

J.nr. 300408

9. november 2007

STÆVNING

Som advokat for

Foreningen af Danske Lægestuderende,
Hovedforeningen,
Blegdamsvej 3,
2200 København N

indstævner jeg her-
ved

Sundhedsminister Lars Løkke Rasmussen,
Indenrigs- og Sundhedsministeriet,
Slotsholmsgade 10-12,
1216 København K

og

Sundhedsstyrelsen,
Islands Brygge 67,
2300 København S

til som sagsøgt at give møde i nærværende retssag på den af retten ved påtegning på denne stævning berammede dag og tid, hvor sagsøgte skal svare i sagen samt medtage de dokumenter, sagsøgte vil påberåbe sig, og hvor jeg nedlægger de nedenfor indholdsfortegnelsen følgende påstande.

De i sagen omtvistede bekendtgørelser er udstedt af henholdsvis Indenrigs- og Sundhedsministeriet den 24. oktober 2007 og Sundhedsstyrelsen den 25. oktober 2007. Sundhedsminister Lars Løkke Rasmussen er sagsøgt under nærværende sag som repræsentant for Indenrigs- og Sundhedsministeriet.

1. INDHOLDSFORTEGNELSE

2.	<u>PÅSTAND</u>	s.	3
3.	<u>SAGSFREMSTILLING</u>	s.	3
3.1.	Indledende bemærkninger om sagsøgerens hovedanbringender	s.	3
3.2	Hjemmelsspørgsmålet	s.	5
3.2.1.	Baggrunden for reglerne i §3, stk. 2 i speciallægebekendtgørelsen og § 9, stk. 1 i uddannelsesbekendtgørelsen	s.	5
3.2.2	Hjemlen for udstedelse af reglerne i §3, stk. 2 i speciallægebekendtgørelsen og § 9, stk. 1 i uddannelsesbekendtgørelsen	s.	11
3.2.3.	Området for skærpet hjemmelskrav	s.	15
3.2.4.	Hjemmelsmanglen ved udstedelse af reglerne i §3, stk. 2 i speciallægebekendtgørelsen og § 9, stk. 1 i uddannelsesbekendtgørelsen	s.	15
3.2.5.	Sammenfatning af anbringender vedrørende hjemmelsspørgsmålet.	s.	17
3.3.	Forholdet til § 74 i grundloven	s.	18
3.3.1.	Reglen i grundlovens § 74	s.	18
3.3.2	Legalitets- og proportionalitetsprincipperne	s.	20
3.3.3.	Forholdet mellem grundlovens § 74, legalitets- og proportionalitetsprincipperne og reglerne i §3, stk. 2 i speciallægebekendtgørelsen og § 9, stk. 1 i uddannelsesbekendtgørelsen	s.	20
3.3.4	Sammenfatning af anbringender vedrørende § 74 i grundloven	s.	21

3.4. Forholdet mellem § 3, stk. 2, i speciallægebekendtgørelsen og § 9, stk. 1, i uddannelsesbekendtgørelsen og væsentlige menneskeretlige retskilder	s. 23
3.4.1. Den menneskeretlige beskyttelse af retten til højere uddannelse Artikel 26 i Verdenserklæringen om menneskerettigheder, tillægsprotokol nr. 1, artikel 2 i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, Den Internationale Konvention om Økonomiske, sociale og kulturelle rettigheder og UNESCO-konventionen mod diskrimination i uddannelse af 14. december 1960	s. 23
3.4.2. Forholdet mellem Den menneskeretlige beskyttelse af retten til uddannelse og bestemmelserne i § 3, stk. 2 i speciallægebekendtgørelsen og § 9, stk. 1 i uddannelsesbekendtgørelsen	s. 28
3.4.3 Sammenfatning af hovedanbringender for bekendtgørelsesbestemmelsernes (u)forenelighed med væsentlige menneskeretlige retskilder	s. 29
4. <u>HENVISNINGSBEGÆRING</u>	s. <u>30</u>
5. <u>BILAGSFORTEGNELSE</u>	s. <u>30</u>

2. PÅSTAND

De sagsøgte tilpligtes at anerkende at følgende bestemmelser:

§ 3, stk. 2, i bekendtgørelse nr. 1248 af 24. oktober 2007 om speciallæger og

§ 9, stk. 1, i bekendtgørelse nr. 1257 af 25. oktober 2007 om uddannelse af speciallæger

er ulovlige og ugyldige.

3. SAGSFREMSTILLING

3.1. Indledende bemærkninger om sagsøgerens hovedanbringender

Den af sagsøgeren nedlagte påstand angår bestemmelserne i § 3, stk. 2, i bekendtgørelse nr. 1248 af 24. oktober 2007 om speciallæger (speciallægebekendtgørelsen) og § 9, stk. 1, i bekendtgørelse nr. 1257 af 25. oktober 2007 om uddannelse af speciallæger (uddannelsesbekendtgørelsen).

Sagsøgerens hovedanbringender er inddelt i tre afsnit:

Et afsnit om hjemmelspørgsmål i henhold til de nævnte bestemmelser i bekendtgørelserne, et afsnit om bestemmelsernes forhold til grundlovens § 74 om, at alle indskrænkninger i den fri og lige adgang til erhverv, som ikke er begrundede i det almene vel, skal hæves ved lov samt et afsnit om bestemmelsernes (manglende) forenelighed med de væsentligste menneskeretlige kilder.

For så vidt angår Hjemmelsspørgsmålet, gør sagsøgeren gældende, at de sagsøgte ved udstedelsen af de omtvistede bestemmelser har overskredet bemyndigelsen i §§ 32, og 34, stk. 5 i lov nr. 451 af 22. maj 2006 om autorisation af sundhedspersoner og om sundhedsfaglig virksomhed (autorisationsloven). Sagsøgeren gør gældende, at de nævnte bestemmelser i autorisationsloven alene bemyndiger sundhedsministeren til at fastsætte nærmere uddannelseskraav og ikke til at fastsætte regler, der afskærer læger fra at videreuddanne sig til speciallæger.

Det hovedstandpunkt, som sagsøgeren fremfører under denne sag, er således, at § 3, stk. 2, i speciallægebekendtgørelsen og § 9, stk. 1, i uddannelsesbekendtgørelsen er ugyldige og ulovlige, som følge af den mangelfulde hjemmel til at udstede reglerne.

Således gøres det gældende, at de ad sagen omhandlede bekendtgørelsesbestemmelser skal underkendes som ulovlige og dermed ugyldige, allerede fordi almindelige, danske forvaltningsretlige krav til hjemmel i loven ikke er opfyldt.

Til overflod er bestemmelserne endvidere stridende mod grundlovens § 74 og internationale konventioner, herunder bl.a. den Europæiske menneskerettighedskonvention, der er inkorporeret i dansk ret ved lovbekendtgørelse nr. 750 af 19. oktober 1998 om den Europæiske Menneskerettighedskonvention.

For så vidt angår de omtvistede bestemmelsers forhold til § 74 i grundloven vil sagsøgeren dokumentere, at reglerne i § 3, stk. 2, i speciallægebekendtgørelsen og § 9, stk. 1, i uddannelsesbekendtgørelsen udgør en indskrænkning i den frie og lige adgang til erhverv, samt at denne indskrænkning ikke i en bekendtgørelse kan indføres med begrundelse i hensynet til det almene vel, hvorfor sagsøgte skal anerkende, at reglerne er grundlovsstridige.

For så vidt angår de omtvistede bestemmelsers forenelighed med menneskerettighederne, vil sagsøgeren fokusere på bestemmelserne i artikel 26 i Verdenserklæringen om Menneskerettighederne fra 1948 og artikel 2 i tillægsprotokol 1 i den Europæiske Menneskeret-

tighedskonvention, artikel 13 i Den Internationale Konvention om Økonomiske, Sociale og Kulturelle Rettigheder, samt artikel 1 i UNESCO-konventionen mod diskrimination i uddannelse af 14. december 1960, der alle vedrører retten til uddannelse. Sagsøgeren vil dokumentere, at reglerne i § 3, stk. 2, i speciallægebekendtgørelsen og § 9, stk. 1, i uddannelsesbekendtgørelsen er i strid med de menneskeretlige forpligtelser, som Danmark har tiltrådt, hvilket sagsøgte skal tilpligtes at anerkende.

