

Kemal Efendić^{*1}

ZABRANA DISKRIMINACIJE ZBOG NOŠENJA MARAME U KONTEKSTU PRESUDA SUDA EU: ACHBITA I BOUGNAOUI

Sažetak

Pojmovno određenje diskriminacije ukazuje nam da je diskriminacija stavljanje u nepovoljan položaj pojedinaca zbog rase, etničke, religijske, nacionalne ili neke druge pripadnosti. Tek nakon Drugog svjetskog rata možemo govoriti o zabrana diskriminacije koja je propisana u različitim međunarodno-pravnim dokumentima kako na nivou UN-a, tako i u okviru različitih regionalnih međunarodnih dokumenata. Za razliku od konvencija i deklaracija koje su usvojene u okviru UN-a, a koje nisu normirale efikasan mehanizam zaštite, one regionalne jesu. Tu prije svega mislimo na Evropsku konvenciju o ljudskim pravima i osnovnim slobodama kao i na Evropski sud za ljudska prava koji štiti prava propisana Konvencijom. Pored navedenog, u okviru EU usvojena je i Povelja o osnovnim pravima EU koja propisuje zaštitu ljudskih prava za čije tumačenje je nadležan Sud EU kada mu se obrate nacionalni sudovi. U članu 21 propisana je zabrana diskriminacije. Kao jedan od zaštićenih osnova je i zabrana diskriminacije na osnovu vjeroispovijesti ili uvjerenja. Upravo na to nam ukazuju i slučajevi Achbita i Bougnaoui koji su se našli pred Sudom EU a koje je isti različito riješio, u jednom slučaju utvrđena je diskriminacija (Bougnaoui), dok u slučaju Achbita ista nije prepoznata.

Ključne riječi: diskriminacija, zabrana diskriminacije, marama, hidžab, Sud EU, Achbita, Bougnaoui.

51

I UVOD

Diskriminacija kao društveno nepovoljna pojava i praksa bila je prisutna u svim oblicima društvenog uređenja. Naime pitanje koje trebamo postaviti jeste da li je ista bila opravdana i podsticana od institucija vlasti ili je pak bila zabranjena. O zabrani diskriminacije od strane javne vlasti možemo govoriti tek od novijeg doba. S tim u vezi od strane

¹ mr. Kemal Efendić, Služba za zapošljavanje ZDK

različitih međunarodnih organizacija usvojena je zabrana diskriminacije. Nakon što su države usvajale deklaracije i konvencije kojima je zabranjena diskriminacija, ta zabrana postala je i dijelom nacionalnih zakonodavstava. Međutim najveći doprinos zabrani diskriminacije dala je Evropska konvencija o ljudskim pravima i osnovnim slobodama, tako da sve države koje pristupaju u Vijeće Evrope ratificiraju pomenutu konvenciju. Pored toga Evropski sud za ljudska prava nadležan je da ispita sve oblike diskriminacije na koje se apelanti pozovu a koji su suprotni Konvenciji. I pored toga, Evropska unija usvojila je Povelju o osnovnim pravima EU koja u članu 21 propisuje zabranu diskriminacije. S tim u vezi cilj ovoga rada jeste da se upoznamo sa članom 21 Povelje o osnovnim pravima EU kao i sa praksom Suda EU u pogledu diskriminacije. Posebna pažnja u radu bit će posvećena zaštićenom osnovu zabrane diskriminacije na osnovu religije ili uvjerenja. Naime u periodu opće dekadencije u Evropi važio je princip da čija je teritorija njegova je i religija (*quios regioe ius religio*). Obzirom da je u međuvremenu došlo do velikih migracija i izmiješanosti stanovništva različitih vjerskih, etničkih, nacionalnih i svakih drugih identiteta u Evropi čini se zanimljivim donekle istražiti koliko se odstupilo od navedenog principa. U radu ćemo se baviti i slučajevima koji tretiraju zabranu nošenja hidžaba/marame.

