

Dr. sc. Samir Zuparević, docent
Pravnog fakulteta Univerziteta u Travniku

ZABRANA NOŠENJA MARAMA I DISKRIMINACIJA U EUROPSKOM PRAVU

UDK: 342.7 (4)

Primljeno: 1.02 2010

Izvorni znanstveni rad

Autor u doprinosu istražuje smisao i značenje diskriminacije u kontekstu zabrane religioznih simbola u javnim ustanovama. Religijsko pokrivanje (hidžab) jeste posebna manifestacija slobode religije. U tekstu autor rasvjetljava kontroverziju ograničenja slobode religije s obzirom na zabranu nošenja marama u javnim ustanovama pojedinih država članica Evropske unije. U tom je kontekstu posebna pozornost posvećena odnosu između ograničenja slobode izražavanja religioznih simbola i zabrane diskriminacije na temelju religije. Radi svrhovitog izlaganja i logičkog usustavljanja građe doprinos je podijeljen u dva zasebna dijela. U prvom dijelu autor istražuje argumente pro et contra zabrane nošenja marame u javnim školama koje se nalaze pod nadzorom države. Na tim se osnovama, u drugom dijelu, onda propituju mogućnosti suzbijanja religijske diskriminacije u okviru europskog sistema zaštite ljudskih prava i sloboda. U posljednjem dijelu članka, autor donosi kritičku analizu nekih aspekata formalne jednakosti pripadnika vjerskih manjina koji je bio i neposredni povod nastanka ovog doprinosa.

Ključne riječi: *religijska diskriminacija, formalna jednakost, temeljna ljudska prava, sekularizam, doktrina slobodne procjene, država, Europska zajednica,*

1. Uvodna napomena. Postoje izvjesne zabrane religijskog pokrivanja (hidžaba) koje su nametnute pojedincima u javnim ustanovama pojedinih europskih država. Isticanje religioznih simbola na ovakav način predstavlja važnu manifestaciju slobode religije, koja je zajamčena člankom 9. stavak 1. Europske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda. Iako ova zabrana nije direktno usmjerena prema muslimanima koji žive u Evropi, njena sekularna priroda indirektno pogađa žene koje u duhu Islama nose hidžab. Ova tema je vrlo značajna s obzirom da na području Evropske unije danas boravi više od 20 miliona muslimana, koji se dijele na državljane i migrante, zatim na rođene i novopridošle, te predstavljaju raznovrsnu populaciju u Evropi sa jednim velikim izazovom: kako osigurati jednaka prava za sve u ozračju brze ekspanzije razlika.¹ Postavlja se pitanje, da li zabrana nošenja marama u javnim ustanovama predstavlja povredu slobode izražavanja religijske pripadnosti muslimanskih žena i eventualno njihovu diskriminaciju u odnosu na vjernike drugih religija. Ovo se tiče njihova ograničenog pristupa u javne škole ili

¹ Muslims in the EU Cities: Social cohesion, participation and identity, Open Society Institute, EU Monitoring and Advocacy Program City Reports (2007), pp. 1, dostupno na web-u: www.eumap.org

povrede prava na rad. Naravno, pitanje se može postaviti i u drugim religijskim kontekstima, npr. situacije, u kojoj bi neki nastavnik poželio da u javnoj školi nosi jevrejsku kapu ili turban na časovima matematike. Pripadnici religijskih manjina se ne smiju lošije tretirati u uživanju svih prava i sloboda predviđenih zakonom zbog izražavanja vlastite religijske pripadnosti.

Evidentni su različiti primjeri ovakve zabrane u pojedinim evropskim državama. U Francuskoj, Švajcarskoj i SR Njemačkoj su religiozni simboli odstranjeni iz svih ustanova pod nadzorom države. Niti Velika Britanija kao država sa najrazvijenijim anti-diskriminacijskim zakonodavstvom u Evropi nije ostala pošteđena od ove vrste zabrane. Žrtvama zabrane religijskog pokrivanja (hidžaba) jedino preostaje da se za zaštitu svojih prava na slobodno izražavanje vlastite religije obrate Evropskom sudu za ljudska prava u Strasbourg.

U slučaju Dahlab v. Switzerland,² tužiteljica je prezentirala Evropskom sudu za ljudska prava u Strasbourg da je zabrana nošenja marame za vrijeme nastave u javnoj školi u suprotnosti sa nepovredivom suštinom njene slobode religije. U SR Njemačkoj je pokrenuta ustavna tužba³ povodom odbijanja zaposlenja naturalizovane njemačke državljanke, muslimanke afganistanskog porijekla kao nastavnice u javnoj školi zbog religijskog pokrivanja (hidžaba). Zabrana isticanja religioznih simbola u državnim univerzitetima još nije u potpunosti bila predmetom rasprave pred Evropskim sudom za ljudska prava.⁴

2. Argumenti pro et contra zabrane nošenja marama. Pravo u SR Njemačkoj je uskratilo pokrivenoj nastavnici zaposlenje u javnoj školi. Argumenat za ovu zapreku opravdava se činjenicom da se takvo religijsko pokrivanje suprostavlja dvijema važnim ustavnim garancijama iz Temelnog zakona: principu stručne sposobnosti za prijem u javnu službu⁵ i principu jednakog tretmana neovisno od religijskog opredjeljenja.⁶ U rješavanju ovog problema najprije treba odrediti kakve se kvalifikacije od kandidata traže za prijem nastavnika u jednoj javnoj

