillagt vægt, og i nødvendigt omfang de faktiske omstændigheder, uden i det enkelte tilfælde nærmere at beskrive det foretagne, individuelle skøn (Folketingets Ombudsmand, 2005b: FOB 499).¹⁴

At Ombudsmanden på dette punkt således synes at have accepteret en vis proportionalitetsafvejning i relation til rækkevidden af (det fulde) begrundelseskrav, kan muligvis overføres til områder, hvor der anvendes digitale løsninger til understøttelsen af sagsbehandlingen. Den nærmere vurdering af, hvornår der kan anvendes standardiserede begrundelser, må dog i et vist omfang bero på en afvejning af forvaltningsretlige hensyn over for myndighedernes rimelige behov for at sikre en hurtig og effektiv sagsbehandling – en vurdering som i vidt omfang vil bygge på ”en retlig fornemmelse” af dybereliggende forvaltningsretlige principper og værdier i det retlige mellemlag.

4.2 Kvalitativ analyse: Erfaringer med udformning og kommunikation af begrundelser

De gennemførte interviews med beslutningstagere og praktikere bekræfter, at der også i praksis er stor opmærksomhed på forvaltningslovens udtrykkelige krav om begrundelse – også i forbindelse med myndigheders anvendelse af avanceret teknologi. Over halvdelen af respondenterne nævner således udformning og kommunikation af begrundelser som et relevant tema i forbindelse med myndigheders anvendelse af digitale løsninger. Uden at det nødvendigvis udtrykkes med de samme ord, er der en stor opmærksomhed omkring risikoen for, at automatisk genererede standardbegrundelser bliver intetsigende, overordnede mv.

¹⁴ Tilsvarende har Folketingets Ombudsmand (1984: FOB 174) om afvisning af klager til den tidligere Sociale Ankestyrelse accepteret, at der som begrundelse for afvisningen blev anvendt en standardskrivelse med oplysning om dels kriterierne for at opnå principiel behandling, dels at en sag ikke har principiel betydning alene som følge af dens betydning for klageren. Ombudsmanden lagde vægt på, at det ville indebære en meget stor arbejdsbyrde i hvert enkelt tilfælde at begrunde nøjagtig, hvorfor den pågældende klage ikke har principiel betydning, ligesom Den Sociale Ankestyrelse var indforstået med at udarbejde en individuel begrundelse, såfremt klageren efterspurgte det.

Hos flere myndigheder synes der at være et lille antal nøglemedarbejdere, som har ansvar for at vedligeholde et stort antal standardiserede delbegrundelser (der kan være tale om flere hundrede delbegrundelser, som administreres i et regneark eller i en database), der automatisk kombineres ("flettes") til samlede begrundelser for afgørelser. Delbegrundelserne anvendes, fordi det derved er muligt at kombinere begrundelser, som på et detaljeret grundlag henviser til relevante retsregler og udtrykker de hovedhensyn, som har været betydende for afgørelsen. Delbegrundelserne kombineres ud fra sagens data og de valg, som ansøgere og sagsbehandlere har foretaget i sagsbehandlingen.

Flere respondenter er opmærksomme på vanskelighederne ved at sikre forståeligheden i afgørelserne: "[Forståelige] begrundelser er en udfordring, selv når der er tale om [afgørelser baseret på] komplicerede regel-/beslutningstræer, og vil endnu mere være det, når man begynder at anvende kunstig intelligens" (administrativ beslutningstager, respondent # 20). Et mindre antal peger specifikt på, at det kan være vanskeligt at sikre forståeligheden af de samlede begrundelser, på trods af at hver delbegrundelse snævert set er korrekt. Hertil kommer, at der antydes en usikkerhed omkring styring og kvalitetssikring af den automatiske kombination af delbegrundelser, som over tid kan være vanskelig at overskue for selv udvalgte nøglemedarbejdere. Det betyder i praksis, at der over tid kan opstå fejl i krydsreferencer mellem de forskellige delbegrundelser i takt med, at de opdateres og præciseres. Som konsekvens er der risiko for, at modtageren (sagsparten) modtager en begrundelse, der samlet set er fejlagtig eller ufuldstændig.

Endelig fortæller flere af de interviewede praktikere, at myndighederne har fravalgt at eksperimentere med at indføre mere avanceret machine learning-teknologi, da denne teknologi vanskeliggør den entydige og sagligt baserede kobling mellem årsag og afgørelse (virkning) (Contissa, 2017: 107-108), som er en forudsætning for at kunne generere tilstrækkelig præcise og sagligt baserede begrundelser: "*Når det kommer til data, er den mest dominerende teknik, vi bruger, beslutningstræer fremfor neurale netværk og den slags. Beslutningstræer gør det muligt at dokumentere og kommunikere de mest betydende elementer i beslutningsmodellerne*" (praktiker, respondent # 28).

Den store opmærksomhed omkring begrundelseskravet synes at komme til udtryk i en noget uflexibel tilgang til anvendelsen af begrundelser. For det første giver flere respondenter udtryk for en snæver opfattelse af, hvordan begrundelser bør udformes. Eksempelvis har flere respondenter den opfattelse, at begrundelsen skal være fuldstændig og ikke må indeholde henvisninger til yderligere, mere detaljeret information andetsteds. Nogle få respondenter giver ligefrem udtryk for, at begrundelser

skal fremgå af selve afgørelsesdokumentet og ikke i et bilag hertil e.l. For det andet afholder myndighederne sig i vidt omfang fra at anvende alternative udformninger af begrundelser, herunder med større anvendelse af illustrationer, animationer mv.

4.3 Forvaltningsretlige krav og levende ret i relation til begrundelser

Sammenholdes den retsdogmatiske tilgang og den empiriske undersøgelse, tegner der sig overordnet et billede af, at beslutningstagere og praktikere er fuldt opmærksomme på begrundelseskravet i forbindelse med udvikling og anvendelse af digitale sagsbehandlingssystemer. Samtidig kan det konstateres, at tilgangen hos beslutningstagere og praktikere ikke altid afspejler de underliggende hensyn og det reelle indhold af begrundelseskravet. Med andre ord giver respondenternes udsagn indtryk af, at de to dybere retslag, alene spiller en meget begrænset rolle for myndighedernes praksis angående udformning og kommunikation af begrundelser.