1. Pojmovno određenje diskriminacije

Pojam diskriminacija potiče od latinske riječi: „diskriminare - odvajati, praviti razliku.“² Diskriminacija je: „pojam koji danas ima specifično značenje nejednakog postupanja u odnosu na lica među kojima postoje rasne, nacionalne, verske, polne ili klasno-staleške razlike. Tako postoji rasna, nacionalna, vjerska itd. diskriminacija.“³ „Diskriminacija zlonamjerni napad naročito u politici; ograničavanje nečijeg prava; pravljenje razlike.“⁴ Osnovna karakteristika diskriminacije je dakle nejednako postupanje koje može biti motivisano rasnim, nacionalnim, religijskim ili bilo kojim drugim motivima. Diskriminacija u osnovi podrazumijeva stavljanje u nepovoljan položaj pojedinca ili grupe zbog nekog od navedenih razloga, u odnosu na ostale pojedince ili grupe. „Diskriminacija može biti čisto društvena ili i pravna.“⁵ Pravna diskriminacija je dosta rjeđa u praksi za razliku od faktičke društvene

2 M. Vučaklija, *Leksikon stranih reči i izraza*, Prosveta, Beograd 1961. 239.

3 *Pravna enciklopedija*, Savremena administracija, Beograd 1979. 222.

4 M. Filipović, *Rječnik stranih riječi*, Medicinska knjiga, Zagreb 1995. 88.

5 *Pravna enciklopedija*, 222.

diskriminacije koja je daleko prisutnija u određenim društvima. Kao primjer faktičke društvene diskriminacije navodi se obično rasna diskriminacija u Americi.⁶ Međutim za potrebe ovog rada posebna pažnja će se posvetiti zabrani diskriminacije na tlu Evrope odnosno u okviru Evropske unije kroz praksu Suda EU.

2. Zabrana diskriminacije u međunarodno-pravnim dokumentima

Iako je prvenstvena intencija na zabrani diskriminacije u EU, zbog što boljeg razumijevanja zabrane diskriminacije potrebno je da damo kraći prikaz zabrane diskriminacije u određenim međunarodno-pravnim dokumentima. Naime mehanizmi zaštite ljudskih prava nisu samo ograničeni na Evropu. Pored regionalnih mehanizama koji su svojstveni za prostor Sjeverne Amerike, Južne Amerike kao i Afriku i Bliski istok, djelovanjem Ujedinjenih nacija izgrađena je dobra osnova za zaštitu ljudskih prava. S tim u vezi veliki broj država u svijetu: „sve države članice EU-a potpisnice su sljedećih međunarodnih ugovora UN-a o ljudskim pravima, od kojih svi sadrže zabranu određene vrste diskriminacije: Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima (IC-CPR), Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima (ICESCR), Konvencija o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije (ICERD), Konvencija o ukidanju diskriminacije žena (CEDAW), Konvencija protiv mučenja i Konvencija o pravima djeteta (CRC). Konvencija o pravima osoba s invaliditetom (CRPD) iz 2006. predstavlja najnoviji međunarodni ugovor o ljudskim pravima na razini UN-a. Članstvo u međunarodnim sporazumima o ljudskim pravima oduvijek je bilo namijenjeno samo državama. No, kako države sve više surađuju preko međuvladinih organizacija, kojima dodjeljuju značajne ovlasti i odgovornosti, nužno je osigurati da se međuvladine organizacije također posvete ispunjavanju obveza pripadajućih država članica koje se tiču ljudskih prava. CRPD je prvi međunarodni sporazum o ljudskim pravima na razini UN-a kojem mogu pristupiti i organizacije za regionalnu suradnju, a koji će ratificirati i EU.“⁷ Pored navedenih međunarodno-pravnih dokumenata koji su doneseni pod okriljem Ujedinjenih nacija, poseban doprinos zaštiti ljudskih prava dala je Evropska konvencija o ljudskim pravima i osnovnim slobodama koja je usvojena od strane Vijeća Europe kao najstarije evropske organizacije. Pored toga osnovan je i Evropski sud za ljudska prava, glavni sudske organ Vije-

6 Vidi: Ibid., 222.

7 *Priročnik o europskom antidiskrimacijskom pravu*, Ured za službene publikacije Evropske unije 2011., 16.