² Case of Dahlab v. Switzerland, Judgment of February 15, 2001, Appl. No 42393/98

- Podnositeljica tužbe Lucia Dahlab je bila zaposlena u javnoj školi, ali je zbog nošenja marame dobila otkaz. Nakon prelaska sa Katoličke vjere na Islam, samoinicijativno je počela na nastavi nositi maramu na kraju školske 1990./91. godine. To je učinila u namjeri poštivanja islamskih propisa, koji određuju muslimanskim ženama prekrivanje velom tijela u prisustvu muškaraca i mladića. Međutim, Generalna direkcija za osnovno obrazovanje donijela je 23. augusta 1996.godine rješenje kojim se zabranjuje tužiteljici nošenje marame u izvršavanju svojih profesionalnih nastavničkih dužnosti, jer je ovakva praksa suprotna Odsjeku 6 Zakona o javnom obrazovanju.

³ Bundesverfassungsgericht, 2 BvR 1436/02, Ova žena je stekla nastavničko obrazovanje na univerzitetu u SR Njemačkoj i prošla refendariat (obavezan dvogodišnji period praktičnog rada), vidjeti u: Strategic litigation of Race discrimination in Europe: From principles to practice, European Roma Rights Center (ERRC), Budapest, 2004, pp. 177,

⁴ Alan Riley, The Headscarf Ban: Is France risking European court action ? The Centre for European Policy Studies, dostupno na web-u: <http://www.ceps.be>

⁵ Ovaj princip proizilazi iz članka 33. stavka 2. i 3. Temelnog zakona koji propisuje da svaki Nijemac prema svojoj sposobnosti, podobnosti i stručnosti ima pristup u svaku javnu službu i da mogućnost zaposlenja u javnim službama ne zavisi od religijskog opredjeljenja.

⁶ Zabrana religijske diskriminacije proizilazi iz članka 3. stavak 1. i 3. Temelnog zakona koji kaže da su svi ljudi jednaki pred zakonom i da nitko ne smije zbog svog spola, porijekla, rase, jezika, domovine, vjerskih ili političkih nadzora biti zapostavljen ili privilegiran.

školi. To je u vezi razloga da se pokrivena njemačka državljanka koja želi ostati vjerna običajima muslimanske tradicije, čini nekvalificiranom za nastavničko mjesto u javnoj školi. Postavlja se pitanje, da li se u konkretnom slučaju sastavnim dijelom kvalifikacije kandidata smatra njena spremnost na skidanje hidžaba?⁷ S druge strane, sloboda izražavanja religijske pripadnosti se ogleda u poštivanju islamskih propisa koji ženama muslimankama naređuju prekrivanje velom preko tijela u prisustvu muškaraca i mladića. Međutim, svaki državni službenik mora prihvatiti specijalna ograničenja svojih ustavnih prava u okviru članka 33. stavak 5. Temeljnog zakona,⁸ da bi uopće mogao raditi u javnoj upravi.⁹ To znači da se ovdje radi o zakonitom odbijanju prijema nastavnice u javnu službu iz razloga « nedostatka ličnog svojstva ». ¹⁰ Ovo ograničenje se nalazi u vezi sa člankom 7. stavak 1. Temeljnog zakona kojim je uspostavljena odgovornost države na području obrazovanja. Nastavnička djelatnost u javnoj školi od posebnog je društvenog značaja, jer može imati veliki utjecaj na učenike, posebice mlađe životne dobi. To je posljedica hijerarhijske prirode odnosa između nastavnika i učenika, te njihovog svakodnevnog kontakta. Oni obavljaju važnu javnu funkciju i u svojoj osobi predstavljaju oličenje države.

Princip jednakosti tretmana neovisno od religijskog opredjeljenja nameće obavezu svima da poštuju princip religijske neutralnosti države. Prema ocjeni suda u SR Njemačkoj, ova zaštita neutralnosti države u pogledu religijskih doktrina i predmeta religije jedan je od ključnih razloga za takvo ograničenje.¹¹ U slučaju Dahlab, praksa nošenja marama i prekrivanja prostranom prikladnom odjećom čitavog ženskog tijela je sastavni dio « jednog očigledno nametnutog sredstva u cilju prepoznavanja nastavnice među svojim učenicima, posebno u javnom, sekularnom obrazovnom sistemu ». ¹² Ovim se dosljedno naglašava pokornost islamskoj vjeri, koja zahtijeva od ženske osobe da se ponaša u skladu sa propisima koje nalaže takvo vjerovanje. Takva odjeća je neposredno primjetna za druge i daje otvoreni nagovještaj da određena osoba pripada posebnoj religiji. Iz toga proizilazi snažna religiozna simbolika prilikom obavljanja profesionalnih nastavničkih dužnosti. Kantonalne vlasti su zabranu nošenja marama opravdale činjenicom da «...oblačenje u pitanju...predstavlja..., neovisno od apelantove namjere, sredstvo za prenošenje religijskih poruka u maniru koji je u njenom slučaju dovoljno snažan...da se proteže izvan njene isključivo privatne sfere i

⁷ Matthias Mahlmann, Religious Tolerance, Pluralist Society and the Neutrality of the State: The Federal Constitutional Court's Decision in the Headscarf Case, German Law Journal vol.04 No 11, 2003, pp. 1100

⁸ Članak 33. stavak 5 Temeljnog zakona SR Njemačke glasi « Prava u javnim službama regulišu se prema načelima profesionalnog činovništva ».