Ovenstående bemærkninger er sagsøgernes oversigtsmæssige hovedanbringender. Disse søgsmålsgrunde vil i nedenstående afsnit 3.2. – 3.4. blive uddybet nærmere.

3.2. Hjemmelsspørgsmålet

3.2.1. Baggrunden for reglerne i § 3, stk. 2, i speciallægebekendtgørelsen og § 9 i uddannelsesbekendtgørelsen

Bekendtgørelse nr. 1257 af 25. oktober om uddannelse af speciallæger, der vedlægges som **bilag 1**, og bekendtgørelse nr. 1248 af 24. oktober 2007 om speciallæger, der vedlægges som **bilag 2**, har bl.a. til formål at afhjælpe den voksende mangel på speciallæger i Danmark. Dette formål forsøges tjent i uddannelsesbekendtgørelsens § 7 og § 9. § 7 vedrører varigheden af den kliniske basisuddannelse og vil ikke blive behandlet yderligere i nærværende sag. Bestemmelsen i § 3, stk. 2, i speciallægebekendtgørelsen er identisk med § 9, stk. 1, i uddannelsesbekendtgørelsen.

Lægeuddannelsen i Danmark består af tre uddannelsesniveauer:

- i. Den lægevidenskabelig embedseksamen, der sammen med aflagt lægeløfte giver indehaveren ret til at få autorisation som læge
- ii. Det andet niveau opnås efter bekendtgørelsens § 7 gennem den kliniske basisuddannelse, der har en varighed på 12 måneder (tidligere 18 måneder). Når denne er gennemført har lægen ret til at virke som selvstændig vagtlæge eller kommunallæge, men ikke ret til at virke som alment praktiserende læge med

tilskud fra sygesikringen eller i andre stillinger, hvor der i lovgivningen eller overenskomster er fastsat krav om særlig uddannelse, autorisation eller tilladelse.

- iii. Det tredje niveau er speciallægeuddannelsen, der giver ret til at virke som alment praktiserende læge eller til ansættelse i fast tidsubegrænsede stillinger indenfor sundhedsvæsenet.

Uddannelsen til speciallæge er en del af det højere uddannelsessystem. Det fremgår således af uddannelsesbekendtgørelsen, at:

”§ 1. Speciallægeuddannelsen er en formaliseret lægelig videreuddannelse på videnskabeligt grundlag. Uddannelsen indebærer opnåelse af praktisk og teoretisk kompetence på speciallægeniveau inden for det enkelte lægelige speciale.”

På baggrund af bekymring over kvaliteten i speciallægeuddannelsen nedsatte Sundhedsministeren i juli 1998 en Speciallægekommision, som bl.a. fik til opgave at:

”...stille forslag om ændringer af uddannelsessystemet, der sikrer effektivitet og kvalitet i videreuddannelsen til speciallæge. I den forbindelse skal kommissionen vurdere speciallægeuddannelsens normerede faktiske varighed ud fra en betragtning om at sikre både effektivitet og kvalitet i uddannelsesforløbet.” (Fremtidens Speciallæge, Betænkning nr. 1384, maj 2000, s. 10).

Speciallægekommisionen understregede i sin betænkning, at fremtidens speciallæger skal gives en høj professionel standard og en stor medicinsk ekspertviden, men fandt samtidig, at speciallægekompetencen måtte defineres bredere, idet der havde været lagt for lidt vægt på elementer som samarbejde, kommunikation, undervisning, ledelse og administration, videnskabsteori og forskningsmetodologi samt holdninger og etik. (a.st. s. 18, jf. s. 73f). Kommisionen anbefalede derfor, at speciallægen fremover skulle bibringes en række generelle kompetencer, som skulle sætte speciallægen i stand til at mestre en flerhed af roller og egenskaber, som kommissionen skitserede i et skema (Tabel A , s. 74). Ovenpå den lægevidenskabelige lægeuddannelse fastholdt kommissionen uddannelsesstrukturen med turnusuddannelse, introduktionsuddannelsen og en hoveduddannelse med kliniske, teoretiske og færdighedsudviklende moduler, hvor hoveduddannelsen i et kontinuerligt forløb skulle vare mellem 48-60 måneder og for visse specialer op til 72 måneder. Det skal i

denne forbindelse understreges, at Speciallægekommissionens forslag beskæftigede sig med uddannelsens kvalitet og faglige kvalifikationer og de hertil knyttede organisatoriske og styringsmæssige forhold. Kommissionen rejste derimod ikke forslag om at begrænse rekrutteringen ud fra personlige eller tidsmæssige grunde.

Allerede set i lyset af Speciallægekommissionens anbefalinger og krav til ny bredde i speciallægens kompetence og modenhed, er der grund til alvorlig bekymring over den sammentrækning af det samlede uddannelsesforløb, som den udstedte bekendtgørelse rummer med den ovenfor omtalte 4-års regel.

Reglen vil få den virkning, at den udelukker læger, som af den ene eller anden grund ikke har fået adgang til en uddannelsesstilling, fra den lige adgang til erhverv og uddannelse. I modsætning til adgangen til stillinger i den kliniske basisuddannelse modsvares tidskravet for påbegyndt hoveduddannelse ikke af en korresponderende forpligtelse for sundhedsmyndighederne til at stille det "nødvendige antal" uddannelsesforløb til rådighed¹ (jf. § 1, stk. 2 i Sundhedsstyrelsens bekendtgørelse nr. 1256 af 25. oktober 2007 om lægers kliniske basisuddannelse). Fireårsreglen har med andre ord en *ekskluderende karakter*. En sådan udelukkelse af i øvrigt kvalificerede læger fra det tredje niveau i det lægelige uddannelsessystem udgør et indgreb mod lægerne og forudsætter som minimum en klar og utvetydig hjemmel. Det er tvivlsomt om en sådan hjemmel foreligger i dette tilfælde, jf. nedenfor. Hertil kommer, at fireårsreglen kan være i strid med trindhøjere regler i grundlovens § 74 om den fri og lige adgang til erhverv, såvel som det menneskeretlige krav om lige adgang til højere uddannelse alene begrænset af personlige kvalifikationer.

Det burde herefter være hævet over enhver tvivl, at enhver læge vil have en stor interesse i at videreudanne sig til speciallæge, idet det er her de faste og gode stillinger er at finde.

Det er samtidig sagsøgers opfattelse, at en manglende gennemførelse af en speciallægeuddannelse vil gøre det overordentligt vanskeligt at få adgang til en karriere som læge i Danmark.

¹ Bekendtgørelsen om lægers *kliniske basisuddannelse* sigter på at skaffe læger adgang til basisuddannelsen. Med hjemmel i lægelovens § 4, stk. 2, pålægges det Sundhedsstyrelsen to gange årligt at fastlægge det nødvendige antal uddannelsesforløb på baggrund af antallet af tilmeldte. Det nødvendige antal stillinger udmøntes derefter igennem de regionale videreuddannelsesråd for læger. En tilsvarende automatik findes ikke mellem antallet af kandidater til *speciallægeuddannelsen* og dimensioneringen af antallet af uddannelsesstillinger. Ansættelse i uddannelsesstillinger til speciallægeuddannelsen sker i fri konkurrence efter opslag, jf. speciallægebekendtgørelsen § 3, og dimensioneringen fastsættes en gang årligt af Sundhedsstyrelsen med et antal forløb i hver region og for hvert speciale, jf. bekendtgørelsens § 7.

Ordlyden af reglerne i § 3, stk. 2, i speciallægebekendtgørelsen og § 9, stk. 1, i uddannelsesbekendtgørelsen er som følger:

”Hoveduddannelsen i et speciale skal være påbegyndt senest 4 år efter første ansættelsesdag i den kliniske basisuddannelse.”

Bekendtgørelserne, herunder den nævnte bestemmelse, er blevet til efter et forhandlingsforløb mellem bl.a. Indenrigs- og Sundhedsministeriet og Lægeforeningen.

Forløbet førte til indgåelse af en principaftale den 25. april 2007, der danner grundlaget for bekendtgørelsen. Sagsøger i nærværende sag har ikke været hørt om indholdet af aftalen før denne var indgået. Dette er efter sagsøgers opfattelse en beklagelig god illustration af forløbet, hvor der er en lang række af relevante hensyn, der enten slet ikke er vægtet eller ikke er vægtet tilstrækkeligt.

