

**Retsudvalgets høring vedrørende L 98 -
lovforslaget om dommeres fremtræden i
retsmøder - 11. marts 2009**

Talepapir - Lektor, cand. jur. ph.d.
Pernille Boye Koch, Syddansk Universitet

Tak for indbydelsen.

Jeg vil gøre mit bedste for at foretage en sober gennemgang af lovforslagets aspekter ud fra et grundlovsperspektiv. Og jeg vil så vidt muligt holde mine personlige, politiske - ja sågar religiøse - synspunkter udenfor.

Jeg vil starte med at forholde mig til lovforslagets forhold til princippet om domstolenes uafhængighed og vil gerne i den forbindelse understrege, at jeg udelukkende vil forholde mig til de grænser, som grundloven opstiller. Andre synspunkter på domstolenes uafhængighed - altså sådanne som ikke udspringer af grundloven - vil jeg overlade til Dommerforeningens formand, Jørgen Lougart.

Jeg kan ligeså godt sige det helt klart til at begynde med: Jeg mener ikke, at det aktuelle lovforslag strider mod hverken magtfordelingen eller domstolenes uafhængighed. Jeg er knap så klar i målet, når det kommer til lovforslagets forhold til

religionsfriheden og diskriminationsforbuddet i grundloven, men det skal jeg nok vende tilbage til.

I det foreliggende lovforslag er der tale om, at Folketinget vil fastsætte nogle regler om, hvordan retsmøder ved domstolene skal foregå og hvordan de praktiske omstændigheder - dommernes påklædning og ydre fremtræden - skal være. Der er ikke tale om, at Folketinget selv tiltager sig dømmende magt eller på anden måde blander sig i den måde, domstolene dømmer på, eller forhindrer domstolsprøvelse. Derfor er lovforslaget ikke i modstrid med magtfordelingen i grundlovens § 3. Reglerne om dommeres fremtræden i retsmøder indskriver sig snarere i den lange række af bestemmelser om domstolsproceduren, som findes i retsplejeloven. Grundlovens § 61, 1. pkt. siger, at "den dømmende magts udøvelse skal ordnes ved lov"; den eneste betingelse, grundloven opstiller er således, at sådanne regler skal have lovform, og altså ikke må fastsættes via administrativ regulering. Men her har vi jo en lov, så det er ikke et problem.

Reglerne om domstolenes uafhængighed i grundloven har til formål at sikre, at dommerne ikke lader sig påvirke af politisk pres og uvedkommende hensyn, når de dømmer.

De har imidlertid ikke til hensigt at sikre domstolenes ret til en udpræget grad af selvregulering. Grundlovens regler om domstolenes uafhængighed betyder altså ikke, at Folketinget skal blande sig uden forhold, som domstolene gerne vil klare selv. I løbet af det seneste årti har vi set eksempler på forhold, der traditionelt har været overladt til domstolene selv, men hvor lovgivningsmagten nu er kommet på banen og gerne vil styre området noget mere. Det er for eksempel lovregler om en bredere og mere åben dommerrekruttering og regler for dommernes bijobs, jeg tænker på. Det kan godt være, at domstolene finder det ubelejligt og som et brud på en historisk tradition, men grundlovsstridigt er det ikke.

Jeg vil derfor nu vende blikke mod et par andre relevante grundlovsbestemmelser, nemlig grundlovens § 67 om religionsfrihed og § 70 om forbud mod forskelsbehandling på grund af trosbekendelse eller afstamning.

Lad os tage § 67 først. Når man læser bestemmelsen ("Borgerne har ret til at forene sig i samfund for at dyrke Gud på den måde, der stemmer med deres overbevisning, dog at intet læres eller foretages, som strider mod sædeligheden eller den offentlige orden") står det umiddelbart

klart, at § 67 som sit primære formål havde at give religiøse bevægelser en særlig forenings- og forsamlingsfrihed. Det er i øvrigt også det indtryk en læsning af de forfatningsretlige teoretikere gennem tiderne - for eksempel Poul Andersen, Alf Ross og Henrik Zahle - giver. I modsætning til tidligere tiders trostvang indførtes nu frihed til gudsdyrkelse - også (og ikke mindst) for religiøse minoriteter.

Hvorved kommer så forbindelsen til det lovforslag, vi diskuterer i dag? Jo, der har efterhånden udviklet sig den opfattelse, at ikke kun den kollektive gudsdyrkelse er beskyttet af grundlovens § 67, men også den individuelle. Derfor var bestemmelsen for eksempel relevant, da en gruppe somaliere for nogle år siden ønskede at udføre den rituelle muslimske tidebøn på et AMU-center, og også i den helt konkrete sag, hvor forbuddet mod religiøse symboler kan afskære for eksempel kvindelige muslimer fra at bære religiøst betinget tørklæde.