ća Evrope, koji štiti prava garantovana konvencijom, uspostavljen je procesni i institucionalni mehanizam zaštite⁸. Evropska konvencija o ljudskim pravim i osnovnim slobodama u članu 14. propisala je zabranu diskriminacije. U članu 14. propisano je: „Uživanje prava i sloboda predviđenih ovom konvencijom osigurava se bez diskriminacije po bilo kojoj osnovi, kao što su spol, rasa, boja kože, jezik, vjeroispovijest, političko ili drugo mišljenje, nacionalno ili socijalno porijeklo, veza sa nekom nacionalnom manjinom, imovno stanje, rođenje ili drugi status.“⁹ Pored navedene konvencije zabrana diskriminacije propisana je i u Evropskoj socijalnoj povelji.¹⁰ Praksa Evropskog suda za ljudska dosta je bogata u pogledu člana 14 odnosno zabrane diskriminacije. U članu 14 navedeno je deset zabranjenih kriterija: „a to su: spol, rasa, boja kože, jezik, vjeroispovijest, političko ili drugo mišljenje, nacionalno ili socijalno porijeklo, veza sa nekom nacionalnom manjinom, imovinsko stanje i rođenje.“¹¹ Pored navedenih zaštićenih osnova bitno je naglasiti: „da čl. 14. EKLJP-a sadrži takozvanu „otvorenu listu“ zaštićenih osnova, jer nakon nabranja ovih deset ukazuje na to da lista nije konačna, nego zabranjeno može biti i razlikovanje na osnovu bilo kojeg „drugog statusa.“¹²

54

3. Član 21. Povelje o osnovnim pravima EU

Evropska unija je nastala je iz tri posebne zajednice koje su osnovane kako bi se bavile pitanjima energetske sigurnosti i slobodnom trgovinom. Osnovna intencija evropskih zajednica bila je podsticaj ekonomskog razvoja kroz slobodan protok roba, kapitala, usluga i ljudi.¹³ U izvornom Ugovoru o osnivanju evropskih zajednica provobitno je sadržavao zabranu diskriminacije na osnovu spola pri zapošljavanju.¹⁴ Tokom 90-tih godina unutar Evropske unije određene skupine lobirale su da se zabrana diskriminacije proširi i na druge osnove kao što

8 Vidi: J. Muratagić, *Legitimizacija konstitucionalizacije pravnog poretku EU – Povelja EU o temeljnim pravima i direktive*, Nova pravna revija, IRZ Stiftung, Sarajevo 2017. 36.

9 Član 14. Evropske konvencije o ljudskim pravima i osnovnim slobodama.

10 Naime u preambuli Povelje garantuje se uživanje socijalnih prava bez diskriminacije na temelju rase, boje kože, spola, jezika, religije, političkog mišljenja, nacionalnog i socijalnog porijekla.

11 Z. Meškić, *Diskriminacija i zaštićeni osnovi u jurisprudenciji Evropskog suda za ljudska prava-trend proširivanja i produbljivanja zaštite*, u E. Hodžić ur., *Evropski sud za ljudska prava i zaštita od diskriminacije: Jurisprudencija i evolucija standarda*, Analitika, Sarajevo 2018. 25.

12 Ibid., 25.

13 Vidi: *Priručnik o europskom antidiskrimacijskom pravu*, 13.

14 Ibid., 13.

su rasno i etničko porijeklo, vjersko uvjerenje, dob i invaliditet.¹⁵ Na osnovu toga neki od čelnika država članica EU pokrenuli su aktivnosti na izmjeni i dopuni Ugovora o Evropskoj zajednici na osnovu kojih je Zajednica postala nadležna i za donošenja propisa sa ciljem zabrane diskriminacije.¹⁶ S tim u vezi 2000. godine usvojene su dvije direktive. Direktiva o jednakosti pri zapošljavanju te Direktiva o rasnoj jednakosti. Usvajanjem ovih direktiva prošireno je djelovanje evropskog antidiskriminacijskog prava, te je pojedincima omogućen lakši pristup dobrima kao što su zdravstvo, obrazovanje i stanovanje.¹⁷ Evropska unija je 2000. godine donijela Povelju o osnovnim pravima. Stupanjem na snagu Lisabonskog ugovora 2009. godine Povelja je postala pravno obavezujuća za države članice. S tim u vezi pojedinci se mogu žaliti na nepoštovanje Povelje, odnosno nacionalni sudovi mogu tražiti upute za tačno tumačenje Povelje od strane Suda EU.¹⁸