Baggrunden for bestemmelserne i § 3, stk. 2, i speciallægebekendtgørelsen og § 9, stk. 1, i uddannelsesbekendtgørelsen er bl.a., at der er mangel på speciallæger i Danmark. Man søger derfor fra de sagsøgte side med reglen angiveligt at gennemføre såkaldte ”motivationsfremmende foranstaltninger” overfor de fremtidige læger for at disse hurtigere skulle kunne uddanne sig til speciallæger. Den voksende mangel på speciallæger skyldes primært en praksis over de sidste tredive år fra offentlige myndigheder og ministeriers side, hvorefter man ikke i tilstrækkelig grad forudså konsekvenserne af en håbløs tilrettelæggelse af uddannelsespolitikken for medicinstudiet i Danmark. Denne tilrettelæggelse er politikerne ansvarlige for. Det er kendetegnende, at regeringen efter at have indset en fejlslagen politik nu reagerer med tvang og ”pisk” i stedet for samarbejde, motivation og ”gulerod”.

På området for den medicinske uddannelse, er der, og var der, allerede efter de regler, der gjaldt indtil den 25. oktober 2007, i vidt omfang anvendelse af tvang overfor yngre læger. Der var således regler om, at en nyuddannet læge via et nummersystem, der mest af alt minder om et lotteri kunne risikere at skulle rykke sin familie op for at flytte på tværs af

landet i forbindelse med den kliniske basisuddannelse. Dette princip har naturligvis givet anledning til mange private vanskeligheder for lægerne.

Der var altså i videreuddannelsessystemet for læger allerede før bekendtgørelsens udstedelse praksis for, at man anvendte et vist mål af tvang overfor lægerne i forbindelse med videreuddannelsen. Arbejdskraftens fri bevægelighed var således i høj grad ophævet for lægerne under videreuddannelse. Med reglerne i reglerne i § 3, stk. 2, i speciallægebekendtgørelsen og § 9, stk. 1, i uddannelsesbekendtgørelsen, har man fra de sagsøgte side på ny vist, at man ikke vil tage hensyn til de fremtidige lægers ønsker i forbindelse med en videreuddannelse.

Da sagsøger, som er Foreningen af Danske Lægestuderende (FADL), blev opmærksom på aftalen af 25. april 2007 mellem Sundhedsstyrelsen, Danske Regioner, Lægeforeningen og Indenrigs- og Sundhedsministeriet protesterede man straks mod de nu indførte regler.

Det er vigtigt her at fremhæve, at FADL ikke er en del af Lægeforeningen, som er den almindelige Danske Lægeforening. Som en del af Lægeforeningen findes Foreningen af Yngre Læger, FaYL, som af Lægeforeningen blev hørt forud for aftaleindgåelsen. Man fandt det, uvist af hvilken årsag, hverken relevant fra de sagsøgte eller Lægeforeningens side at invitere FADL til at indgå i forhandlingerne.

De sagsøgte har muligvis befundet sig i en vildfarelse med hensyn til organisationsstrukturen under Lægeforeningen, hvor FADL altså ikke indgår.

Der blev endvidere rejst spørgsmål fra flere folketingspolitikere til Sundhedsministeren om reglen. I forbindelse med besvarelse af disse såkaldte ”§ 20- spørgsmål” henholdt ministeren sig bl.a. til den aftale, han havde indgået med danske regioner og Lægeforeningen. Han oplyste endvidere, at FADL ville blive hørt over udkastet til bekendtgørelsen, hvilket da også senere er sket, jf. nedenfor.

FADL afgav høringssvar den 24. august 2007, hvorved de lægestuderende på en lang række punkter kritiserede de nu udstedte regler i § 3, stk. 2, i speciallægebekendtgørelsen

og § 9, stk. 1, i uddannelsesbekendtgørelsen. Det anførtes således fra FADL's side, at 4-årsreglen ville medføre mindre motiverede og dermed mindre gode speciallæger. Dette begrundes med, at de yngre læger fremover ikke får tilstrækkelig mulighed for at vælge deres eget speciale, hvilket selvsagt vil virke demotiverende for lægerne.

Det anførtes endvidere, at patientsikkerheden i Danmark ville blive forringet med reglen, idet lægerne let bliver forceret ind i specialer, de finder uinteressante. Endvidere er det fra flere sider påpeget, at reglen kan medføre en forringelse af det nuværende system, hvor man i vidt omfang på en specialafdeling vil være i stand til at diagnosticere en patient, der (også) lider af sygdomme indenfor et andet speciale og videresende denne til en anden specialafdeling inden sygdommen breder sig. Dette skyldes, at lægerne vil blive presset til at vælge speciale tidligere end i dag. Dermed risikerer man, at patienter med flere lidelser/sygdomme ikke får behandlet alle disse sygdomme eller lidelser tilstrækkeligt.

FADL gjorde i sit høringssvar også de sagsøgte opmærksom på, at reglen kan medføre flugt af læger til udlandet, hvor man vil have bedre tid og mulighed for at videreudanne sig, at reglen vil have den samme u hensigtsmæssige effekt for yngre lægers familier, som det førnævnte system vedrørende den kliniske basisuddannelse, idet man som læge tvinges til at flytte efter stillinger, der giver bedre mulighed for at opnå optagelse på det ønskede speciale indenfor tidsfristen, samt at reglen vil medføre forringede rekrutteringsforhold for de svage specialer, idet de medicinstuderende allerede under studiet vil fokusere på et givent speciale, hvorfor mange perifere specialer ikke ville blive "prøvet af" med efterfølgende øget tilstrømning til følge.

FADL gjorde endelig opmærksom på, at der ville blive problemer for den kliniske forskning, idet incitamentet til forskning vil blive nedsat, når man har en tidsfrist for specialisering, at færre læger vil deltage i humanitært arbejde, samt at den særlige dispensationsadgang for ph.d.-forløb betyder, at man på flere specialer vil skulle have en ph.d.-grad for at komme i betragtning til optagelse.

Sundhedsstyrelsen har i uddannelsesbekendtgørelsens § 9, stk. 3-7 fastsat en udtømmende række af begrænsede undtagelser til reglen i § 9, stk. 1.

3.2.2. Hjemlen for udstedelse af reglerne i § 3, stk. 2, i speciallægebekendtgørelsen og § 9, stk. 1, i uddannelsesbekendtgørelsen

I gældende dansk forvaltningsret afgrænses lovgivningsmagtens enekompetence ved hjælp af et materielt begreb, hjemmelskravet, der fastslår, at der ikke uden lovhjemmel kan gøres indgreb i borgernes retsforhold, medmindre der er tale om et anstaltsforhold eller der foreligger en sædvanemæssig hjemmel².

For så vidt angår administrative indgreb af særlig indgribende karakter anses hjemmelskravet generelt for skærpet³.

Af Justitsministeriets Vejledning om udarbejdelse af administrative forskrifter, 1987 fremgår følgende af kapitel 5 under overskriften "Bekendtgørelsens Hjemmel", pkt. 62:

"Forskrifter, der skal have retlig bindende virkning for borgere, virksomheder mv., skal som hovedregel have hjemmel i lov..."

[Der skal] særlig peges på, at jo mere indgribende reglerne er, des sikrere må hjemmelen være. Bestemmelser af særlig indgribende karakter kan således alene udstedes, såfremt hjemmelsloven indeholder en udtrykkelig bemyndigelse hertil. Der må således i almindelighed kræves udtrykkelig hjemmel til at fastsætte bestemmelser om f. eks. straf og bebyrdende regler med tilbagevirkende kraft. Det kræves endvidere særlige holdepunkter i loven eller dens forarbejder at fastsætte bestemmelser, der fraviger andre lovbestemmelser eller fraviger almindeligt anerkendt retsgrundlæggelser."

Det hedder endvidere i vejledningen:

² Jf. Jens Garde m.fl., Forvaltningsret, Almindelige Emner, Jurist- og Økonomforbundets forlag, København 2004, p 184 (herefter Garde m.fl. Forvaltningsret Alm. Emner). Jf. tillige Max Sørensen, Statsforfatningsret, 2. udg., Juristforbundets forlag, København 1973p. 203.