⁹ Matthias Mahlmann, Religious Tolerance..., pp. 1102

¹⁰ Strategic litigation of Race discrimination in Europe: From principles to practice, European Roma Rights Center (ERRC), Budapest, 2004, pp. 178

¹¹ Matthias Mahlmann, Religious Tolerance..., pp. 1102

¹² Case of Dahlab v. Switzerland, Judgment..., pp. 2

ima reperkusije na instituciju koju ona predstavlja, to jest državni školski sistem«. ¹³

Pored toga, religijsko pokrivanje (hidžab) nastavnice može predstavljati povredu slobode religijskog opredjeljenja učenika koji pohađaju javnu osnovnu školu. Zabrana hidžaba ima objektivno i razumno opravdanje u članku 27. stavak 3. švajcarskog Saveznog ustava, koji glasi: « Pripadnici svih religija imaju iste mogućnosti za pohađanje državnih škola bez povrede na bilo koji način njihove slobode savjesti ili vjeroispovijesti ». To znači da u prenošenju svog znanja na učenike nastavnik mora ostati religijski neutralan. Dakle, državni obrazovni sistem mora poštivati religiozna uvjerenja učenika i njihovih roditelja, te da državni službenici moraju biti svjetovne osobe. ¹⁴ Slično tome, mogućnost nošenja marama u SR Njemačkoj u suprotnosti je sa odredbom članka 6., stavak 2. Temelnog zakona koji predviđa pravo roditelja da odlučuju o sadržaju obrazovanja svoje djece. Isticanje religioznih simbola od strane nastavnika može predstavljati povredu prava roditelja da odlučuju o odgoju i obrazovanju svoje djece, uključivši i njihovo religijsko obrazovanje. Tome u prilog ide i poziv na negativnu slobodu izražavanja religije u djece koja proizilazi iz članka 4. stavak 1. Temelnog zakona. Ovo je posljedica opće saglasnosti da sloboda religije ne obuhvata samo pravo na slobodu religioznog opredjeljenja i života u skladu sa tim vjerovanjem, već takođe obuhvata i pravo na odsustvo religioznog opredjeljenja, iako njemačko pravosuđe ima stav da ovo pravo ne ide toliko daleko da zabrani bilo kakvo javno očitovanje religioznih simbola. ¹⁵

Također, u prilog ove zabrane govore i razlozi svrsishodnosti. Postoji vjerovatnoća da bi religijsko pokrivanje (hidžab) nastavnice u javnoj školi zasigurno izazvalo negativne reakcije ili razne sukobe oko jedne drugačije vjeroispovijesti koja je većini evropljana ostala nepoznata, te da će se takvom zabranom ove reakcije ubuduće izbjeći. Iako niti u jednom slučaju nastavnica nije optužena za propovjedanje vlastitih religijskih stajališta svojim učenicima, ona teško može izbjeći njihova pitanja o svom odjevanju. Ova pitanja su neprijatna za davanje odgovora, te objašnjenja poput estetskih razloga ili osjetljivosti na hladnoću puno ne pomažu. Dakle, za nju je vrlo teško davati odgovore svojim učenicima bez izjašnjavanja o svojim vjerovanjima. Religijska harmonija na taj način dobija prvenstvo pred slobodom izražavanja religije i zabranom diskriminacije. Na kraju, nastavnica je kvalificirana da podučava djecu u dobi od četiri do osam godina, te na taj način ima mogućnost izbora da bude nastavnica djeci u brojnim privatnim osnovnim školama, koje nisu ograničene sekularističkim zahtjevima.

Isto tako, ne može se smatrati opravdanom zabrana nošenja marama u državi koja jedan religiozni simbol uzima kao sopstveni. U učionicama državnih škola u Italiji su vidno istaknuti križevi, te je na taj način država uzela kao sopstveni

¹³ Ibid, pp. 2

¹⁴ Članak 6. i članak 120, stavak 2. Zakona o javnom obrazovanju Kantona Geneva od 6. novembra 1940. godine

¹⁵ Matthias Mahlmann, Religious Tolerance..., pp. 1100

religiozni simbol kršćanstva. Ovaj argumenat više ne stoji od kada je u slučaju *Lautsi v. Italy*,¹⁶ Evropski sud potvrdio da se prisustvom križeva u učionicama italijanskih državnih škola krši članak 2. Protokola broj 1 uzetog u vezi sa člankom 9. Evropske konvencije o ljudskim pravima. To znači da je vidljivim isticanjem jednog religioznog simbola došlo do povrede prava roditelja da odlučuje o sadržini obrazovanja svog djeteta koje u skladu sa njegovim vlastitim religioznim uvjerenjima. Na taj način se osporava i pravo djeteta na vlastitu slobodu religije. Za pravilno shvaćanje ovog problema, potreban je osvrt na jedno ranije stajalište Saveznog ustavnog suda u SR Njemačkoj u pogledu križa kao religioznog simbola kršćanstva. Ovaj sud je izrazio mišljenje da roditelji imaju pravo zahtijevati da se u cilju očuvanja neutralnosti države izvrši uklanjanje križeva iz učionica javne škole. Isticanjem takvog religioznog simbola se nezakonito povređuje negativna sloboda religije učenika. Ovo je jedna od najkontroverznijih presuda koja je izazvala velika neslaganja u javnom životu.¹⁷ Analogna primjena ovih standarda na pojavu islamskih marama nužno će dovesti do njihove zabrane u prostorijama javnih škola.