Povelja o osnovnim pravima EU u preambuli proklamuje ljudska prava, uzimajući u obzir sve razlike koje države imaju međusobno. Unija priznaje prava i načela koja su u njoj navedena, te ih čini pravno obavezujućim za države članice i njihova nacionalna zakonodavstva. Povelja se sastoji od 54 člana i njima su propisana osnovna prava. U članu 21 Povelje propisana je zabrana diskriminacije: „Zabranjena je svaka diskriminacija po osnovu pola, rase, boje kože, etničkog ili socijalnog porijeklu, genetskih karakteristika, jezika, vjeroispovijesti ili uvjerenja, političkog ili bilo kog drugog mišljenja, pripadnosti nacionalnoj manjini, imovnog stanja, rođenja, invalidnosti, starosne dobi ili seksualne orientacije. U okviru područja primjene Ugovora i ne dovodeći u pitanje bilo koju od njihovih odredbi, zabranjena je bilo koja diskriminacija po osnovu državljanstva“.¹⁹ Za razliku od Evropske konvencije o osnovnim pravima i slobodama koja sadrži deset zaštićenih osnova, Povelja o osnovnim pravima EU sadrži trinaest zaštićenih osnova. Također kod Povelje o osnovnim pravima EU građani EU se ne mogu direktno obraćati Sudu EU, nego je to obaveza nacionalnih sudova kada treba da primijene neku od odredbi u Povelji da se obrate Sudu EU u cilju pojašnjenja nejasnih odredbi, dok se Evropskom суду за ljudska prava pojedinci mogu direktno obraćati u slučaju da im je povrijedjeno neko od prava garantovano Konvencijom nakon što iscrpe

15 Ibid., 14.

16 Ibid., 14.

17 Ibid., 14.

18 Ibid., 15.-16.

19 Član 21 Povelje o osnovnim pravima EU, <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0389:0403:EN:PDF>(13. maj 2018.)

sva pravna sredstva u državi potpisnici Konvencije

Također praksa Evropskog suda za ljudska prava je daleko bogatija u pogledu slučajeva zabrane diskriminacije obzirom da se odredbe Konvencije primjenjuju preko šest decenija, dok se odredbe Povelje o osnovnim pravima EU primjenjuje nepunu deceniju.

Svrha andiskrimacijskog prava je da se spriječi različito postupanje prema pojedincima od strane javne vlasti. Oblici diskriminacije mogu biti diretni i indirektni, odnosno neposredni i posredni²⁰. O direktnoj diskriminaciji se radi kada se prema pojedincu postupa suprotno isključivo zbog nekog zaštićenog osnova. Direktiva EU o rasnoj diskriminaciji definira direktну diskriminaciju kao: „situacija u kojoj se s određenim pojedincem postupa nepovoljnije nego što se postupa, ili se postupilo, ili bi se postupilo s drugima u usporedivoj situaciji, po osnovi rasnog ili etničkog podrijetla“.²¹ Osnova direktne diskriminacije je nepovoljno postupanje kojoj su podvrgnuti neki pojedinci. Direktna diskriminacija se dokazuje na osnovu usporednika, to jest da žrtva diskriminacije dokaže da je diskriminirana na osnovu pravno zaštićene osnove.²²

O indirektnoj ili posrednoj diskriminaciji radi se u slučajevima istog postupanja u različitim situacijama. Direktiva EU o rasnoj diskriminaciji tu vrstu diskriminacije definiše: „neizravna diskriminacija postoji kada bi naizgled neutralna odredba, kriterij ili praksa mogla staviti osoobe određenog rasnog ili etničkog podrijetla u specifično nepovoljniji položaj u odnosu na druge osobe.“²³ Utvrditi da li se radi o direktnoj ili indirektnoj diskriminacije jako je važno jer to: „nije samo akademsko pitanje ili stvar konceptualne dosljednosti. Važno je i iz perspektive naknade nematerijalne štete, koja u slučaju direktne diskriminacije često podrazumijeva viši iznos nego kada se utvrdi indirektna diskriminacija. Osim toga, definiranje je značajno i zbog spektra dostupnih opravdanja za različito postupanje.“²⁴

4. Praksa Suda EU: slučajevi Acbita i Bougnanoui

Kako smo već istakli praksa Evropskog suda za ljudska prava dosta je bogata u pogledu rješavanja predmeta zabrane diskriminacije. Među-

20 O oblicima diskriminacije vidi više: M. Reljanović, *Oblici diskriminacije i jurisprudencija Evropskog suda za ljudska prava*, u E. Hodžić ur. 72.-79.