³ Jf. Von Eyben, Juridisk grundbog 2, 1989, p 45. m.fl.

” 64. En bekendtgørelse bør ikke indeholde overflødig stof...”

For så vidt angår uddannelsesbekendtgørelsens hjemmel henvises der i uddannelsesbekendtgørelsen til § 3 i speciallægebekendtgørelsen, der her følgende ordlyd:

”§ 3. Uddannelse i et speciale skal være opnået ved ansættelse i et uddannelsesforløb efter forudgående opslag og ansøgning.

Stk. 2. Hoveduddannelsen i et speciale skal være påbegyndt senest 4 år efter første ansættelsesdag i den kliniske basisuddannelse.

Stk. 3. For læger, der opnår tilladelse til selvstændigt virke som læge på andet grundlag end klinisk basisuddannelse, jf. § 3 og 5, i bekendtgørelse nr. 1247 af 24. oktober 2007 om tilladelse til selvstændigt virke som læge, skal hoveduddannelsen være påbegyndt senest 3 år efter, at Sundhedsstyrelsen har meddelt tilladelse til selvstændigt virke som læge.

Stk. 4. Sundhedsstyrelsen fastsætter nærmere bestemmelser om uddannelsen i de enkelte specialer.

Stk. 5. Sundhedsstyrelsen godkender målbeskrivelse for hvert speciale, som angiver, hvilke kompetencer der skal være opnået i et uddannelsesforløb.

Stk. 6. Sundhedsstyrelsen fastlægger bestemmelser for dimensionering af uddannelsesforløb.

Stk. 7. Sundhedsstyrelsen fastlægger bestemmelser for godkendelse af uddannelsesforløb.

Stk. 8. Sundhedsstyrelsen fastlægger bestemmelser for evaluering.

Stk. 9. Sundhedsstyrelsen fastlægger bestemmelser for lægers adgang til at gennemføre en resterende del af en uddannelse til speciallæge, som er afbrudt på grund af sygdom, graviditet, barsel, adoption eller af andre særlige grunde.”

Reglen i § 3, stk. 2 er identisk med reglen i uddannelsesbekendtgørelsens § 9, stk. 1, hvilket forekommer at være i ringe overensstemmelse med det i Justitsministeriets vejledning anførte om overflødig stof.

Som yderligere hjemmel til bekendtgørelsen er angivet §§ 32 og 34, stk. 5 i lov nr. 451 af 22. maj 2006 om autorisation af sundhedspersoner og om sundhedsfaglig virksomhed (autorisationsloven), der har følgende ordlyd:

”§ 32. Indenrigs- og sundhedsministeren fastsætter regler for lægers videreuddannelse ud over den i § 31 nævnte turnusuddannelse med henblik på udøvelse af nærmere bestemte læge-

lige funktioner, herunder virke i almen praksis, og for anvendelse af særlige betegnelser for læger, der har gennemgået sådan uddannelse. "

Denne bestemmelse svarer ganske nøje til den tidligere bestemmelse i Lægelovens § 3, stk. 2, der havde tilnærmelsesvis samme ordlyd:

" Stk. 2. Sundhedsministeren fastsætter regler for videreuddannelse udover den i § 2, stk. 5, nævnte uddannelse med henblik på udøvelse af nærmere bestemte lægelige funktioner, herunder virke i almen praksis, og for anvendelse af særlige betegnelser for læger, der har gennemgået sådan uddannelse"

Bemyndigelsen blev indført i lægeloven i 1976 ved lovforslag *"om ændring af lov om udøvelse af lægegering"* (se Ft. 1975-76, A 2983, B 1363). Bemærkningerne til lovforslaget er sparsomme, men det fremgår af de almindelige bemærkninger til lovforslaget, at Sundhedsstyrelsens daværende speciallægekommission forventedes at afgive betænkning i december 1976 med et kortsigtet forslag om afhjælpning af aktuelle kapacitetsproblemer ved et 3-årigt uddannelsesforløb og et langsigtet 5-årigt forslag. (Sp. 2989f).

Indenrigsministeriet fandt, at der under alle omstændigheder burde gennemføres en formaliseret videreuddannelse for læger til almen praksis under den offentlige sygesikring:

"Bl.a. med henblik herpå er der i lovforslagets § 1, nr. 6, foreslået skabt hjemmel for Indenrigsministeren til at fastsætte regler for videre uddannelse ud over den basale kliniske uddannelse med henblik på udøvelse af særlige lægelige funktioner og for anvendelse af nærmere bestemte betegnelser for læger, der har gennemgået sådan uddannelse." (Sp. 2990)

Den ønskede hjemmel præciseres i bemærkningerne til de enkelte bestemmelser på den måde, at bemyndigelsen giver mulighed for at stille *særlige uddannelseskrav*:

"Den foreslåede affattelse af § 3, stk. 2, åbner mulighed for at kunne stille særlige uddannelseskrav til læger, der skal virke som alment praktiserende læger under den offentlige sygesikring. ...Herudover tager bestemmelsen også hensyn til det ønskelige i fremover at kunne stille særlige uddannelseskrav til anden lægelig virksomhed. ... Den foreslåede bestemmelse vil indeholde hjemmel til at gennemføre dette. (Sp. 2992f, ad nr. 6)"

Det tilkendegives endelig, at de omhandlede uddannelseskrav vil blive fastlagt efter forhandling med de berørte myndigheder og organisationer. (Sp. 2993). Tilsagnet indeholder

ikke nogen afgrænsning af hvilke organisationer, der er berettiget til at blive inddraget i gensidige mundtlige eller skriftlige forhandlinger, men kun at organisationen er berørt, det vil sige, at organisationen og dens medlemmer har en legitim interesse i resultatet af de påtænkte uddannelseskrav, jf. hertil for eksempel Zahle, *Dansk Forfatningsret, I*, s. 352. Forhandlingskravet stiller organisationen i midten af indflydelse mellem ensidig forelæggelse og samtykke/godkendelse.

Det fremgår af det ovennævnte, at omlægningen af speciallægeuddannelsen er aftalt ved forhandling mellem Lægeforeningen og Danske Regioner i april 2007. Et så snævert udvalg af forhandlingsparter tilfredsstillende imidlertid ikke ministerens forhandlingstilsagn som angivet ovenfor. Sagsøger har noteret sig, at sagsøgte gang på gang henviser til aftalen, der er indgået med Lægeforeningen (herunder Fydl) og Danske Regioner. Dette udbedrer imidlertid ikke den fejl, sagsøgte har begået ved ikke at sikre sig tilslutning til aftalen fra sagsøgers side. Sagsøgers medlemmer er netop dem, der bliver berørt af reglerne.

Sagsøger er som nævnt en selvstændig organisation, der på ingen måde har tilknytning til hverken Lægeforeningen eller FAYL, hvorfor sagsøger ikke er bundet af en aftale indgået mellem disse parter og de sagsøgte. De sagsøgte svæver derfor i en faktisk vildfarelse, såfremt man mener at have indgået en aftale med sagsøger vedrørende den fremtidige speciallægeuddannelse, idet man har indgået aftalen med to andre parter, der ikke er forbundne med sagsøger.

Der er tale om en tredjemandsaftale, hvorfor sagsøger som tredjemand i forhold til aftalen, ikke kan blive bundet af denne, medmindre der er tale om en begunstiggelse af sagsøger⁴. Da § 3, stk. 2, i speciallægebekendtgørelsen og § 9 i uddannelsesbekendtgørelsen bestemt ikke er udtryk for en begunstiggelse af sagsøger, men snarere fastlægger en handlepligt og indskrænker sagsøgers medlemmers rettigheder, kan sagsøger på ingen måde være bundet af aftalen.