U osporavanju ove zabrane se ističe da se u javnim ustanovama pojedinih evropskih država i dalje nekim pojedincima toleriše nošenje nakita u obliku malih kršćanskih križeva, dok hidžab, islamska marama ili turban Sikha kao vidljivi religiozni simboli nisu dopušteni. Ovakav pristup države se može kvalificirati kao selektivan sa negativnim učinkom koji diskriminira pripadnike navedenih religijskih manjina. Naravno da stoji i konstatacija da država na takav način ne uzima neki drugi religiozni simbol kao sopstveni. Međutim, za pravilno utvrđivanje pojave diskriminacije potrebno je ispitati da li je država zajamčila svakom religijskom stajalištu jednakost mogućnosti i tretmana u svojim javnim ustanovama. Na takav način se može prigovoriti da država provodi dvostruke standarde u primjeni svoje zabrane koja je indirektno usmjerena prema pokrivenim muslimanskim ženama u javnim ustanovama.¹⁸

Svako pojedinačno očitovanje religije državnog službenika se ne smije poistovjetiti sa očitovanjem javnog tijela koje službenika zapošljava.¹⁹ Nošenje marame ne predstavlja povredu principa neutralnosti države, zato što to nije simbol države na prvom mjestu, već prije svega lični stav čovjeka koji ne smije i ne može biti uzet kao stav države.²⁰ Na takav način se ne razlikuju dovoljno simboli koje država lično koristi od simbola koji pokazuju ništa drugo do pojedinačno očitovanje religije ili uvjerenja državnog službenika. Zbog toga postoji čvrst *prima facie* argumenat da se tako koncipirana zabrana vrednuje kao indirektna religijska diskriminacija.

¹⁶ Case of *Lautsi v. Italy*, Judgment November 3 2009

¹⁷ BVerfGE 93,1 1 BvR 1087/91 *Kruzifix-decision* « *Crucifix Case (Classroom Crucifix Case)* », Judgment May 12 1987, The University of Texas at Austin, dostupno na web-u: www.utexas.edu

¹⁸ Alan Riley, *The Headscarf Ban: Is France risking...*, dostupno na web-u: <http://www.ceps.be>

¹⁹ Bockenfoerde, NJW 2001, 723, 726, Vidjeti u: Matthias Mahlmann, *Religious Tolerance...*, pp. 1103

²⁰ BverwG JZ 2002, 255, Vidjeti u: Matthias Mahlmann, *Religious Tolerance...*, pp. 1102

3. Odnos europskog prava prema diskriminaciji i slobodi religije. Zabranom nošenja marama u javnim ustanovama ograničava se muslimanskim ženama sloboda izražavanja religijske pripadnosti, koja je zajamčena člankom 9. stavak 1. Europske konvencije o ljudskim pravima i slobodama. Međutim, na temelju stavka 2. istog članka konvencije, svaka država članica ima pravo da zakonom ograniči slobodu izražavanja religioznih simbola, ako je takvo ograničenje neophodno demokratskom društvu u interesu javne sigurnosti, radi zaštite javnog reda, zdravlja ili morala, ili radi zaštite prava i sloboda drugih. Ovo ograničenje se može dovesti u vezu i sa povredom zabrane diskriminacije iz članka 14. Evropske konvencije, te njenog Protokola br. 12 o uvođenju opće zabrane diskriminacije koja je proširena na uživanje svih prava i sloboda određenih zakonom. Prilikom ograničenja slobode izražavanja religioznih simbola iz razloga javnog poretka (order public), država je dužna osigurati jednakost mogućnosti i tretmana za svako religijsko stajalište.

Prema praksi Europskog suda za ljudska prava u Strasbourgu,²¹ može se reći da zabrana nošenja marama u javnim ustanovama predstavlja djelo diskriminacije ukoliko nema « objektivno i razumno opravdanje », zatim, ukoliko ovaj različit tretman nema « legitimni cilj » i na kraju ukoliko ne postoji « razumna proporcionalna veza između upotrebljenih sredstava i cilja koji se želi postići ». Lošiji tretman pripadnika religijske manjine ne smatra se suprotnim članku 14. Evropske konvencije, ukoliko država iznese važne razloge koji su postojali prije samog čina ovakve zabrane. Primjena doktrine područja slobodne procjene (Margin of Appreciation Doctrine) dopušta državi da sama odredi obim ograničenja ljudskih prava u skladu sa vlastitom procjenom o tome šta znači ugrožavanje njenog demokratskog sistema, što je jurisprudencija Europskog suda za ljudska prava u Strasbourgu uglavnom strogo poštivala.²² Prepustiti na slobodnu ocjenu da li postoji važan razlog i koliki opseg različitosti u inače sličnim situacijama opravdava ovaj različit tretman, zapravo predstavlja nepovoljan faktor koji utječe na slabiji razvoj sudske prakse zaštite od diskriminacije. Zbog toga, praksa Europskog suda za ljudska prava ne daje mnogo optimizma u zaštiti od diskriminacije prava religioznih manjina na isticanja svojih simbola.

S druge strane, u kompetencije Europske unije kao supranacionalne organizacije ne spada pravno uređenje odnosa religije i države. Shodno tome, Unija nije nadležna za procjenu zakonitosti zabrane isticanja religioznih simbola u javnim ustanovama, jer se to nalazi u isključivoj nadležnosti njenih država članica. Europski sud Pravde u Luxembourg u pružanju zaštite od religijske diskriminacije, u prvoj fazi svoga postojanja, nije imao pravno uporište u nekom paralelnom međunarodnom ugovoru poput Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda. Njegova kompetencija se odnosila samo na tumačenje i primjenu Ugovora osnivanju Zajednice. Ovaj ugovor ne sadrži bilo

²¹ Belgian Linguistics case, July 23, 1968, para 10.