21 Član 2 Direktive EU o rasnoj jednakosti.

22 Vidi: *Priručnik o europskom antidiskrimacijskom pravu*, 22.-23.

23 Direktiva EU o rasnoj jednakosti, čl 2.

24 A. Kurtović, *Zabrana nošenja vjerskih obilježja na radnom mjestu: perspektiva Suda pravde Evropske unije*, u E. Hodžić ur., 134.

tim Sud EU također primjenjujući član 21 rješava slučajeve iz oblasti zabrane diskriminacije. Za potrebe ovog istraživanja analizirat ćemo slučajeve Achbita i Bougnanoui. U navedenim slučajevima radi se o nošenju marame na radnom mjestu. Iako se radi o dosta sličnim slučajevima Sud EU zauzeo je različite stavove.

Naime, Achbita je radila kao recepcionerka. U četvrtoj godini rada kod istog poslodavca počela je da nosi maramu koja u tom trenutku nije bila zabranjena. Poslodavac ju je upozorio da nošenje marame nije u skladu sa politikom neutralnosti kompanije. Nakon toga zabrana nošenja bilo kakvih obilježja koja su motivisana religijskim, filozofskim ili političkim opredjeljenjem zabranjeno je internim pravilnikom. Obzirom da se imenovana nije pridržavala navedenog pravila, dobila je otkaz. Zaštitu je zatražila od belgijskog suda nadležnog za rješavanje radnih sporova. Nakon toga se obratila sudu više instance koji se obratio Sudu EU sa pitanjem da li je zabrana nošenja marame direktna diskriminacija, kada poslodavac zabrani svim zaposlenicama zabranu nošenja obilježja političkih, vjerskih ili filozofskih uvjerenja.²⁵

Asma Bougnanoui bila je zaposlena kao projektni inžinjer u kompaniji naziva Micropoleu SA za savjetovanje. Tokom rada kod navedenog poslodavca povremeno je nosila maramu. U toku obavljanja posla trebala se sastati sa klijentima Micropolea u njihovim prostorijama. Jedan od klijenata tražio je od Bougnanoui da sljedeći put ne nosi maramu te je traženo da potvrdi da će postupiti u skladu sa traženim od nje. Ona je to odbila te je dobila otkazan ugovor o radu. Osporila je otkaz pred francuskim sudovima. Kasacijski sud obratio se Sudu EU pitanjem može li se zabrana nošenja marame prilikom pružanja usluga savjetovanja smatrati „stvarnim i odlučujućim“ uvjetom koji se nalazi izvan dosega zabrane diskriminacije na temelju vjere ili uvjerenja propisane Direktivom 2000/78.²⁶

Sud EU je rješavajući slučaj Achbita na prvom mjestu analizirao odredbe člana 1 Direktive 2000/78 koje se odnose na zabranu diskriminacije u pogledu vjere ili uvjerenje, invaliditeta, dobi ili spolnog opredjeljenja u vezi sa zapošljavanjem i obavljanjem zanimanja sa ciljem primjene načela jednakog postupanja u državama članicama. Pod načelom jednakog postupanja znači nepostojanje bilo kakve diskriminacije bilo direktnе ili indirektnе.²⁷ Pojam vjere nije definisan u pomenutoj

25 Vidi više: C157/15,http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62015CJ0157&lang=en&type=_TXT&ancr=, (14. maj 2018.) Paragraf 10.-21.

26 Vidi više: http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62015CJ0188&lang=en&type=_TXT&ancr= (14. maj 2018.) Paragraf 13.-19.