Såfremt man ønskede at binde sagsøgers medlemmer i aftalen, skulle sagsøger have været inddraget i forhandlingerne herom. Som relevant faglig organisation og leverandør af fremtidens kandidater til speciallægeuddannelsen er sagsøger direkte berørt og har en stærk interesse i bekendtgørelsens indhold, som ikke må tilsidesættes. Sagsøgers ønske er direkte begrundet i det ovennævnte tilsagn, men også støttet på den menneskeretlige ret til deltagelse, jf. f. eks. ILO Konvention 122 (1964) om beskæftigelsespolitik, hvor Danmark

⁴ Se om tredjemandsaftaler Lennart Lynge Andersen m.fl.: *Aftaler og mellemmand*, 3. udgave Gad Jurra, Forlaget Thomson A7S, København 1997 p. 138f.

som part under Artikel 2 har forpligtet sig til at tage forhandlinger med de direkte berørte personer og især med de faglige organisationer, samt FNs erklæring om retten til udvikling, art. 2.

3.2.3 Området for skærpet hjemmelskrav

Der er i dansk ret områder, hvor den regeludstedende, det være sig lovgiver eller anordningsgiver, er underlagt et skærpet hjemmelskrav.

Det anføres sædvanligvis som et ledende synspunkt, at jo mere dybtgående forvaltningen gør indgreb i borgernes frihed og ejendom, desto sikrere må i almindelighed hjemlen være.⁵ Dette synspunkt er ligeledes gengivet i citatet ovenfor på side 12f. fra Justitsministeriets vejledning om regeludarbejdelse. Som eksempler på områder, hvor der almindeligvis opstilles et skærpet hjemmelskrav kan nævnes regulering med tilbagevirkende kraft, regulering vedrørende skatter og afgifter og regulering med indbygget strafbestemmelse. Der er imidlertid også praksis for, at opstille et skærpet hjemmelskrav vedrørende indgreb i borgernes erhvervsmuligheder.⁶

3.2.4 Hjemmelsmanglen ved udstedelse af § 3, stk. 2, i speciallægebekendtgørelsen og § 9, stk. 1, i uddannelsesbekendtgørelsen

Hjemlen til udstedelse af bekendtgørelserne er som nævnt ovenfor angivet til at være autorisationslovens § 32, der som ligeledes nævnt er en videreførelse af den tidligere lægelovs § 3, stk. 2.

Bemyndigelsen i Lægelovens § 3, stk. 2 kunne afgrænses som en hjemmel til at fastsætte krav til videreuddannelsen og ikke til den enkelte læge. Ministeren har med andre ord fået:

"en generel bemyndigelse til at fastsætte krav til videreuddannelsen og til at tildele særlige betegnelser til læger, der har gennemgået en sådan. Det er en betingelse for

⁵ Jf. Garde m. fl. Forvaltningsret Alm. Emner p. 189 i og ved note 98. J. Trolle giver i U.1975B.119 udtryk for samme synspunkt.

*anvendelse af lovens bemyndigelse, at videreuddannelsen bliver etableret med henblik på udøvelse af nærmere bestemte lægelige funktioner. Indenrigs- og sundhedsministeren kan således ikke i medfør af bestemmelsen (og såfremt anden hjemmel ikke foreligger) regulere lægers efteruddannelse, hvor formålet er vedligeholdelse og ajourføring af lægeuddannelsen."*⁷

Bemyndigelsen giver altså ministeren adgang til at fastsætte krav til videreuddannelsen og tildele betegnelser til læger, der har gennemgået den. Det, at man kan fastsætte krav til videreuddannelsen, er ikke ensbetydende med, at man kan fastsætte regler, der begrænser lægers adgang til videreuddannelsen.

En tekstnær læsning af ministerens beføjelse under lægelovens § 32 må derfor for det første tage udgangspunkt i, at kompetencen indgår i en lov om *udøvelse af lægegerning*, og ikke om adgangen til uddannelsen, at der kan fastsættes regler for videreuddannelse til visse særlige kvalificerede lægelige funktioner, og at genstanden for denne regelfastsættelse er de uddannelsesmæssige krav af indholdsmæssig karakter som er knyttet til disse særlige lægelige funktioner, samt at personkredsen for videreuddannelsen er læger, som uden yderligere begrænsninger er berettigede til at søge ind på uddannelsen.

Fortolkningen understøttes ved beskrivelsen af opgaverne for *det nationale råd for lægers videreuddannelse*. Rådet blev oprettet i overensstemmelse med forslagene i Speciallægekommisionens betænkning 1384:2000 og indsat som § 4 a i lægeloven, nu autorisationslovens § 33. Rådet har i loven til opgave at rådgive myndighederne i spørgsmål om lægers videreuddannelse, og opgaverne er nærmere beskrevet i indenrigs- og sundhedsministerens bekendtgørelse nr. 1707 af 20. december 2006, som modsvarer den oprindelige bekendtgørelse nr. 176 fra 2001. Ifølge bekendtgørelsen § 1 rådgiver rådet på overordnet og principielt niveau ministeren og Sundhedsstyrelsen om den lægelige videreuddannelse. Centralt for emnet for rådgivningen er:

§ 4. Rådet rådgiver Sundhedsstyrelsen om ændring af *videreuddannelsernes længde og indhold, principielle spørgsmål* vedrørende *målbeskrivelser, uddannelsesprogrammer og evaluering, overordnede retningslinjer* for udstedelse af *tilladelser og speciallægeanerkendelser* samt *retningslinjer for dispensationer*.

⁶ Jf. Garde m.fl. Forvaltningsret Alm. Emner p. 208, hvor der henvises til retspraksis.

⁷ Jf. Michael von Magnus og Anna Murphy, Lægeloven med kommentarer, 4. udg. 2004 p. 34.

Rådgivningen og reguleringen er således knyttet til uddannelsernes faglige indhold og kvalitet. Derimod er rådgivningen ikke knyttet til rekrutteringen og adgangen til uddannelsen for den enkelte læge, selvom rådet dog bliver bedt om at forholde sig til kandidatproduktionen på universiteterne set i forhold til behovet for færdiguddannede speciallæger (§ 7) og dimensioneringen af den lægelige videreuddannelse (§ 8).

Når man dertil lægger, at der er tale om et område, hvor der efter praksis gælder et skærpet hjemmelskrav, er det oplagt, at de sagsøgte ikke har haft tilstrækkelig bemyndigelse til at udstede reglerne i § 3, stk. 2, i speciallægebekendtgørelsen og § 9, stk. 1, i uddannelsesbekendtgørelsen.

For god ordens skyld skal det understreges, at regler svarende til de nu indførte ikke har eksisteret før. Derimod har Sundhedsstyrelsen tidligere reguleret *tiden for gennemførelsen af selve speciallægeuddannelsen*. Ifølge Sundhedsstyrelsens tidligere uddannelsesbekendtgørelse nr. 660 af 10 juli 2003, § 9, skulle hoveduddannelsen i et speciale være påbegyndt senest 6 år efter gennemførelsen af et godkendt introduktionsforløb. Under den forudgående uddannelsesbekendtgørelse nr. 654 af 3 juli 1996, § 5, var der frister på 8 og 11 år for afslutningen af specialet fra og med ansættelse i den undervisningsstilling som indledte selve hoveduddannelsen. Disse frister vedrørte med andre ord gennemførelsen af selve uddannelsen indenfor et godkendt individuelt undervisningsprogram, og kan ikke sammenlignes med den nu indførte 4-årsregel for rekruttering.

3.2.5 Sammenfatning af anbringender vedrørende hjemmelsspørgsmålet

Sagsøgeren skal til støtte for sin påstand gøre gældende,

At der ved § 3, stk. 2, i speciallægebekendtgørelsen og § 9, stk. 1, i uddannelsesbekendtgørelsen, indføres regler, der begrænser lægers adgang til videreuddannelse til speciallæge og dermed virker ekskluderende

At den lægelige videreuddannelse er en forudsætning for på længere sigt at gøre karriere som læge i Danmark, herunder opnå faste stillinger i det offentlige sundhedsvæsen

At der derfor er tale om regler, der begrænser lægers frie adgang til erhverv

At dette udgør et væsentligt indgreb i berørte lægers retsforhold

At der som følge heraf gælder et krav om skærpet hjemmel til at udstede sådanne regler

At dette hjemmelkrav på ingen måde er opfyldt ved anvendelsen af bemyndigelsen i autorisationslovens § 32

At reglerne i § 3, stk. 2, i speciallægebekendtgørelsen og § 9, stk. 1, i uddannelsesbekendtgørelsen derfor ikke har tilstrækkelig hjemmel, samt

At de nævnte regler på den baggrund er uden tilstrækkelig lovhjemmel.