For det første giver afgrænsningen af afgørelsesbegrebet således anledning til problemer. Ifølge respondenterne kan der opstå tvivl om eksempelvis et teknologisk betinget sagsskridt i forbindelse med fejlagtigt udfyldte felter eller afviste filformater er at betragte som en afgørelse. Det kan være problematisk, både hvis afgørelsesbegrebet forstås for snævert, så der reelt træffes afgørelser, uden at disse lever op til begrundelseskravet, og hvis det forstås for bredt med unødige begrænsninger i anvendelsen af digitale løsninger til følge.

For det andet viser vores analyse et manglende kendskab til eller forståelse for den fleksibilitet, der synes at være i relation til kravene til indholdet af en begrundelse. Som følge af en sådan ufleksibel forståelse af begrundelseskravet, som der ikke er dækning for i regelgrundlaget og Ombudsmandens praksis, er der risiko for, at myndighederne overser de muligheder, der måtte være for eksempelvis at gøre brug af standardbegrundelser, og i stedet vælger unødvendigt rigide teknologiske løsninger. I værste fald er der risiko for, at digitale løsninger bliver fravalgt på et fejlagtigt grundlag. Kort sagt forekommer der at være tendens til, at retsregler og litteratur i overfladelaget skygger for den fleksibilitet, der formentlig kan spores et grundlag for i det retlige mellemlag.

Endelig tyder vores undersøgelse på, at myndighederne kun i meget begrænset omfang udnytter de teknologiske muligheder for bedre at understøtte de underliggende hensyn bag begrundelseskravet. En øget anvendelse af "lagdelte" begrundelser (med henvisning

til uddybende information), kommunikative virkemidler som illustrationer og animationer samt en mere konsekvent tilgang til orientering om sagsskridt (uanset om disse må betragtes som afgørelser eller ej) kunne således bidrage til at styrke tilliden til sagsbehandlingen og ikke mindst afgørelseres rigtighed og forståelighed for sagsparten.

5 Løbende kvalitetssikring af teknologi-anvendelsen

Traditionelt har der formentlig blandt både myndigheder og forskere været en tendens til at betragte myndigheders teknologianvendelse som temmelig statisk: Hvis et it-system så at sige var korrekt *programmeret*, så har opfattelsen i høj grad været, at det også ville *fungere* korrekt. Både empirisk og teoretisk kan der dog stilles spørgsmålstegn herved: I Danmark har Rigspolitiets mangelfulde kvalitetssikring af de såkaldte teledata, der anvendes som bevis i straffesager, tydeliggjort, at fejl kan opstå og forværres over tid.¹⁵ Teoretisk argumenteres der bl.a. inden for science and technology studies (STS) for, at anvendelsen af teknologi sker i et samspil mellem teknologi, brugere og konteksten for anvendelsen (se fx Orlikowski, 2007) og dermed er foranderlig over tid.

Ved digital understøttet sagsbehandling gør kravet om korrekt sagsbehandling sig naturligvis grundlæggende gældende på samme måde som ved analog sagsbehandling. Men typen af kvalitetssikring kan antage mange former og vil afhænge af den nærmere opgave, som teknologien understøtter, samt hvilken type teknologi, der er tale om. Det kan fx dreje sig om overvågning af driftsmæssige forhold som oppeholdet på hjemmesider, der bruges til at ansøge om ydelser, services mv. Det kan også dreje sig om løbende sikring af, at den sagsbehandling, som systemet står for, og dens afgørelser er i overensstemmelse med lovgivningen. Her siger det sig selv, at der i forbindelse med ændringer af det regelgrundlag, som systemet er baseret på, skal foretages de nødvendige opdateringer. Omvendt kan det give anledning til tvivl, i hvilket omfang myndigheder i øvrigt skal foretage løbende kvalitetssikring. Sidstnævnte er det primære tema for denne delundersøgelse.

¹⁵ Der henvises til omtale i en række danske medier i perioden fra juni til dec. 2019, samt nyhed fra det danske Justitsministerium (2019).

For så vidt angår løsninger til understøttelse af sagsbehandling, skal det sikres, at det datamæssige grundlag for de endelige afgørelser er korrekt. Der skal således tages højde for, at den måde, som data registreres på, kan forandre sig over tid, og at der kan indtræffe bias (skævheder i data) eller deciderede mangler, der risikerer at påvirke afgørelserne. Som et konkret eksempel bør man i denne artikels fiktive forspil løbende overveje træfsikkerheden i den billedgenkendelsesalgoritme, som styrelsen planlægger at anvende. Et andet eksempel på løbende kvalitetssikring i forhold til databehandling er behovet for at være opmærksom på nye muligheder for at minimere anvendelsen af personfølsomme data som følge af nye muligheder for alternative data.

Desuden kan det som led i løbende kvalitetssikring være relevant at fokusere på medarbejdernes betjening af teknologien. Eksempelvis kan der opstå såkaldt "automation bias" (Cummings, 2006), hvor medarbejdere efter længere tids brug af it-løsninger instinktivt begynder at stole på disse og således tilsidesætter en mere selvstændig vurdering af fx datas kvalitet eller forslagene til handlinger og afgørelser.

5.1 Retlig analyse: Forvaltningsretlige krav til løbende kvalitetssikring

Overordnet set foreligger der meget begrænset regulering eller andre autoritative retskilder, der fastsætter generelle krav til løbende kvalitetssikring af myndighedernes sagsbehandling. Det gælder således også for krav til den løbende kvalitetssikring af digitalt understøttet sagsbehandling. En retlig analyse må derfor i langt højere grad, end det var tilfældet i relation til begrundelseskravet, baseres på en analyse af dybereliggende principper og værdier i særlig rettens mellemlag, som kan siges indirekte at have betydning for den løbende kvalitetssikring.

Den nærmere analyse kan noget forenklet opdeles i to dele: dels en analyse af kvalitetssikringen i relationen til *sagsbehandlingen*, som i vidt omfang er præget af lovfæstede krav, dels en analyse af krav og hensyn til den *indholdsmæssige kvalitet* af myndigheders afgørelser. Navnlig disse sidstnævnte krav og hensyn er kun i ringe grad direkte adresseret af retskilder i det retlige overfladelag og må derfor i højere grad beskrives på baggrund af de to dybere retslag.

For så vidt angår krav til løbende kvalitetssikring i relation til *sagsbehandlingen*, skal offentlige myndigheder som konsekvens af princippet om lovmæssig forvaltning sikre, at krav, der følger af rammesættende regler som bl.a. forvaltningsloven, offentlighedsloven og GDPR-forordningen, er opfyldt til enhver tid (Motzfeldt, Ullits & Kjellerup, 2020: 89ff).