²² Lada Sadiković, Mjesto države u europskom sistemu zaštite ljudskih prava, Pravni fakultet u Sarajevu, doktorska disertacija, Sarajevo, 2004., str. 145

kakve garancije poštivanja ljudskih prava.²³ Prema tome, zabrana diskriminacije na temelju religije nije u početku bila temom zakonodavstva Evropske zajednice. Zbog toga se opravdano sumnjalo da bi bilo kakav lošiji tretman pojedinca učinjen od strane institucija Zajednice mogao ostati bez pravne sankcije.

Važno je napomenuti da Europska unija nije pravno obavezna po Europskoj konvenciji zbog toga što istu nije nikada ratifikovala, a niti može biti vezana unutrašnjim pravom svojih država članica. S obzirom na neodrživost ovakvog stanja, Europski sud Pravde je nizom svojih odluka konstatirao da poštivanje ljudskih prava čini sastavni dio općih načela prava, koja sud mora primjenjivati u tumačenju ugovora Zajednice i da će se u utvrđivanju prirode tih prava držati Europske konvencije o ljudskim pravima.²⁴ Na taj način su pojedinci i pravna lica putem sudske prakse stekli mogućnost ulaganja pravnih lijekova na nezakonite odluke institucija Zajednice kojima se krše temeljna ljudska prava.

Na nivou Europske zajednice nedostaje jedno okvirno zakonodavstvo u vidu direktive koje bi državama članicama ponudilo zajednički temelj za detaljnu pravnu regulaciju zabrane religijske diskriminacije i uvjeta za zakonito ograničenje vidljivog isticanja religioznih simbola u javnim ustanovama. Donesena je samo Direktiva 2000/78/EC od 27. novembra 2000. godine o stvaranju općeg okvira za jednak tretman u zapošljavanju (Employment Directive).²⁵ Kako države članice Evropske unije nemaju obavezu donošenja posebnog anti-diskriminacijskog zakonodavstva na temelju religije u drugim važnim društvenim oblastima, kao što je obrazovanje, ova direktiva ima slab utjecaj na popravljavanje položaja muslimana u Evropi. Njeni standardi nisu dovoljno široki u pogledu zabrane religijske diskriminacije koja samo važi na polju zapošljavanja i radnih odnosa.²⁶

4. Kritika nekih stajališta o zabrani nošenja marama. Ovdje analiziramo neka stajališta u pogledu kršenja slobode izražavanja religije na takav način i u svezi povrede zabrane diskriminacije. Zabrana nošenja marama predstavlja kršenje slobode izražavanja religijske pripadnosti muslimanskih žena, jer nije prvenstveno uređena zakonskim odredbama. Prema članku 9. stavak 2. Europske konvencije o ljudskim pravima i slobodama, svako ograničenje temeljne ustavne slobode religije mora biti jasno i nedvosmisleno određeno zakonom. Međutim, vezati ovo ograničenje za zakonsku osnovu znači da zabrana ne može nikad biti suviše precizna i nedvosmisleno određena. Zakonom je dovoljno navesti općenite navode, po značenjima neodređene pravne pojmove, za koje je neophodno donijeti podzakonske propise za izvršenje zakona. Ovi propisi moraju jednako vrijediti za sve građane bez ikakvih izuzetaka koji se odnose na pripadnike religijskih manjina. Ali, državni službenici su vezani posebnim odnosom subordinacije u hijerarhiji javne vlasti, te stoga ne mogu kao ostali građani uživati sva prava i slobode bez ikakvih ograničenja. Ovaj hijerarhijski odnos se mora slobodno prihvatiti, jer iz

²³ Thomas Buergenthal, *Međunarodna ljudska prava*, Magistrat, Sarajevo, 1998., str. 90

²⁴ Isto, str. 90.

²⁵ Official Journal of the European Communities L 303/18, December 2, 2000.

²⁶ Monitoring the EU Accession Process: Minority Protection, Open Society Institute, 2002, pp. 41

takvog odnosa oni uživaju plaću. Raznovrsna i promjenjiva priroda svakodnevnih odnosa između državnih službenika i javnih vlasti kojima oni odgovaraju, čini nemogućim da se odredi iscrpan i detaljan popis različitih vrsta ponašanja koja će biti ograničena ili zabranjena. U tu svrhu, pravna osnova za ograničenje takvih sloboda ne mora biti naročito precizna. Stoga, postaje i razumljivo donošenje pojedinačnih zabrana religijskog pokrivanja (hidažaba) nastavnika u javnim školama. Svako ograničenje javnih sloboda mora biti opravdano postavljenim ciljem i mjerodavnim funkcionisanjem javne ustanove.