3.3. Forholdet til § 74 i grundloven

3.3.1. Reglen i grundlovens § 74

§ 74 i grundloven har følgende ordlyd:

” § 74. Alle indskrænkninger i den fri og lige adgang til erhverv, som ikke er begrundede i det almene vel, skal hæves ved lov.”

Grundlovens § 74 sætter efter omstændighederne i kombination med legalitets- og proportionalitetsprincipperne i forvaltnings- og forfatningsretten grænser for de mulige indgreb i erhvervsfriheden, som forvaltningsmyndigheder kan foretage⁸

Grundlovsbestemmelsen åbner som udgangspunkt mulighed for at foretage indskrænkninger i næringsfriheden, hvis sådanne er bestemt ud fra hensynet til det almene vel, og sådanne restriktioner har eksisteret ud fra en politisk forståelse af samfundsmæssige behov.

Rammerne for forståelsen af det almene vel er politisk, men kan *kun* fastsættes af lovgivningsmagten, dvs. folketinget og regeringen i forening. Professor Henrik Zahle har herom skrevet:

"En nærmere præcisering af, hvad det anførte påbud indebærer, er ikke af stor interesse, fordi grl § 74 indrømmer, at der kan foretages indskrænkninger, for så vidt de er begrundede i det almene vel. Og hvad der er begrundet i det almene vel, *må afgøres af lovgivningsmagten*, og dette må - som ved grl § 73, stk. 1 [om ekspropriation, vor tilføj.] - bero på en almindelig politisk overvejelse."⁹

Dermed vil man heller ikke i en administrativ forskrift kunne fastsætte regler under hensyn til almenvellet, der ellers ville stride mod grundlovens § 74.

Et eksempel fra retspraksis, hvor erhvervsfriheden har været bragt i anvendelse ses i apoteksudsalgssagen i *U. 1979.253 Ø*, hvor apotekerlovens hjemmel blev fundet utilstrækkelig. I forbindelse med pålægget om at oprette apoteksudsalget havde Indenrigsministeriet givet tilsagn til apotekeren om afgiftslempelse eller ydelse af ekstraordinært tilskud, såfremt driften af apoteksudsalget godtgøres at påføre apotekeren væsentlige økonomiske tab. Ministeriet havde videre argumenteret:

"...at apoteksdriften ikke er en almindelig fri næring, men en næring der i vidt omfang er reguleret i lovgivningen. Denne regulering, der er meget indgående, må ses på baggrund af apotekernes stedlige monopolstilling og har som overordnet formål at sikre befolkningens forsyning med lægemidler."

Østre Landsret fandt imidlertid utilstrækkelig hjemmel for indgrebet i apotekerens erhvervsforhold – "*uanset det af sagsøgte anførte om den retlige regulering af apotekervæsenet og om de offentlige tilskudsordninger hertil*".

3.3.2. Legalitets- og proportionalitetsprincipperne

⁸ Jf. Erik Werlauff i Grundloven, Danmarks riges grundlov med kommentarer, 2. udgave, Jurist- og Økonomforbundets forlag 2006 p.502.

⁹ Henrik Zahle, dansk Forfatningsret 3, 2. udgave Christian Ejlertsen Forlag, København 1998 p. 198.

Legalitetsprincippet er i den forfatnings- og forvaltningsretlige teori ofte blevet defineret ud fra to underbegreber; hjemmelskravet og den formelle lovs princip¹⁰.

Hjemmelskravet er behandlet ovenfor, hvorfor der her alene skal fokuseres på den formelle lovs princip. Den formelle lovs princip vedrører forholdet mellem loven og normer eller afgørelser i den retlige trinfølge¹¹.

Hvad der en gang er reguleret ved lov, kan kun på ny ændres af lovgivningsmagten og en trinlavere norm må ikke stride mod en trindhøjere norm i den retlige trinfølge.

Proportionalitetsprincippet fastslår, at hvor forvaltningen har et valg mellem flere typer af indgreb til opnåelse af et ønskeligt resultat/mål, er forvaltningen pligtig til i sine afgørelser og regeludstedelse at vælge den for adressaten mindst indgribende, som er tilstrækkeligt til at opnå formålet. Der ligger hermed også et nødvendighedskriterium i proportionalitetsprincippet.

3.3.3. Forholdet mellem grundlovens § 74, legalitets- og proportionalitetsprincipperne og reglerne § 3, stk. 2, i speciallægebekendtgørelsen og § 9, stk. 1, i uddannelsesbekendtgørelsen

De nævnte regler er som nævnt tidligere af ekskluderende karakter. De medfører et skel mellem en klasse af læger, som har adgang til faste, privilegerede stillinger indenfor sundhedsvæsenet og andre læger – som af den ene eller anden grund – falder uden for denne klasse. Skellet mellem de to klasser er alene bestemt af en arbitrært fastsat periode på fire år fra påbegyndt turnusuddannelse – og årsagen til at tidsgrænsen er forpasset kan lige så vel ligge i kapaciteten i uddannelsessystemet, som hos den enkelte kandidat til uddannelsen. Den enkelte kandidat kan med andre ord blive ramt af en negativ forskelsbehandling (diskrimination) på grund af forhold, som falder uden for kandidatens egen kontrol – og alene knyttet til forløbet af et bestemt tidsrum. Det forudsættes herved at alle kandidater i princippet er kvalificerede ansøgere til uddannelsesstillingerne, da de er læger og har færdiggjort det 2. uddannelsesniveau, nemlig den kliniske basisuddannelse samt introduktionsstilling.

¹⁰ Jens Garde mfl., Forvaltningsret alm. Emner p. 162

Indgrebet udgør således en indskrænkning i den frie og lige adgang til erhverv i grundlovens forstand. Det er her værd med Østre Landsret at notere sig, at selve det forhold at lægevæsenet er et reguleret erhverv, ikke ophæver den grundlovmæssige beskyttelse af adgangen til erhvervet. Det følger heraf for det første, at indskrænkningen kun kan vedtages i lovsform, og ud fra en konklusion om, at det er i det almene vels interesse. For det andet skal det bemærkes, at et indgreb skal være proportionalt, det vil sige at indgrebet ikke må være mere indgribende end nødvendigt, men også at indgrebet skal være egnet til at opnå sine formål. Der foreligger ikke nogen ”lovbemærkninger” til det udsendte udkast til speciallægebekendtgørelse, men hvis et af formålene med 4-årsreglen er at afhjælpe mangel på speciallæger i Danmark, kan et resultat af reglen lige så vel blive det modsatte, nemlig at begrænse tilgangen af kvalificerede speciallæger. Hvis formålet – i overensstemmelse med Speciallægekommissionens formål – er at styrke kvaliteten i uddannelsen, kan resultatet ligeledes blive det modsatte, da det anvendte middel kan tvinge kandidater til at vælge lægelige specialer, som ikke er i overensstemmelse med det de har ønsket og forberedt sig på.

Når man sammenholder bekendtgørelsesbestemmelserne med grundlovens § 74 og legalitets- og proportionalitetsprincipperne er det endvidere klart, at det ønskede formål; at udanne flere speciallæger hurtigt, formentlig ville kunne nås ved en positiv incitamentsstruktur i stedet for den negative tvangsmæssige struktur. Man ville dermed fra sagsøgtes side kunne have anvendt et langt mindre indgribende middel, der var nødvendigt og tilstrækkeligt til at opfylde formålet og dermed både undgå at handle i strid med proportionalitets- og legalitetsprincipperne, samt grundlovens § 74.