Det indebærer bl.a., at det i forbindelse med lovændringer skal sikres, at it-løsninger lever op til de ændrede lovkrav, og at det i forbindelse med systemmæssige ændringer sikres, at kravene til sagsbehandlingen er opfyldt (Folketingets Ombudsmand, 2020a). Hertil kommer tilpasninger som følge af præciseringer af forvaltningsretlige krav i forbindelse med eksempelvis udtalelser fra Ombudsmanden eller ændret praksis hos Ankestyrelsen, som kan gøre det nødvendigt at genbesøge de juridiske vurderinger, der har ligget til grund for design og opsætning af løsningen og den tilhørende sagsbehandling.

I visse situationer vil det være åbenbart, at en myndighed på grund af konkrete hændelser – fx i form af en ombudsmandsudtalelse eller en ny vejledning – er forpligtet til at foretage en forvaltningsretlig kvalitetssikring af it-løsninger og tilhørende sagsbehandlingsprocesser. Herudover er det vanskeligt at udstikke retningslinjer for, hvornår og hvorledes der skal ske kvalitetssikring. Det må i stedet bero på en konkret vurdering i lyset af de pågældende omstændigheder i form af fx tekniske og sagsbehandlingsmæssige fejlmønstre og proportionalitetsbetragtninger.¹⁶

Når vi vender opmærksomheden fra sagsbehandlingen mod selve afgørelsen, der er resultatet af behandlingen, synes det om muligt at være endnu vanskeligere at sige noget håndfast om kravene til den løbende kvalitetssikring. Kravene til sikring af, at it-løsninger genererer et *indholdsmæssigt korrekt* resultat, må således bero på en vurdering af sagsbehandlingens kontekst under indflydelse af det grundlæggende legalitetsprincip og andre forvaltningsretlige principper som eksempelvis saglighed, forudsigelighed og ligebehandling. Disse princippers konkrete betydning vil kun i ringe grad kunne udledes af retskilder i rettens øverste lag og må derfor i højere grad bero på principper, tankestrukturer mv. i de to dybere lag.

En central faktor er i den forbindelse karakteren og omfanget af de afgørelser, som den pågældende digitale løsning understøtter. Hvis der er tale om indgribende afgørelser enten ud fra en absolut betragtning eller relativt i forhold til de pågældende borgere eller

¹⁶ Se generelt om proportionalitetsprincippet i Andersen (2017: 157-158) og særlig i relation til legalitetsprincippet (2017: 131). For alle de nordiske lande gælder, at der ikke fremgår noget generelt proportionalitetsprincip af forvaltningslovgivningen, om end den svenske og den finske förvaltningslag i hhv. § 5 og § 6 lovfæster proportionalitetsprincippet i relation til konkrete forvaltningsafgørelser.

virksomheder (adressater), vil det som udgangspunkt indebære større krav til kvalitetssikringen. Tilsvarende vil proportionalitetsprincippet formentlig tale for, at der alt andet lige må stilles større krav til kvalitetssikring af systemer, der behandler store sagsmængder, end til systemer eller delsystemer, som kun anvendes i begrænset omfang. Proportionalitetsprincippet vil også kunne tale for, at der stilles desto større krav til kvalitetssikringen, jo mere afgørende teknologianvendelsen er for den pågældende sagsbehandling. Navnlig i denne sammenhæng vil proportionalitetsprincippet dog antage mere abstrakt karakter og således bero på en dybereliggende forståelse – eller fornemmelse – af princippet.

En vis inspiration kan hentes fra anbefalingerne fra den tidligere Artikel 29-gruppe (nu afløst af EU's Databeskyttelsesråd), der i sine retningslinjer for beskyttelse af den registreredes rettigheder i forbindelse med automatiske afgørelser anfører, at offentlige myndigheder har en forpligtelse til at "[...] indføre passende procedurer og foranstaltninger for at forebygge fejl, unøjagtigheder eller forskelsbehandling..." I de samme retningslinjer nævner Artikel 29-gruppen flere, mere konkrete forslag til god praksis som fx regelmæssige kvalitetssikringskontroller og uafhængig tredjemandsaudit af it-systemets programmel (Artikel 29-gruppen vedr. databeskyttelse, 2018: 29 og 34). Retningslinjerne knytter an til automatiske afgørelser, men det forekommer nærliggende også at tage dem i betragtning i relation til en bredere kategori af løsninger, særlig hvis disse omfatter behandling af personoplysninger.

Også for så vidt angår dokumentation af den løbende kvalitetssikring, er der tale om et spørgsmål, som ikke er nøje reguleret. Til gengæld er det udtryk for god forvaltningsskik at tilstræbe åbenhed i forvaltningen og at sikre, at den er tillidsvækkende, jf. herved også offentlighedslovens formålsbestemmelse i § 1, idet de mere præcise dokumentationskrav i vidt omfang vil være kontekstbestemt. Det vil i den forbindelse være vigtigt at sikre, at dokumentationen gør det muligt for revisionsmyndigheder og – med visse undtagelser – offentligheden at få indblik i, hvornår og hvorledes den løbende kvalitetssikring er foretaget.

5.2 Kvalitativ analyse: Faktiske erfaringer med løbende kvalitetssikring

Mens det i den retlige analyse ovenfor var hensigtsmæssigt at skelne mellem kravene til kvalitetssikring i relation til sagsbehandlingen hhv. den indholdsmæssige kvalitet af myndighedernes afgørelser, giver resultatet af interviewene ikke grundlag for samme

analytiske differentiering.

For respondenterne forekommer det selvfølgelig, at digitale løsninger, som anvendes af myndigheder, løbende skal tilpasses til ændringer i relevant lovgivning. Alene et mindretal af de interviewede beslutningstagere og praktikere hæfter sig herudover ved spørgsmålet om løbende kvalitetssikring af digitale løsninger. En nærliggende forklaring er, at det ikke er særlig udbredt at opfatte løbende kvalitetssikring som en del af god myndighedsadfærd. Også begrænset operationel indsigt på området kan medvirke til, at respondenter kun tøvende bringer emnet op.