Ovdje ne možemo zanemariti i suprotno mišljenje da se takva odjeća isključivo nosi iz estetskih razloga, a ne zbog poštivanja propisa religijske naravi. Opravdanje ovog stava nalazimo u činjenici što se takva odjeća može slobodno nabaviti u svakoj robnoj kući, te se zbog toga ne može tretirati kao religiozni simbol. To ne može biti nikakvo sredstvo za izražavanje religijskih uvjerenja. Prema ovom stajalištu, Luciji Dahlab je zabranjeno dalje obavljanje profesionalnih nastavničkih dužnosti u švajcarskoj javnoj školi isključivo zbog njene široke i prostrane odjeće koja prekriva većinu ženskog tijela i koja ni po čemu nije neobična. Dokaz tome je da je nastavnica nosila maramu već četiri godine, te zbog toga nije bila posebno zapažena i nije prouzrokovala bilo kakav očigledan nered unutar škole. Ova odjeća se mora tretirati na isti način kao bilo koja druga bezazlena odjeća koju nastavnik ili nastavnica odluči da nosi iz osobnih estetskih razloga ili s namjerom da prekrije pojedine djelove tijela koje ne želi da izloži javnosti. Tu svakako spada vezanje marame oko vrata, dugi ženski kaputi, kape i slično. Protivnici ovakvog stava ističu da nošenje marame i pokrivanje čitavog ženskog tijela prostranom prikladnom odjećom dosljedno naglašava pokornost islamskoj religiji koja traži od žene da se ponaša u skladu sa propisima koje zahtijeva takvo vjerovanje. Stoga, iz ovog oblačenja proizilazi snažna religiozna simbolika u obavljanju profesionalnih nastavničkih dužnosti.

Neophodno je još ispitati da li je zabranom nošenja marama u javnim ustanovama došlo do povrede zabrane diskriminacije žena na temelju njihove religijske pripadnosti. Država može biti optužena da svojim mjerama zabrane provodi dvostruke standarde prema pripadnicima religijskih manjina, jer se u javnim ustanovama toleriše nakit koji nose pojedinci u obliku malih kršćanskih križeva. Naravno da ovakav stav može narušiti princip religijske neutralnosti države u javnim ustanovama. U osporavanju ove teze se navodi da je zabrana nošenja marama opravdana time što takva odjeća nastavnicu identifikuje kao pripadnicu posebnog religijskog izražavanja sa pojačanom žudnjom. Prema francuskom modelu republikanizma, ova zabrana nošenja marame je u duhu očuvanja sekularističkog principa koji ne dopušta vidljive religiozne simbole u državnim školama. Da se tolerancija države prema nastavnicima koji u javnoj školi nose nakit u obliku religioznih simbola ne bi pretvorila u diskriminaciju prema islamskoj religiji, Savezni ustavni sud u Švajcarskoj se pozvao na princip proporcionalnosti upotrebljen od strane ženevske kantonalne vlade.²⁷ Ovaj

²⁷ Dahlab v. Switzerland, pp. 7

princip znači da «...Odjevanje u pitanju... predstavlja..., neovisno od žaliteljeve namjere, sredstvo za prenošenje religijskih poruka u maniru koje je u njenom slučaju dovoljno jako... da se proteže izvan njene isključivo privatne sfere i ima reperkusije na instituciju koju ona predstavlja, tj. državni školski sistem «.²⁸ Stoga, sud je zaključio da takva odjeća uspostavlja snažno religijsko obilježje.

S druge strane, diskretna pojava nakita kod nastavnika u obliku religioznih simbola opravdava se time da takvi mali komadi nakita nisu neposredno primjetni za druge i ne daju otvoreni nagovještaj da dotična osoba pripada posebnoj religiji. Ovo se ne može poistovjetiti sa činjenicom da prisustvo Raspeća (križa) u razredima državne osnovne škole predstavlja okrutan prekršaj zahtijeva za sektaškom neutralnosti.²⁹ Primjenom principa proporcionalnosti može se narušiti religijska neutralnost države u školama i dovesti do njegove diskriminatorne kvalifikacije. Ipak, jedva da je uvjerljivo da će na postojeću zabranu izlaganja Raspeća (križa) u javnim školama, država dopustiti nastavnicima da na sebi nose snažna religijska obilježja bez obzira na svoju vjeroispovijest. Normalno je da se razlozi javnog poretka i proporcionalnosti tumače mnogo rigoroznije tamo gdje njihovo međudjelovanje ima ozbiljne posljedice na interese državnih službenika i kada je zakonski osnov neprecizan. Mjera zabrane nošenja marama slijedi legitimni cilj koji osigurava neutralnost državnog osnovnoškolskog-obrazovnog sistema.³⁰ Pravno uporište zabrane nalazi se u prihvatanju doktrine područja slobodne procjene države. Bez obzira što je religiozna simbolika nošenja marama posebno važna za nastavnicu islamske vjeroispovijesti, njena zabrana nema negativan učinak na nepovredivost suštine slobode religije, naprosto, jer je to u skladu sa imperativnim zahtjevom pomenute doktrine.

5. Europska perspektiva religioznih simbola. U Preambuli ustava Evropske unije, zbog protivljenja Francuske i Belgije, nije spomenuto da se Evropa oslanjanje na Boga. Upotrebljen je jedan neutralan izraz da se Unija oslanja na kulturno, vjersko i humanističko naslijeđe Evrope. Nigdje ne postoji izričito naveden temelj u « kršćanskim korijenima », te sa stajališta europskog prava simboli ove većinske religije ne uživaju nikakav privilegirani položaj. To je potvrdila i nedavna presuda Europskog suda za ljudska prava u Strasbourgu u slučaju Lautsi,³¹ da se isticanjem križeva u učionicama državnih škola u Italiji krši članak 2. Protokola broj 1 uzetog u vezi sa člankom 9. Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i temeljnih sloboda. Tu država nezakonito uzima temeljni religiozni simbol katoličanstva (većinske religije u Italiji) kao sopstveni, čime se ograničava pravo roditelja da obrazuju svoju djecu u skladu sa svojim uvjerenjima, i pravo djece na vjerovati ili ne vjerovati. Na taj način je zabrana religijskog pokrivanja (hidžaba) u javnim školama postala zakonita i legitimna, te je pripadnicima religijskih manjina uskraćen važan argumenat u dokazivanju diskriminacije na temelju religije pred europskim