3.3.4. Sammenfatning af anbringender vedrørende § 74 i grundloven

Sagsøgeren skal til støtte for den nedlagte påstand endvidere gøre gældende,

At Grundlovens § 74 beskytter den frie adgang til erhverv

At bestemmelsen såvel selvstændigt som set i sammenhæng med legalitets- og proportionalitetsprincipperne har et materielt indhold

¹¹ Jens Garde mfl., Forvaltningsret alm. Emner p. 163f

- At de sagsøgte kunne have opnået det med bestemmelserne i § 3, stk. 2, i speciallægebekendtgørelsen og § 9, stk. 1, i uddannelsesbekendtgørelsen ønskede formål ved langt mindre indgribende midler
- At § 3, stk. 2, i speciallægebekendtgørelsen og § 9, stk. 1, i uddannelsesbekendtgørelsen ikke med begrundelse i det almene vel kan udstedes i bekendtgørelsesform, men alene ved lov
- At bestemmelserne i § 3, stk. 2, i speciallægebekendtgørelsen og § 9, stk. 1, i uddannelsesbekendtgørelsen strider grundlovens § 74, idet der er tale om ekskluderende bestemmelser fastsat i en bekendtgørelse
- At det følger af den formelle lovs princip, at en trinlavere norm ikke må stride mod en trindhøjere norm i den retlige trinfølge, samt
- At bestemmelserne i At § 3, stk. 2, i speciallægebekendtgørelsen og § 9, stk. 1, i uddannelsesbekendtgørelsen ikke med begrundelse i det almene vel kan udstedes i bekendtgørelsesform, men alene ved lov derfor strider mod grundlovens § 74 sammenholdt med legalitets- og proportionalitetsprincipperne
- At bestemmelserne i § 3, stk. 2 i bekendtgørelse nr. 1248 af 24. oktober 2007 og § 9 i bekendtgørelse nr. 1257 af 25. oktober 2007 derfor skal ophæves som ugyldige

3.4. Forholdet mellem § 3, stk. 2, i speciallægebekendtgørelsen og § 9, stk. 1,

i uddannelsesbekendtgørelsen og væsentlige menneskeretlige retskilder

3.4.1 Den menneskeretlige beskyttelse af retten til højere uddannelse Artikel 26 i Verdenserklæringen om menneskerettigheder, tillægsprotokol nr. 1, artikel 2 i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, Den Internationale Konvention om Økonomiske, sociale og kulturelle rettigheder og UNESCO-konventionen mod diskrimination i uddannelse af 14. december 1960

I den internationale menneskeretlige beskyttelse, som Danmark som stat er forpligtet af, forudsættes adgangen til højere uddannelse at skulle bygge på lige adgang og alene begrænset af personlige kvalifikationer.

A. *Verdenserklæringen om menneskerettighederne* fastlagde i 1948, at:

Artikel 26

1. *Enhver har ret til undervisning. Undervisningen skal være fri, idet mindste på de elementære og grundlæggende trin. Elementær Undervisning skal være tvungen. Teknisk og faglig uddannelse skal gøres almindeligt tilgængelig for alle, og på grundlag af evner skal der være lige adgang for alle til højere undervisning.*

2. *Undervisningen skal tage sigte på den menneskelige personligheds fulde udvikling og på at styrke respekten for menneskerettigheder og grundlæggende friheder. Den skal fremme forståelse, tolerance og venskab mellem alle nationer og racemæssige og religiøse grupper, og den skal fremme De Forenede Nationers arbejde til fredens bevarelse.*

...

Det centrale begreb i artikel 26 er både i den engelske og franske originaltekst *education/éducation*, således at hovedbetydningen *uddannelse* ville være bedre end *undervisning*. Den sidste sætning i det første stykke, som her er fremhævet i kursiv, er i den franske udgave adskilt fra det forudgående med et semikolon, og betydningen står igen klarere i originalerne. Den engelske udgave af erklæringen har på dette punkt: "*higher education shall be equally accessible to all on the basis of merit*", mens den franske lyder "*l'accès aux études supérieures doit être ouvert en pleine égalité à tous en fonction de leur mérite*". Hovedbetydningen er med andre ord, at adgangen skal være åben for alle på ligeværdigt grundlag og at eventuelle begrænsninger i adgangen kun må ske på grundlag af – eller som en funktion af personlig merit. Merit betegner her fortjeneste, værd, kvalifikationer, jf. udtrykket "promotion by merit": "forfremmelse på grundlag af kvalifikationer".

Bestemmelsen om uddannelsens formål og sigte, som er en nyskabelse i folkeretten¹², er baseret på FN Pagens formål og grundsætninger art. 1 og 2, gentages og udbygges senere i FN-konventionen om økonomiske og sociale rettigheder, nedenfor under C. For at undgå gentagelser skal det her kun fremhæves, at uddannelsen sigter på fulde udvikling af den menneskelige personlighed *og på følelsen af dens værdighed* samt at den skal sætte alle mennesker i stand til "*effektivt at deltage i et frit samfund*".

¹² N. Robertson, *The Universal Declaration of Human Rights – Its Origin, Significance, Application, and Interpretation*, New York, N.Y., 1958, p. 137.

B. *Den Europæiske Menneskerettighedskonventions 1. Tillægsprotokol.*

Konventionen som er inkorporeret som en del af dansk ret beskytter retten til uddannelse i protokollens, som for den relevante del lyder:

"Protokol nr.1, art. 2

Ingen må nægtes retten til uddannelse. ... No person shall be denied the right to education. ..."

Den resterende del af bestemmelsen som er uden betydning her, drejer sig om forældres ret til respekt for religiøse og filosofiske overbevisning i undervisningen.

Der er kun begrænset praksis under konventionsbestemmelsen, men det er relevant her at henvise til Menneskerettighedsdomstolens dom i storkammerafgørelsen af 10. november 2005, i *Sahin v. Turkey* (Application no. 44774/98). Storkammeret bekræftede heri, at P1, Artikel 2 finder anvendelse på alle uddannelsesniveauer, inklusive højere uddannelse (para. 134). Domstolen bekræftede derefter, at bestemmelsen lægger en positiv forpligtelse på staterne, jf. konventionens art. 1, og at bestemmelsen skal anvendes på en sådan måde, at retten er praktisk og effektiv, ikke teoretisk og illusorisk. Hvis en stat vælger at oprette højere uddannelsesinstitutioner vil den være forpligtet til at sikre en lige og effektiv ret til adgang til dem. Denne ret er så fundamental, at det ville være i strid med første sætning i Art. 2, i 1. Tillægsprotokol at anlægge en restriktiv fortolkning (para. 137). Selvom retten til uddannelse efter sin natur er underlagt statens regulering, må en regulering ikke beskære retten i et sådant omfang, at selve rettens essens svækkes og retten mister sin effektivitet. En regulering vil kun kunne tillades, hvis der er et rimeligt proportionalt forhold mellem de anvendte midler og det mål der søges opnået (para. 154). Domstolen anfører endvidere, at begrænsninger i retten til uddannelse må ses i lyset af tilladte begrænsninger under art. 8, 9 og 10, hvilket bl.a. implicerer at indgrebet skal være foreskrevet ved lov (para 155). En sådan fortolkning vil være i overensstemmelse med kravene under artikel 4 i CESCR umiddelbart nedenfor.

C. *Den Internationale Konvention om Økonomiske, Sociale og Kulturelle Rettigheder af 16. december 1966 (ICESCR,) Art. 13, jf. Lbk. nr. 5 af 14. januar 1976*

Konventionen anerkender i artikel 13 enhver rets til uddannelse og udbygger retten på grundlag af art. 26 i Verdenserklæringen om Menneskerettigheder, herunder forståelsen af uddannelsens formål, som bemærket ovenfor under A. Det følger endvidere af konventionens almindelige diskriminationsforbud, at konventionens rettigheder skal gennemføres uden nogen forskelsbehandling af nogen art (Art. 2, stk. 2).

Konventionen differentierer mellem retten til uddannelse på forskellige niveauer, og for at opnå den fulde virkeliggørelse af denne ret, skal staterne efter Art. 13, stk. 2 anerkende, at:

"c) højere undervisning gøres ligelig tilgængelig for alle på grundlag af evner, ved alle dertil egnede midler og i særdeleshed ved gradvis indførelse af gratis undervisning."