Blandt respondenterne, som hæfter sig ved løbende kvalitetssikring, er det stærkeste fællestræk overvågning af driftsmæssige forhold som opetid på hjemmesider, services mv., som flere finder "naturlig" og "nødvendig" for at kunne vide, om myndigheden lever op til sine forpligtelser over for borgere og virksomheder. Det må formodes, at disse kommentarer også er baseret på, at myndighederne (og disses leverandører) har driftsmæssige procedurer, som muliggør tilstrækkelig korrigerende handlinger, når der opstår problemer med hjemmesider, services mv. Tilsvarende giver en respondent udtryk for et stigende behov for test som led i kvalitetssikringen: "*[J]o mere vi automatiserer, jo mere professionelle skal vi være – og er vi blevet – omkring test af nye tiltag, fx når vi automatisk udsender nye typer breve [til borgere]*" (praktiker, respondent # 48).

Herudover omtaler respondenterne forskellige typer tiltag, som myndighederne enten har taget eller har tanke om at tage i forbindelse med kvalitetssikring af løsningerne, og som ikke entydigt er relateret til enten sagsbehandlingen eller den indholdsmæssige kvalitet af afgørelser. En respondent lægger vægt på myndighedens ansvar for løbende at foretage erfaringsbaserede kvalitetsforbedringer og minimere fejl i de avancerede data- og beslutningsmodeller, som understøtter myndighedens delvist automatiserede sagsbehandling. Samme respondent nævner, at de avancerede statistiske modeller er baseret på såkaldt regressionsanalyse, der gør det muligt at begrunde de afgørelser, som træffes, fordi modellerne grundlæggende er baseret på årsag-/virkningsforhold, så den enkelte afgørelse altid kan spores tilbage til de anvendte lovregler og specifikke data. Som supplement hertil – og med henblik på at opstille et kvalitetsmål for de faktisk anvendte modeller – anvender myndigheden internt en avanceret machine learning-model, som er baseret på generelle sammenhænge mellem afgørelser og en større mængde af data. Derved opnår myndigheden en ambitiøs målestok for modellernes træfsikkerhed, men kan fortsat entydigt forbinde afgørelser til lovregler og data, jf. forvaltningslovens begrundelseskrav.

Generelt er der en tendens til, at respondenter hos myndigheder, som anvender særlig avanceret teknologi (fx fuldautomatiske afgørelser eller machine learning-baseret beslutningsstøtte), er mere opmærksomme på behovet for løbende kvalitetssikring. Det gælder såvel den tekniske kvalitetssikring, jf. ovenfor, som den ledelsesmæssige opmærksomhed omkring medarbejderes anvendelse af teknologien. Eksempelvis fortæller en respondent, at myndigheden har arbejdet med at forebygge den automatiske tiltro til it-løsningers beslutningsforslag, som kan opstå efter længere tids anvendelse, jf. den ovenstående beskrivelse af risikoen for "automation bias". En anden respondent fortæller: "*Vi planlægger løbende at forbedre regressionsmodellen [som danner fundament for automatiske afgørelser] mindst hver andet år*" (praktiker, respondent # 43).

Endelig giver flere respondenter udtryk for, at de forventer at myndighedens revision udfører en form for kvalitetssikring af teknologianvendelsen: Det kan fx være kommunale myndigheder, hvor respondenterne udtrykker en forventning om, at den interne revision foretager kontrol af medarbejderes betjening af fx sagsbehandlingssystemer. Aspektet udfoldes og præciseres dog sjældent nærmere af respondenterne, hvorfor det ikke kan afvises at der er tale om en idealiseret og delvis urealistisk forventning til andre aktørers aktiviteter på området.

Ingen respondenter fortæller, at myndighederne systematisk dokumenterer egne kvalitetssikringsaktiviteter, ligesom de ej heller offentliggør information herom med sigte på fx at styrke omverdenens tillid. Måske er årsagen, at en sådan dokumentation med tilhørende offentliggørelse ikke opfattes som værende god myndighedsadfærd, eller at den ligger for langt fra mere traditionelle tanker, som historisk set har knyttet sig til papirbaseret sagsbehandling. En mere sandsynlig forklaring er dog, at kun få myndigheder faktisk arbejder systematisk med kvalitetssikring.

Sammenfattende vidner interviewene om, at løbende kvalitetssikring af teknologianvendelsen generelt varetages temmelig usystematisk og er kendetegnet af en uensartet praksis på tværs af myndighederne. Endvidere er flere af de nævnte kvalitetssikringsaktiviteter alene under overvejelse og anvendes endnu ikke i praksis af myndighederne.

5.3 Forvaltningsretlige krav og levende ret i relation til kvalitetssikring

Sammenholdes resultaterne af den retlige og den kvalitative undersøgelse, tegner der sig

overordnet et billede af, at beslutningstagere og praktikere ikke er fuldt opmærksomme på de forskellige forvaltningsretlige krav, der stilles til den løbende kvalitetssikring af de it-løsninger, som myndighederne anvender til at understøtte sagsbehandlingen. Krav, som kun i meget begrænset omfang er beskrevet i autoritative retskilder, men i stedet må udledes af bredere, mere immanente principper og værdier i det retlige mellemlag. Respondenterne har i højere grad opmærksomheden rettet mod driftsprægede faktorer så som sikring af løsningernes svar- og opetid,¹⁷ som i mindre grad opfattes som relateret til de forvaltningsretlige krav, men snarere til myndighedens effektivitet.

Der er en tendens til, at respondenter hos myndigheder, som anvender særlig avanceret teknologi, også er mere opmærksomme på behovet for løbende kvalitetssikring. I det omfang respondenter beretter om løbende kvalitetssikringsaktiviteter, synes de dog at opfatte aktiviteterne som en ureguleret opgave, der snarere knytter sig til generelle normer om professionalisme, systematik og it-faglighed, end til forvaltningsrettens retskilder og dybereliggende værdier og principper om god myndighedsadfærd. I den forstand synes det – i hvert fald i relation til Tuoris teoridannelse – retvisende at betragte disse normer som ekstralegale.

Diskussion: Begrænset gennemslagskraft af dybereliggende principper og værdier?