²⁸ Ibid. pp. 2

²⁹ ATF, vol. 116 Ia, p. 252, in: Dahlab v. Switzerland Decision, The Law, para. 1

³⁰ Dahlab v. Switzerland Decision, The Law, para. 2

³¹ Lautsi v. Italy, Judgment November 3 2009

sudbenim tribunalima. Naravno da ovakav odnos europskog prava izazva dosta prijepora između pristalica religije i pristalica laicizma. Ali, pošto Ustav Evropske unije nije stupio na pravnu snagu, jer ga nisu ratificirale Francuska i Nizozemska, ova svjetonazorska pitanja ostaju i dalje otvorenim. Na temelju svega, izvodi se zaključak da zabrana religijskog pokrivanja u obliku hidžaba, turbana ili religijske kape nije u suprotnosti sa komunitarnim i nekomunitarnim europskim pravom. Ali, ostaje konstatacija da ova zabrana ne pogađa sve religijske manjine jednako, zbog različitog značenja religiozne simbolike za njihove pripadnike.

Što se tiče zabrane nošenja marama u Francuskoj, tamošnja vlada se brani činjenicom da je imala predviđenu alternativnu osnovu za ovo zakonsko izuzeće koje sadrži nova Rasna jednakosna direktiva.³² Ova direktiva zabranjuje sve oblike diskriminacije na osnovu rase i etničkog porijekla u privatnom i javnom sektoru, uključujući i obrazovanje.³³ Privatne škole, do stupanja na snagu pomenute direktive, nisu bile dužne davati objašnjenja i razloge kada postupaju nejednakopravno, pogotovo u situacijama kada daju prednost svome religijskom stajalištu. Takođe, nisu podliježale odredbi o zabrani diskriminacije na temelju religije i po svom nahođenju imale su pravo otklona ili prihvata drugih religijskih stajališta u svoje redove, pod uvjetom da zakonodavac nije nametnuo posebna ograničenja u cilju zaštite ranjivih kategorija od diskriminacije. Zbog toga se vlada brani činjenicom da svaka pokrivena muslimanska učenica ima mogućnost izbora da pohađa nastavu u brojnim privatnim osnovnim školama, koje nisu ograničene sekularističkim zahtjevima. Vjerojatnijim se čini da će osporavanje zabrane religijskog pokrivanja (hidžaba) najprije započeti pred Europskim sudom Pravde u Luxembourgu, jer tome u prilog govore dva bitna razloga. Prvo, ovi slučajevi se mogu mnogo brže riješiti nego pred Europskim sudom za ljudska prava u Strasbourgu. Kao drugo, pravo Evropske Unije i presude Evropskog suda Pravde se mogu direktno primijeniti u momentu njihova donošenja.³⁴ Problem je što ne postoji bogata sudska praksa na koju će se ugledati svako buduće tumačenje ove direktive. U takvim okolnostima će se morati posegnuti za sudskom praksom u državama članicama Evropske unije. Ali, postoji spor oko pitanja da li treba preuzeti britansku ili njemačku sudsku praksu u pogledu religijskog pokrivanja (hidžaba).

Protivnici ove zabrane ističu da je sekularizam mnogo više poštivan u kršenju prava religijskih manjina nego u nemješanju države u njihove religijske slobode. To potvrđuje praksa u Francuskoj čije crkvene privatne škole potpomaže država pomoću indirektnih fondova. S obzirom da je u takvim školama dopušteno nošenje marama, onda će zbog toga mnoge pokriveno muslimanske djevojke prelaziti iz

³² Alan Riley, The Headscarf Ban: Is France risking European court action ? The Centre for European Policy Studies, dostupno na web-u: <http://www.ceps.be>

-Direktiva je stupila na snagu u decembru 2003.godine.

³³ Council Directive 2000/43/EC of June 29, 2000 implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin, Official Journal of the European Communities L 180/22, 19.07.2000.

³⁴ Alan Riley, The Headscarf Ban: Is France risking, dostupno na web-u: <http://www.ceps.be>

državnih škola u crkvene privatne škole. Dodatno opravdanje zabrane za pristalice sekularizma nalazi se u tome da bi sloboda nošenja marama za nastavnice i učenice u javnim školama povrijedila važan ustavni princip jednakosti žena i muškaraca. Ne može se pod izgovorom zabrane diskriminacije na temelju religije istovremeno kršiti zabrana spolne diskriminacije. Država je posebno odgovorna za vršenje nadzora javnog obrazovanja, što podrazumijeva dužnost da zajamči svoju religijsku neutralnost.³⁵ Tome u prilog se navodi stajalište švajcarskog suda koje ističe da pokrivanje glave i ženskog tijela nije u skladu sa principom spolne jednakosti (vidjeti Sami Aldeeb, *Musulmans en terre europeenne*, u PJA 1/96, pp. 42, posebice odjeljak (d) p. 49), koja je osnovna vrijednost švajcarskog društva sadržana u specifičnim propisima Saveznog ustava, a koja se mora uzeti u obzir u školama.³⁶ Prema ovom mišljenju, to je tajnovit simbol religijske odanosti koji pod plaštom vjerske svetosti predstavlja dokaz patrijahalne kulture i potcjenjivanja žena. Europski sud Pravde u Luxembourg se nalazi pod utjecajem novih rasprava koje se vode u SR Njemačkoj u pogledu liberalne presude Saveznog ustavnog Suda o ocjeni zakonitosti religijskog pokrivanja nastavnice sa islamskom maramom.³⁷ Iz pomenutih rasprava se može prihvatiti da se ovaj način pokrivanja ne može ograničiti isključivo na žene i time otkloniti moguću kvalifikaciju njihove nejednakosti sa muškarcima.