Også her er der grund til at sammenholde med den autoritative engelske og franske tekst:

(c) Higher education shall be made equally accessible to all, on the basis of capacity, by every appropriate means, and in particular by the progressive introduction of free education;

c) L'enseignement supérieur doit être rendu accessible à tous en pleine égalité, en fonction des capacités de chacun, par tous les moyens appropriés et notamment par l'instauration progressive de la gratuité;

Det er ligeledes her klart, at adgangen til højere uddannelse er baseret på den enkeltes personlige kvalifikationer. Konventionen etablerer en international ekspertkomité, som overvåger konventionens faktiske gennemførelse i de enkelte medlemslande, og i sin Generelle Kommentar nr. 13 til art. 13, anfører Ekspertkomitéen om dette forhold:

"19. The third and most significant difference between article 13 (2) (b) and (c) is that while secondary education "shall be made generally available and accessible to all", higher education "shall be made equally accessible to all, on the basis of capacity". According to article 13 (2) (c), higher education is not to be "generally available", but only available "on the basis of capacity". The "capacity" of individuals

should be assessed by reference to all their relevant expertise and experience.” (UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.8, (May 2006, p. 75).

Forslaget til folketingsbeslutning om Danmarks ratifikation af konventionen, giver ikke nærmere vejledning til forståelsen af art., 13 stk. 2, men understreger blot at højere uddannelse ”skal gøres ligelig tilgængelig for alle, særlig gennem indførelse af gratis undervisning.”.

Det følger af konventionens eget system, jf. artikel 4, at begrænsninger i den enkeltes ret til at nyde rettighederne under konventionen *kun* kan ske i overensstemmelse med konventionens normer, *kun* hvis de er fastsat ved lov, *kun* hvis det er foreneligt med rettighedernes art og *udelukkende* tjener til at tjene almenvellet i et demokratisk samfund. Ekspertkomitéen bemærker hertil i sin generelle kommentar om art. 13, at bestemmelsen om tilladelige begrænsninger i art. 4, ”primært har til formål at beskytte individers rettigheder, snarere end at tillade staten at pålægge begrænsninger. En statspart... bærer følgelig byrden med at retfærdiggøre en sådan alvorlig foranstaltning i forhold til alle de elementer, der er opregnet i artikel 4.” (a.st. s. 79, para 42).

Som nævnt ovenfor anførte Speciallægekommissionen i sin betænkning at speciallægeuddannelsen ikke blot indeholder teoretiske moduler, men også kliniske og færdighedsudviklende moduler (T- og F-moduler, a.st., s. 82). Da artikel 13 omtaler teknisk og erhvervsfaglig uddannelse i forbindelse med art. 13 stk. 2 (b), om højere undervisning på mellemtrin, men ikke under art. 13 stk. 2 (c), er der grund til at bemærke, at sådan teknisk og erhvervsfaglig uddannelse også er omfattet under art. 6 om retten til arbejde, og således antages at omfatte alle uddannelsesniveauer i artikel 13. Ekspertkomitéen anfører således, at den erhvervsfaglige uddannelse i artikel 6 har til formål ”at opnå en støt økonomisk, social og kulturel udvikling samt fuld og produktiv beskæftigelse”, således at denne form for uddannelse ”udgør et integreret element af alle niveauer af uddannelse.” (Ekspertkomitéen, a.st. s. 74, para. 15).

D. UNESCO konventionen mod diskrimination i uddannelse af 14. december 1960.

Konventionen blev vedtaget som led i FN-systemets tidlige arbejde med at virkeliggøre Verdenserklæringens menneskeretlige lighedsprincip og diskriminationsforbud. Konventionens diskriminationsforbud finder efter artikel 1 bl.a. anvendelse i forhold til:

- (a) *“Of depriving any person or group of persons of access to education of any type or at any level.*

(b) Of limiting any person or group to education of any type of an inferior standard."

De citerede bestemmelser understreger, at det menneskeretlige uddannelsesbegreb er inklusivt.

3.4.2. Forholdet mellem Den menneskeretlige beskyttelse af retten til uddannelse og bestemmelserne i § 3, stk. 2 i speciallægebekendtgørelsen og § 9, stk. 1 i uddannelsesbekendtgørelsen

I to svar fra Indenrigs og sundhedsministeren til Folketingets Sundhedsudvalg har ministeren oplyst, hvad der sker, hvis en kandidat til speciallægeuddannelsen ikke har startet på en hoveduddannelse før fristen på 4 år er udløbet. Ministeren bekræfter, "at en læge, der ikke har påbegyndt sin hoveduddannelse indenfor 4-årsfristen, *ikke kan få hoveduddannelsesstilling i Danmark og ad den vej blive uddannet som speciallæge.*" (Sundhedsudvalget, (2006-07) SUU, alm. del, svar på spørgsmål nr. 510 og 515 af 29.6.2007).

Svarene bekræfter, at speciallæge- og uddannelsesbekendtgørelserne knytter en udelukkelse til et retsfaktum, hvis indholdskriterium alene er medgået tid fra påbegyndt turnus. Bekendtgørelserne er således i strid med de menneskeretlige forpligtelser, hvorefter den lige adgang til højere uddannelse alene kan begrænses ud fra faglige kvalifikationer i forhold til den pågældende uddannelse. Det anvendte kriterium kan nærmest karakteriseres som et "erhvervet basisuddannelsesalder"-kriterium, hvis konsekvens tillægges afgørende karrieremæssig betydning.

Den lægelige uddannelse er i sagens natur underlagt saglig, statslig regulering og involverer dermed en del politiske spørgsmål. Der er imidlertid grænser for de politiske vurderinger og hensyn, der kan lægges til grund for rekrutteringen til speciallægeuddannelsen, som helt centralt må være baseret på personlige, lægefaglige kvalifikationer. Der er en positiv forpligtelse for staten til at sikre adgang til speciallægeuddannelsen er praktisk og effektiv for kvalificerede læger.

3.4.3. Sammenfatning af hovedanbringender for bekendtgørelsesbestemmelsernes (u)forenelighed med væsentlige menneskeretlige retskilder

Det gøres til støtte for sagsøgerens påstand endelig gældende

At speciallægeuddannelsen er en højere uddannelse i traditionel menneskeretlig forstand

At retten til at blive optaget på denne uddannelse derfor er beskyttet af Artikel 26 i Verdenserklæringen om menneskerettigheder, tillægsprotokol nr. 1, artikel 2 i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention og artikel 13 i Den Internationale Konvention om Økonomiske, sociale og kulturelle rettigheder

At bestemmelserne i § 3, stk. 2, i speciallægebekendtgørelsen og § 9, stk. 1, i uddannelsesbekendtgørelsen vil indebære en ekskluderende virkning

At § 3, stk. 2, i speciallægebekendtgørelsen og § 9, stk. 1, i uddannelsesbekendtgørelsen ved at lægge vægt på et tidsmæssigt kriterium og ikke alene de ansøgende lægers faglige evner er i strid med artikel 26 i Verdenserklæringen om menneskerettigheder, tillægsprotokol nr. 1, artikel 2 i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, artikel 13 i Den Internationale Konvention om Økonomiske, sociale og kulturelle rettigheder, samt artikel 1 i UNESCO konventionen mod diskrimination i uddannelse af 14. december 1960

At § 3, stk. 2, i speciallægebekendtgørelsen og § 9, stk. 1, i uddannelsesbekendtgørelsen ved at lægge vægt på et tidsmæssigt kriterium og ikke alene de ansøgende lægers faglige evner dermed også er i strid med lovbekendtgørelse nr. 750 af 19. oktober 1998 om den Europæiske menneskerettighedskonvention

At § 3, stk. 2 i bekendtgørelse nr. 1248 af 24. oktober 2007 og § 9 i bekendtgørelse nr. 1257 af 25. oktober 2007 som følge heraf er ulovlig

4. HENVISNINGSBEGÆRING, JF. RPL §226

Ifølge nugældende regler i retsplejelovens kapitel 21 er nærværende sag anlagt ved Københavns Byret som første instans.

Sagsøgerne skal herved jf. retsplejelovens § 226 som følge af sagens principielle karakter anmode byretten om at træffe bestemmelser om, at sagen henvises til Østre Landsret.

De sagsøgte **opfordres (1)** til snarest muligt efter modtagelsen af nærværende stævning at udtale sig til støtte for ovenstående anmodning.

5. BILAGSFORTEGNELSE

1. Bekendtgørelse nr. 1248 af 24. oktober 2007 om speciallæger (speciallægebekendtgørelsen)
2. Bekendtgørelse nr. 1257 af 25. oktober 2007 om uddannelse af speciallæger (uddannelsesbekendtgørelsen)

Yderligere processtof forbeholdes.

København, d. 9. november 2007


Christian Harlang