Sammenligner vi på tværs af de to delundersøgelser, synes der på trods af deres væsentlige forskelle at være ligheder i relation til gennemslagskraften af mellemlagets retskulturelle værdier og principper. For så vidt angår begrundelser, er der tale om et temmelig præcist og uomgængeligt krav i forvaltningslovens § 22, hvilket der er udbredt kendskab til blandt de interviewede beslutningstagere og praktikere. Undersøgelsen har imidlertid også vist, at der er begrænset opmærksomhed på de underliggende principper bag begrundelseskravet, som vi med Kaarlo Tuoris begreber primært kan placere i det

¹⁷ Dette er i vist omfang sammenfaldende med konklusionerne i en nylig beretning fra den svenske Rigsrevision, som belyser anvendelsen af automatiseret sagsbehandling i tre statslige myndigheder. Rigsrevision konkluderer således, at der er fokus på, at de anvendte it-systemer testes og overvåges for at sikre at, "...information flödar igenom IT-systemen på ett korrekt sätt", men at der er mangler i fortil til, hvordan myndighederne kontrollerer og sikrer, at de afgørelser, som træffes automatisk, rent faktisk er korrekte. Det er Rigsrevisionens vurdering, at manglerne mere skyldes utilfredsstillende styring af interne processer end det skyldes konkrete tekniske forhold (Rigsrevisionen, 2020: 61).

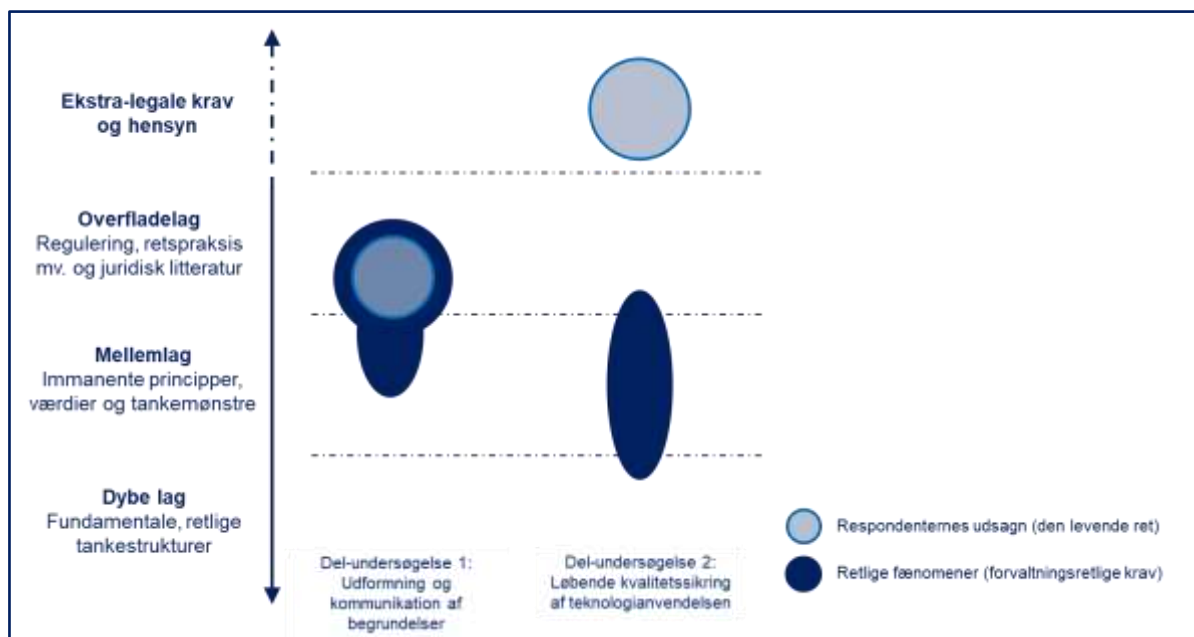
retskulturelle mellemlag. Øget vægt på principperne kunne ellers formodentlig hjælpe myndigheder til en skarpere afgrænsning af de afgørelsessituationer, hvor begrundelseskravet gælder, samt en mere differentieret fortolkning af de indholdsmæssige krav til begrundelser og kommunikationen af disse. Som resultat af alene at forholde sig til overfladelaget, in casu navnlig forvaltningslovens bestemmelser, er der således risiko for, at myndighederne i unødigt grad opstiller juridiske hindringer for brug af avanceret teknologi og samtidig er tøvende med at anvende teknologiens muligheder for at øge begrundelsernes forståelighed.

For så vidt angår myndigheders løbende kvalitetssikring af teknologianvendelsen, er der et begrænset omfang af egentlig regulering i overfladelaget. Kravene følger i stedet snarere af dybereliggende og mere upræcise forvaltningsretlige principper og værdier. Respondenterne beskriver det som en selvfølgelighed, at digitale løsninger løbende skal tilpasses ændringer i relevant lovgivning, praksisændringer mv., men indikerer også, at den nærmere implementering af sådanne ændringer kan være en udfordring. Via respondenterne får vi yderligere indtryk af, at kvalitetssikringen i praksis er temmelig usystematisk af natur, og at den på tværs af myndighederne er kendetegnet af en uensartet praksis, som ikke er baseret på retligt funderede overvejelser og forpligtelser. Det er sandsynligt, at dette skyldes fraværet af tydelig regulering kombineret med, at de dybereliggende forvaltningsretlige principper og værdier ikke slår tydeligt igennem. Den kvalitative analyse har i stedet afdækket et ekstralegalt normativt lag i form af hensyn, der i stedet relaterer sig til professionalisme, systematik og it-faglighed – normer der kan henføres til Eugen Ehrlich's forståelse af den levende ret.

De to delundersøgelser er i figur 2 indplaceret i forhold til Tuoris 3-delte forståelse af retten. De mørke markeringer angiver, i hvilket omfang begrundelseskrav hhv. løbende kvalitetssikring ud fra en retsvidenskabelig betragtning har rod i de respektive retlige niveauer, mens den omtrentlige placering af respondenternes tilkendegivelser af relevante krav og hensyn er markeret med lysere markering. For så vidt angår den retlige dimension, er kravene til udformning og kommunikation af begrundelser primært placeret i det øverste lag (forvaltningsloven, ombudsmandspraksis mv.), mens krav til løbende kvalitetssikring har rod i mere dybereliggende, abstrakte principper og værdier som legalitet og proportionalitet, som ikke umiddelbart er observerbare i retskilder og primært er analytisk hjemmehørende i det mellemste retlige lag. Den varierende betydning af de forskellige typer retlige fænomener er i figuren markeret via forskel i markerings omfang. Ud over de tre retlige lag er også et yderligere, ekstralegalt lag

bestående af de nævnte krav og hensyn repræsenteret.

Figur 2: De to del-undersøgelser i forhold til rettens tre niveauer.