Postoji temeljna razlika između istaknutih religijskih simbola u javnim ustanovama i tolerancije države da se svačije osobno simboličko opredjeljenje diskretno ispoljava. Ova pojedinačna sloboda automatski ne pretpostavlja da takve religiozne simbole država uzima kao sopstvene. Pošto se ova zabrana isključivo odnosi na vidljive religiozne simbole, to bi moglo značiti da Francuska nije selektivna u svojoj primjeni sekularističkog principa. Zbog toga njena vlada od Europskog suda Pravde uporno zahtijeva da britansku sudsku praksu rasne diskriminacije zanemari.³⁸ Ovo je razumljivo jer je Dom Lordova u slučaju Mandla v. Dowell,³⁹ presudio da je direktor privatne škole počinio nezakonitu indirektnu diskriminaciju iz razloga što je odbio izvršiti upis učenika koji je nosio dugu kosu ispod turbana kao ortodoksní Sikh. Tu se radi o nezakonitom insistiranju škole na jednoobraznosti koja od svojih učenika traži kratku kosu i kape za dječake. Velika Britanija je nekim državnim službenicima priznala pravo izražavanja religioznih simbola prilikom obavljanja svoje službe. Ovakav povlašten tretman se odnosi na policajce Sikhe kojima je dopušteno da nose tradicionalne brade i turbane, kao što i muslimanske žene policajci imaju mogućnost da nose hidžab kao uniformu.⁴⁰

³⁵ Matthias Mahlmann, *Religious Tolerance...*, pp. 1100

³⁶ Dahlab v. Switzerland, pp. 7

³⁷ Alan Riley, *The Headscarf Ban: Is France risking...*, dostupno na web-u: <http://www.ceps.be>

³⁸ Alan Riley, *The Headscarf Ban: Is France risking...*, dostupno na web-u: <http://www.ceps.be>

³⁹ Mandla and another v. Dowell Lee and another, House of Lords, Headnote Hearing Date March 24, 1983.

⁴⁰ Barbara Liegl, Bernhard Perching, Birgit Weyes, *Combating Religious and Ethnic Discrimination in Employment from the EU and International Perspective*, Preface, European Network Against Racism, 2004, pp. 4

S ovim problemom će se u skorije vrijeme morati suočiti sudovi u svim državama članicama Europske unije. Možda će stajalište Saveznog ustavnog suda SR Njemačke poprimiti doktrinalni oblik za svako buduće rješavanje spornih pitanja i to bi trebalo stižati oštru polemiku koja se još uvijek vodi u javnosti. Od pravilnog rješavanja pitanja pokrivenih muslimanskih žena zavisi sloboda jevrejskih nastavnika koji požele da nose kapu u javnoj školi ili policajca koji poželi da nosi turban. U SR Njemačkoj nije dopušteno državnim službenicima da svojim odjevanjem ističu religiozne simbole u vršenju javne službe, za razliku od Velike Britanije gdje je to u neku ruku dopušteno. Njemačko društvo nije naviknuto na ova pitanja, ali će ipak morati uskoro na njih dati odgovor.⁴¹ Sve to pokazuje da različite države ne nameću ista ograničenja slobodi izražavanja religioznih simbola u svojim javnim ustanovama. S obzirom na brojnost muslimanske manjine koja živi na području Europske unije, može se reći da je neophodna zakonodavna intervencija organa Unije u cilju ujednačavanja njihovih religijskih prava. Bez obzira na izloženo, ipak je potrebno istaći da se ne može uspostaviti jednakost mogućnosti i tretmana za pripadnike bilo koje religijske manjine bez priznavanja i zaštite posebnih potreba takvih manjina u europskim državama.

THE HEADSCARF BAN AND DISCRIMINATION IN THE EUROPEAN LAW

The author explores the meaning and significance of discrimination in the context of the ban on religious symbols in public institutions. Religious covering (hijab) is a specific manifestation of freedom of religion. In this paper, the author enlightens controversy restrictions on freedom of religion with regard to the headscarf ban in public institutions by certain EU member states. In this context special attention is paid to the relationship between restrictions on freedom of manifestation of religious symbols and non-discrimination based on religion. In order to present materijals systematically and logically, the paper is divided into two parts. In the first part the author explores the arguments pro et contra the ban on wearing headscarves in public schools that are under supervision of the state. On this basis, in the second part, possibilities of prevention of religious discrimination within the European system for protection of Human Rights and Freedoms are analysed. In the last part of the article, author gives a critical analysis of some aspects of formal equality for members of religious minorities as the starting point of this article.

Key words: *religious discrimination, formal equality, fundamental human rights, secularism, Margin of Appreciation doctrine, state, European Community*

⁴¹ Matthias Mahlmann, *Religious Tolerance...*, pp. 1101