MEN - bestemmelsen havde jo det her vigtige forbehold ("at intet læres eller foretages, som strider mod sædeligheden eller den offentlige orden"), og dette begrænser i ganske vid udstrækning den praktiske betydning af § 67. Andre retsforskrifter må som udgangspunkt respekteres, også selv om

kan udgøre en begrænsning af en religiøs praksis. For eksempel kunne AMU-centret godt forbyde de før omtalte somaliere at bede på gangarealerne (af ordenshensyn), og som udgangspunkt må religionsudøvelsen derfor rette sig ind efter generelle regler fastsat med et helt andet sigte end netop religionen (for eksempel regler om færdselssikkerhed og dyrevelfærd). Det er under alle omstændigheder meget uklart, hvilken grænse der gælder - man plejer at sige, at § 67 er uklar i konturerne - og derfor kan heller ikke grundlovens § 67 siges at være en stopklods for at gennemføre det lovforslag, vi diskuterer i dag.

Så er vi imidlertid nået til grundlovens § 70, som i en grundlovssammenhæng er langt den mest interessante. Den lyder: "Ingen kan på grund af sin trosbekendelse eller afstamning berøves adgang til den fulde nydelse af borgerlige og politiske rettigheder eller unddrage sig opfyldelsen af nogen almindelig borgerpligt". Her har vi nemlig noget så moderne som en antidiskriminationsbestemmelse. Og her vil jeg da gerne indledningsvist understrege en vigtig pointe: Fortalerne for loven har gjort meget ud af at fremhæve, at lovforslaget ikke kun omfatter det muslimske tørklæde, men alle religiøse og politiske tilkendegivelser.

Men allerede Alf Ross sagde: "Grundlovens § 70 må, i lighed med hvad der antages med hensyn til andre diskriminationsforbud finde anvendelse, også selv om der formelt ikke diskrimineres på grund af trosbekendelsen, men dog på grund af forhold, der er så nøje forbundet hermed, at resultatet faktisk bliver noget nær det samme". Eller sagt på mere moderne dansk: Bestemmelsen beskytter også mod indirekte diskrimination, altså situationer hvor der ikke formelt forskelsbehandles, men hvor reguleringen i særlig grad eller udelukkende vil ramme en bestemt religiøs gruppe.

Jeg mener derfor heller ikke, der kan herske nogen tvivl om, at der med lovforslaget om dommeres fremtræden i retsmøder er tale om indirekte diskrimination, da det i særlig grad er tiltænkt og også primært vil have betydning for kvindelige muslimske jurister. Det fortæller både lovforslagets forhistorie og de forskellige reaktioner og diskussioner, der har fundet sted i den offentlige debat. Og i andre sammenlignelige tørklædesager er forskellige domstole da også uden videre nået frem til, at der er tale om indirekte diskrimination.

Det havde derfor klædt Justitsministeriets Lovafdeling, hvis man i bemærkningerne til

det foreliggende lovforslag havde turde nævne begrebet indirekte diskrimination. Faktisk er det lidt af en kunst at beskrive forholdet til grundloven og menneskerettighedskonventionerne, uden at nævne det (det nævnes først - helt ukommenteret - i afsnittet om EU-retten), men lad nu det ligge. Det er imidlertid ikke så farligt, som man skulle tro, at lovforslaget må betegnes som indirekte diskrimination. For det er ikke det samme som, at lovforslaget nødvendigvis er ulovligt. Men det vil jeg vende tilbage til lige om lidt.

Først vil jeg nemlig dvæle et øjeblik ved, hvad det er for rettigheder, som bestemmelsen beskytter. Ordlyden taler om 'borgerlige og politiske rettigheder', men det er fast antaget i teorien, at dette udtryk skal fortolkes udvidende, således at det omfatter enhver fordelagtig retsposition. Og - særligt interessant i vores sammenhæng i dag - bestemmelsen er eksplicit blevet diskuteret i forhold til ansættelse i tjenestemandstillinger som et kerneeksempel på bestemmelsens beskyttelsesområde. Når det lovforslag, vi drøfter i dag, således i realiteten forhindrer en bestemt religiøs gruppe i at opnå ansættelse som dommer ved danske domstole, er det derfor utvivlsomt omfattet

af diskriminationsforbuddet i grundlovens § 70.

Af andre tilsvarende diskriminationsforbud kan nævnes reglerne i lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet og ligebehandlingsloven. Nogle vil måske undre sig over, at jeg nævner dem, for det er vel blot lovgivning, der dermed ikke opstiller nogle grænser for Folketinget mht. ny lovgivning, men så simpelt er det ikke. Både lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet samt ligebehandlingsloven bygger nemlig på EU-direktiver og har som sådan en mere forpligtende karakter for Folketinget.

Jeg fokuserer i dag på grundloven og skal derfor ikke gøre mere ud af disse direktivmæssige forpligtelser, men jeg kan da helt generelt sige, at de EU-retlige diskriminationsforbud faktisk bygger på samme retlige figur som vores eget grundlovsmæssige diskriminationsforbud i § 70.