Som det fremgår af figuren, er der et markant sammenfald mellem de retlige krav og respondenternes beskrivelse af praksis, når de retlige krav fremgår direkte af de mere eksplicite retskilder i det øverste lag, som det er tilfældet med udformning og kommunikation af begrundelser. Respondenternes udsagn afspejler dog her i ringe grad de relevante principper og værdier i mellemlaget. I situationer, hvor de retlige krav i fraværet af eksplicite regler i højere grad beror på principper og værdier i det mellemste lag, som det er tilfældet i relation til løbende kvalitetssikring, forekommer ekstralegale normer i stedet at have større betydning for myndighedsadfærden. Eller sagt på anden vis: Diskursivt tyder det på, at respondenterne næsten udelukkende begriber og opfatter løbende kvalitetssikring som et teknisk anliggende fremfor et retligt.

Samlet set tyder de to delundersøgelser på, at mellemlagets mere immanente principper og værdier har begrænset forvaltningsretlig gennemslagskraft, uanset om de indgår i kombination med præcise og uomgængelige krav i overfladelaget, eller det sker i kombination med begrænset regulering i overfladelaget. I forlængelse heraf kan det konstateres, at mellemlagets principper og værdier har begrænset gennemslagskraft, uanset om de knytter sig til myndighedens forståelse af, *hvorledes* forvaltningshandlinger

skal udføres (in casu udformning og kommunikation af begrundelser), eller til myndighedens forståelse af, *hvorvidt* specifikke forvaltningshandlinger skal udføres (in casu løbende kvalitetssikring af teknologianvendelsen).

Konklusion og perspektivering

Myndighedernes stadig stigende anvendelse af avanceret, digital teknologi er et eksempel på et samfundsområde med risiko for et i visse tilfælde uklart retligt grundlag. Med henblik på at opnå en større forståelse for, hvad det indebærer for myndighedernes praksis, har de forudgående afsnit kombineret en retsdogmatisk og en kvalitativ analyse i relation til artiklens to delundersøgelser: udformning og kommunikation af begrundelser samt løbende kvalitetssikring. Dette har illustreret samspillet mellem autoritative retskilder og den "levende" forvaltningsret (repræsenteret ved de interviewede respondenters udsagn) i relation til myndighedens digitale teknologianvendelse.

De to delundersøgelser tyder på, at dybereliggende, mere immanente forvaltningsretlige principper og værdier kan have vanskeligt ved at slå igennem i myndighedernes praksis – i den levende forvaltningsret. Det gælder uanset, om det sker i kombination med enten præcise og uomgængelige krav i overfladelaget eller med begrænset regulering. På tværs af myndigheder og faggrupper er der således ikke tegn på, at praksis påvirkes væsentligt af mellemlagets principper og værdier, såfremt disse ikke samtidig er udtrykt i overfladelaget i form af regulering, ombudsmandspraksis eller andre autoritative retskilder. I tilfælde af begrænset regulering i overfladelaget tyder analysen på, at myndighedernes forståelse af krav og hensyn i forbindelse med løbende kvalitetssikring i mindst lige så høj grad udspringer af ekstralegale normer i form af fx professionalisme, systematik og it-faglighed som af dybereliggende retlige principper og værdier.

Uden at fraværet af tydelig regulering i sig selv nødvendigvis udgør et problem, er det bekymrende med manglende gennemslagskraft af relevante, dybereliggende forvaltningsretlige principper, som betyder, at det – i bedste fald – er ekstralegale normer, der er styrende. Dette peger i retning af et behov for, at der enten tilvejebringes tydeligere forvaltningsretlige retskilder (forvaltningslov, ombudsmandspraksis mv.), der udtrykkeligt adresserer de særlige spørgsmål, som myndighedernes anvendelse af avanceret teknologi rejser, eller at der sker en bredere styrkelse af forståelsen af dybereliggende, mere abstrakte forvaltningsretlige principper og værdier med betydning for teknologianvendelsen.

Sådanne tydeligere retskilder vil formodentlig bidrage til en større ensartethed og "compliance" på tværs af myndighederne, men risikerer omvendt at medføre, at underliggende værdier og principper overses, jf. delundersøgelsen angående udformning og kommunikation af begrundelser. Omvendt vil en bredere styrkelse af forståelsen af forvaltningsretlige principper og værdier være mere fleksibel og i højere grad muliggøre en løbende tilpasning af myndighedspraksis til nye teknologiske muligheder over tid. Til gengæld risikerer sidstnævnte tilgang at medføre en mere usystematisk og uensartet praksis på tværs af myndigheder, jf. delundersøgelsen angående løbende kvalitetssikring.

I et metodisk perspektiv har undersøgelsen og dens resultater demonstreret det potentiale, som kombinationen af en retsdogmatisk og en kvalitativ analyse har med henblik på at opnå en nuanceret indsigt i samspillet mellem forvaltningsretlige regler og praksisser i relation til myndighedernes teknologianvendelse, herunder i hvilket omfang retlige eller ekstralegale normer er styrende for myndighedernes praksis. Teoretisk har undersøgelsen demonstreret, hvorledes inddragelsen af Kaarlo Tuoris kritiske retspositivisme kan bidrage til analyser baseret på sondringer dels mellem umiddelbart tilgængelige retskilder og dybere retskulturelle lag, dels mellem retligt funderede normer og ekstralegale normer. Samtidig har undersøgelsen indirekte udfordret den betydning, som Tuori tillægger de to dybere lag i hans retsforståelse. Begge delundersøgelser indikerer således, at mellemlagets dybereliggende, mere immanente principper og værdier har beskeden gennemslagskraft blandt danske myndigheder, uanset om det er jurister eller andre faggrupper, der udtaler sig om spørgsmålene. Om dette også er tilfældet på andre områder end denne artikels fokusområder, vil kunne belyses af andre undersøgelser med et tilsvarende metodisk udgangspunkt.

Et særligt perspektiv på resultaterne er en re-aktualisering af et klassisk retsvidenskabeligt spørgsmål: Hvad er en hensigtsmæssig retsvidenskabelig fremgangsmåde på områder, der er præget af begrænset eller fuldstændigt fravær af regulering? Artiklens resultater giver anledning til at overveje, i hvilket omfang retsvidenskaben i sådanne tilfælde bør trække på det, som vi med Eugen Ehrlichs ord kalder den levende ret. Et muligt forskningsmæssigt fokus er således den retskildemæssige værdi af myndigheders adfærd og de mulige ekstralegale normer, som denne bygger på, uden at der er tale om sædvaner i traditionel retskildemæssig forstand. Konkret kan det overvejes, i hvilket omfang sådanne faktorer kan og bør tillægges betydning, når eksempelvis Ankestyrelsen, Ombudsmanden, Rigsrevisionen og ikke mindst domstolene foretager en vurdering af myndighedernes anvendelse af digitale

løsninger, herunder myndigheders ansvar i relation til sådanne.¹⁸

Efterspil: Et sandsynligt scenarie i styrelsen

Afslutningsvist er det tid at vende øjnene mod situationen i den fiktive, statslige styrelse, som indledte denne artikel. Her havde juristen Kurt fra styrelsens fredningskontor til opgave at vurdere et nyt it-projekt, hvor automatisk billedgenkendelse af luft- og satellitbilleder skulle gøre det muligt løbende at afgøre, hvorvidt fredningsbestemmelser overholdes. Hvis vi uden yderligere nuanceringer overfører resultatet af artiklens analyse til den fiktive styrelse, kan det forudsiges,¹⁹ at mens nogle af de elementer, som Kurt umiddelbart var i tvivl om – fx kravet om begrundelse og mulighed for klageadgang – er adresseret af eksisterende regulering og retspraksis i rettens overfladelag, er der også en række forhold, som ikke eller kun i begrænset omfang er adresseret i autoritative retskilder. Det kan enten skyldes, at der ganske enkelt ikke eksisterer retsregler på det pågældende område, eller at de pågældende retsregler ikke er møntet på de særlige spørgsmål, som opstår i forbindelse med anvendelse af digitale løsninger til at understøtte sagsbehandlingen.

Her vil det derfor være nødvendigt for Kurt at søge mod underliggende forvaltningsretlige principper, værdier og tankemønstre. Det kan samtidig forudsiges, at det vil være vanskeligt for Kurt at vurdere projektet alene med udgangspunkt i juraen. Kurt bliver derfor formodentlig nødt til – i samarbejde med fx fagspecialisten Bent og Pernille fra it-enheden – at inddrage relevante ekstralegale normer, således at disse kan komplimentere mere abstrakte, dybereliggende forvaltningsretlige krav og hensyn. Oplagte fokuspunkter for Kurt, Bent og Pernille vil i den sammenhæng fx være udformningen af let forståelige begrundelser til lods- og ejendomsejere, løbende kontrol

¹⁸ Den danske Højesteret har for nylig vurderet, hvorvidt det var ansvarspådragende for Domstolsstyrelsen, at boligejere i forbindelse med indførelse af en fuldt digitaliseret tinglysningsproces i 2009 oplevede en væsentlig forlænget sagsbehandlingstid ved tinglysningsekspeditioner (Ugeskrift for Retsvæsen, 2020: 2851H). I sådanne situationer, hvor det er vanskeligt at angive en tydelig retlig standard for ansvarspådragende myndighedsadfærd, forekommer det nærliggende, at en belysning af myndigheders praksis, herunder betydningen af relevante ekstralegale normer, vil kunne give domstolene et forbedret grundlag for at kunne vurdere ansvarsspørgsmålet. I den konkrete sag kom Højesteret i øvrigt frem til, at Domstolsstyrelsen ikke ifaldt erstatningsansvar.

¹⁹ I modsætning til artiklens forspil er der her ikke tale om et "composite narrative" byggende på data, men derimod en overførsel af artiklens analyser og konklusioner til den situation, som forspillet beskriver.

af, at it-systemet generer retvisende resultater, og sikring af kommunernes indsigt i kvaliteten af disse resultater – emner, som Kurt alene var delvis opmærksom på under det indledende møde.

Referencer

- Andersen, Jon. (2017). *Forvaltningsret*, 9. udgave. København: Karnov Group.
- Artikel 29-gruppen vedr. databeskyttelse. (2018). Retningslinjer om automatiske individuelle afgørelser og profilering i henhold til forordning 2016/679 (wp251rev.01), vers. 17/DA, senest revideret og vedtaget 6. februar, Generaldirektoratet for Retlige Anliggender, Europa-Kommissionen Bryssel.
- Boyatzis, Richard E. (1998). *Transforming Qualitative Information: Thematic Analysis and Code Development*. Thousand Oaks, CA: Sage Publications.
- Contissa, Giuseppe. (2017). "Big Data and Algorithmic Decision-Making", *Information Technology for the Law*. Turin: G. Giappichelli, 103–18.
- Cummings, Mary L. (2006). Automation and Accountability in Decision Support System Interface Design. *The Journal of Technology Studies*, 32 (1), 23–31.
<https://doi.org/10.21061/jots.v32i1.a.4>
- Dalberg-Larsen, Jørgen. (1990). *Lovene og livet*, 2. udg. København: Akademisk Forlag.
- Dworkin, Ronald. (1977/2013). *Taking Rights Seriously*. London: Bloomsbury Academic.
- Ehrlich, Eugen. (1913/1989). *Grundlegung der Sociologie des Rechtes*. Berlin: Duncker & Humblot <https://doi.org/10.3790/978-3-428-06689-6>
- Fenger, Niels. (2013). *Forvaltningsloven med kommentarer*. København: Djøf Forlag.
- Fenger, Niels. (2014). "Borgeren og digitaliseret forvaltning – hvor går vi?", Backer, Inge Lorange (red.), 40. Nordiske Juristmøde, Oslo, 91–104.
- Fenger, Niels. (2018). "Afgørelsens udformning, begrundelse og klagevejledning", Fenger, Niels (red.), *Forvaltningsret*. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag: 627–654.
- Finnis, John. (1980). *Natural Law and Natural Rights*. Oxford University Press: Oxford
- Folketingets Ombudsmand. (1983). Folketingets Ombudsmands Beretning, sag nr. 57 (FOB 1983.57), København.