Fælles for dem er nemlig - og her vender jeg tilbage til det med at indirekte diskrimination ikke nødvendigvis er ulovligt - at forskelsbehandling godt kan tillades i særlige situationer.

Kigger vi på grundlovens § 70, sagde allerede Poul Andersen (1954): "Både efter sagens natur og Forhandlingerne i Rigsforsamlingen er det klart, at Lighedsgrundsætningen må træde tilbage, hvor særlige grunde taler mod dens opretholdelse". Alf Ross sagde (1980): "Det følger af sagens natur, at der må gøres visse undtagelse fra lighedsprincippet" og Henrik Zahle skrev i 2003: "Uanset den kategoriske formulering af grundlovens § 70 må der gøres visse undtagelser fra lighedsprincippet".

MEN hverken grundlovsteksten, forhandlingerne på den grundlovgivende rigsforsamling eller praksis giver noget klart svar på, hvilket omfang sådanne undtagelser kan have.

Meget taler imidlertid for at vurdere spørgsmålet ud fra følgende kriterier, nemlig om forskelsbehandlingen er objektivt og sagligt begrundet og proportional. Det er de kriterier, som lægges til grund i den kommenterede udgave af grundloven (som Henrik Zahle redigerede i 2006), og - ikke mindst - er det de alment accepterede kriterier, der lægges til grund i de forskellige europæiske anti-diskriminationsbestemmelser (både EMRK og de nævnte EU-direktiver).

Det officielle formål bag loven er ifølge bemærkningerne at 'varetage hensynet til, at dommere fremstår neutrale og dermed at understøtte befolkningens almindelige respekt for og tillid til domstolene som den dømmende magt'.

Hensynet til domsmagtens neutralitet og autoritet er et meget centralt og anerkendelsesværdigt princip i demokratiske retsstater. Det kommer blandt andet til udtryk ved, at det efterhånden er en fælleseuropæisk norm, at domstole ikke blot skal være uafhængige, de skal også *fremstå* som værende uafhængige (appearance of independence). Det bliver hermed også af betydning, hvordan domstolene fremstår i den almindelige borgers opfattelse; hvordan han eller hun opfatter domstolens neutralitet og uafhængighed.

Det er desuden et velkendt fænomen, at man ofte via for eksempel kapper, parykker og - nogle steder - forbud mod offentlige dissenser (altså forbud mod, at offentligheden får indblik i, at dommerne kan være uenige med hinanden) forsøger at fremstille dommere så upersonlige og identiske som muligt for at bestyrke forestillingen om, at retten er personuafhængig og nærmest af sig selv

flyder ud af lovbøgerne. Alt sammen med henblik på at styrke borgernes retssikkerhed.

For en umiddelbar betragtning er der derfor et centralt og sagligt hensyn bag lovforslagets indirekte diskrimination af særligt muslimske kvinder.

Det er imidlertid både tankevækkende og problematisk, at domstolene ikke kan rapportere om nogle konkrete erfaringer eller episoder, der nødvendiggør et forbud mod religiøse og politiske symboler. Der er tilsyneladende - hvis man spørger dem, der helt konkret færdes i domstolsverdenen - ikke noget konkret behov for en regulering. Og dette svækker naturligvis antagelsen om, at forskelsbehandlingen er objektivt og rimeligt begrundet.

Endelig er der proportionalitetsvurderingen - hvor indgribende er forskelsbehandlingen for de berørte i forhold til det, formål man vil opnå ved reguleringen. Det må siges at være relativt indgribende for de muslimske kvindelige jurister - hvis religiøsitet påbyder dem at bære tørklæde - at de afskæres fra dommergerningen. På den anden side er der kun tale om en relativt lille erhvervsgruppe og hensynet til domstolenes neutralitet og fremtrædelsesform er som

allerede beskrevet meget tungtvejende. Proportionalitetsovervejelser kan derfor næppe stille sig i vejen for lovforslaget, omend der også her kan peges på det problematiske i, at man indfører denne regulering, uden at der er dokumenteret et konkret behov for den.

En uforbeholden og skråsikker konstatering af lovforslagets overensstemmelse med grundlovens § 70 får I derfor ikke. Men min konklusion bliver ikke desto mindre, at lovforslaget efter alt at dømme ikke strider mod grundloven.

Jeg vil imidlertid godt benytte lejligheden til at understrege, at man ikke skal tage denne forsigtige juridiske accept af lovforslaget som et udtryk for, at vejen er banet for tørklædeforbud (eller forbud mod religiøse og politiske tilkendegivelse) også for andre faggrupper. Min vurdering i forhold til grundloven (diskriminationsforbuddet i § 70) er tæt knyttet til det faktum, at der er tale om domstolene som har en helt særlig position i retssamfundet og som der kan stilles nogle helt ekstraordinære krav om neutral fremtrædelsesform til. Mine konklusioner kan derfor ikke overføres på forhold for for eksempel sygeplejersker, socialrådgivere og social- og sundhedsassistenter.