- Folketingets Ombudsmand. (1984). Folketingets Ombudsmands Beretning, sag nr. 174 (FOB 1984.174), København.
- Folketingets Ombudsmand. (2005a). Folketingets Ombudsmands Beretning, sag nr. 215 (FOB 2005.215), København.
- Folketingets Ombudsmand. (2005b.) Folketingets Ombudsmands Beretning, sag nr. 499 (FOB 2005.499), København.
- Folketingets Ombudsmand. (2010). Ombudsmanden rejser sag om afviste ansøgere til studiepladser, nyhed af 10. aug. 2010, København, tilgået 3. dec. 2020 via <https://www.ombudsmanden.dk/find/nyheder/alle/studiepladser>
- Folketingets Ombudsmand. (2020a). "Generelle forvaltningsretlige krav til offentlige IT-systemer", Myndighedsguiden. <https://www.ombudsmanden.dk/myndighedsguiden>, København, tilgået 21. maj 2020.
- Folketingets Ombudsmand. (2020b). "Partsrettigheder og offentlige IT-systemer", Myndighedsguiden, <https://www.ombudsmanden.dk/myndighedsguiden>, København, tilgået 21. maj 2020.
- Guest, Greg, Bunce, Arwen, & Johnson, Laura. (2006). How Many Interviews Are Enough?: An Experiment with Data Saturation and Variability. *Field Methods*, 18 (1), 59–82. <https://doi.org/10.1177/1525822X05279903>
- Huberman, A. Michael & Miles, Matthew B. (1994). *Qualitative Data Analysis: An Expanded Sourcebook*. Thousand Oaks, CA: Sage Publications.
- Justitsministeriet. (1972). Betænkning afgivet af Justitsministeriets udvalg vedrørende begrundelse af forvaltningsafgørelser m.v., nr. 657, København.
- Justitsministeriet. (1986). Vejledning nr. 11740 af 4. december om forvaltningsloven. København.
- Justitsministeriet. (2019). "Justitsministerens reaktion på teledata-redegørelser", 3. okt. <https://www.justitsministeriet.dk/pressemeddelelse/justitsministerens-reaktion-paa-teledata-redegoerelser/> (tilgået 3. maj 2020)
- Justitsministeriet. (2020). Afrapportering vedr. karakteren af obligatoriske felter mv. i digitale selvbetjeningsløsninger (6. udkast), Arbejdsgruppen vedr. analyse og håndtering af juridiske udfordringer ved digitalisering, 3. afrapportering til det stående udvalg, april, København.

- Kammeradvokaten (Advokatfirmaet Poul Schmith). (2015). Rapport om legalitetsanalyse af EFI-delsystemfunktionaliteter, Lønindeholdelse, Tvungne Betalingsordninger, og Betalingsevneberegning Budget, sagsnr. 7513085 SFS/PFJ, 8. september, København.
- Kelsen, Hans. (1934). *Reine Rechtslehre: Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*. Deuticke: Leipzig/Wien.
- Loiborg, Emilie. (2020). "Om den forvaltningsretlige ramme for overladelse af forvaltningsopgaver til systemer baseret på kunstig intelligens", *Ugeskrift for Retsvæsen*, sektion B, 64–72.
- Motzfeldt, Hanne Marie & Naesborg-Andersen, Ayo. (2018). Developing Administrative Law into Handling the Challenges of Digital Government in Denmark. *The Electronic Journal of e-Government*, 16 (2), 136–146. <https://academic-publishing.org/index.php/ejeg/article/view/658>
- Motzfeldt, Hanne Marie og Abkenar, Azad Taheri. (2019). *Digital forvaltning – udvikling af sagsbehandlende løsninger*. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag.
- Motzfeldt, Hanne Marie, Ullits, Jørgen og Kjellerup, Jens. (2020). *Fra forvaltningsjurist til udviklingsjurist*. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag.
- Motzfeldt, Hanne Marie. (2015). Den Danske Ombudsmands Krav Om Værdibaseret Design Af Den Digitale Forvaltning. *Nordisk Administrativ Tidsskrift*, 92 (3), 8–23.
- Motzfeldt, Hanne Marie. (2020a). ForvaltIT: Styrings- og retssikkerhedsmæssige spørgsmål i relation til den digitale forvaltning, Københavns Universitet, København, tilgængeligt 4. sept. 2020 via www.justitsministeriet.dk/forskning/justitsministeriets-forskningspulje/rapporter-vedr-forskningspuljen-2018-2020/
- Motzfeldt, Hanne-Marie. (2020b). Machine learning og forvaltningens skønsudøvelse. *Juristen*, 102 (4), 140–147.
- Mäenpää, Olli & Fenger, Niels. (2019). "Public Administration and Good Governance", Letto-Vanamo Pia, Tamm, Ditlev & Gram Mortensen, Bent (eds), *Nordic Law in European Context*. Cham: Springer, 163–178. https://doi.org/10.1007/978-3-030-03006-3_10

- Olsen, Henrik Palmer, Jacob Livingston Slosser, Thomas Troels Hildebrandt og Cornelius Wiesener. (2019). What's in the Box? The Legal Requirement of Explainability in Computationally Aided Decision-Making in Public Administration, iCourts Working Paper Series, no. 162, Københavns Universitet.
<https://doi.org/10.2139/ssrn.3402974>
- Orlikowski, Wanda J. (2007). Sociomaterial Practices: Exploring Technology at Work. *Organization Studies*, 28 (9), 1435–1448. <https://doi.org/10.1177/0170840607081138>
- Revsbech, Karsten, Nørgaard, Carl Aage & Garde, Jens. (2014). *Forvaltningsret: Sagsbehandling*. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag.
- Riksrevisionen. 2020. Automatiserat beslutsfattande i statsförvaltningen, RiR 2020: 22, Stockholm.
- Roehl, U. (forthcoming): "Articulations of Automated Decision-making and Good Administration: Opportunities and Risks".
- Russel, Bernard H., Wutich, Amber & Ryan, Gery W. (2017). *Analyzing Qualitative Data: Systematic Approaches*, 2nd ed. Thousand Oaks, CA: Sage Publications.
- Santos, Boaventura De Sousa. (2002). *Towards a new legal common sense. Law, Globalization, and Emancipation*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Schein, Edgar H. (1985). *Organizational Culture and Leadership*. San Francisco, CA: Jossey-Bass Publishers
- Scott, W. Richard. (2014). *Institutions and Organizations*. Thousand Oaks, CA: Sage
- Tuori, Kaarlo. (2002). *Critical Legal Positivism*. New York City: Routledge
- Ugeskrift for Retsvæsen. (2020). "Domstolsstyrelsen var ikke erstatningsansvarlig for lang sagsbehandlingstid i forbindelse med indførelse af digital tinglysning", 2851H, København: Karnov Group.
- United Nations. (2020). E-Government Survey 2020, New York.
- Vonger, Britt. (2017). Grænserne for fuldt digitaliseret sagsbehandling. *Juristen*, 99 (1), 7–16.
- Willis, Rebecca. (2019). The Use of Composite Narratives to Present Interview Findings. *Qualitative Research*, 19 (4): 471–80. <https://doi.org/10.1177/1468794118787711>
- Zahle, Henrik. (1999). *Retten kilder*. København: Christians Ejlertsen's Forlag.