27 Vidi više: C157/15,http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62015CJ0157&lang=en&type=_TXT&ancr=

Direktivi. Međutim Evropska konvencija o ljudskim pravima i osnovnim slobodama u članu 9 kao i Povelja o osnovnim pravima u članu 10 predviđaju pravo na slobodu mišljenja, savjesti i vjeroispovijesti. Pojam vjere je dosta široko postavljen u pomenutim dokumentima tako da zakonodavac Unije smatra da pojam vjere treba posmatrati kao *forum internum*, odnosno činjenicu postojanja uvjerenja kao i *forum externum*, odnosno javno iskazivanje vjere.²⁸

U slučaju Achbita Sud EU prilikom razmatranja slučaja nije prepoznao direktnu diskriminaciju. U paragrafu 30 presude zauzeo je stav da: „U ovom slučaju interno pravilo o kojem je riječ u glavnom postupku odnosi se na nošenje vidljivih simbola političkih, filozofskih ili vjerskih uvjerenja te stoga bez razlike obuhvaća svako iskazivanje takvih uvjerenja. Slijedom toga, za navedeno pravilo treba smatrati da na jednak način postupa prema svim radnicima poduzeća, propisujući im na općenit način i bez ikakve razlike obvezu neutralnosti u pogledu odijevanja koja se protivi nošenju takvih simbola.“²⁹ Sud EU nakon što je utvrdio da ne postoji direktna diskriminacija, pristupio je ispitivanju postojanja indirektnе diskriminacije. Sud je smatrao opravdanim zabranu nošenja marame jer je opravdana legitimnim ciljem.³⁰ U ovom konkretnom slučaju: „poslodavčeva želja da prema klijentima prikazuje imidž neutralnosti odnosi se na slobodu poduzetništva, koja je priznata u članku 16. Povelje, i u načelu je legitimna, osobito kad je poslodavac u postizanje tog cilja uključio samo radnike koji trebaju stupati u kontakt s njegovim klijentima.“³¹ Također Sud smatra da zabrana nošenja marame je opravdana ako se primjenjuje na dosljedan i sistematican način. „Kada je, na drugome mjestu, riječ o primjerenoosti internog pravila poput onoga o kojem je riječ u glavnom postupku, valja utvrditi da činjenica zabrane radnicima da vidljivo nose simbole političkih, filozofskih ili vjerskih uvjerenja može osigurati dobru primjenu politike neutralnosti, pod uvjetom da se ta politika uistinu slijedi na dosljedan i sustavan način.“³² Sud je zauzeo stav da se zabrana nošenja vjerskih obilježja može pravdati ako se ispune dva uslova. Prvi je da su zabranom obuhvaćeni svi zaposleni koji rade sa klijentima, te da im nije moguće omogućiti radna

g1=en&type=txt&ancre=, (14. maj 2018.) Paragraf 23.-24.

28 Ibid., Paragraf 25.-28.

29 Ibid.

30 „Legitimni cilj služi kao referencijska tačka za ispitivanje proporcionalnosti.“ O legitimnom cilju vidi više: D. Samardžić et. al. *Pravo evropske unije II-Povelja evropske unije o osnovnim pravima*, Pravni fakultet Univerziteta u Zenici, Zenica 2017., 127.-128.

31 Presuda Achbita, paragraf 38.

32 Ibid., paragraf 40.

mjesta koja ne podrazumijevaju rad sa klijentima.³³ Sud je nakon što je razmotrio slučaj odgovorio da:

„Članak 2. stavak 2. točku (a) Direktive 2000/78 treba tumačiti na način da zabrana nošenja islamske marame za glavu koja proizlazi iz internog pravila privatnog poduzeća kojim se zabranjuje vidljivo nošenje svih političkih, filozofskih ili vjerskih simbola na radnom mjestu ne predstavlja izravnu diskriminaciju na temelju vjere ili uvjerenja u smislu te direktive.

Nasuprot tomu, takvo interno pravilo privatnog poduzeća može predstavljati neizravnu diskriminaciju u smislu članka 2. stavka 2. točke (b) Direktive 2000/78 ako se utvrdi da naizgled neutralna obveza koju ono predviđa zapravo dovodi u neravnopravan položaj osobe određene vjere ili uvjerenja, osim u slučaju kad je ono objektivno opravdano legitimnim ciljem, kao što je poslodavčeva želja da u odnosima prema svojim klijentima slijedi politiku političke, filozofske i vjerske neutralnosti, a da su sredstva za postizanje tog cilja primjerena i nužna, što treba provjeriti sud koji je uputio zahtjev.“³⁴

Sud EU u slučaju Bougnanoui je slično kao i u slučaju Achbita razmatrao pravne osnove na osnovu kojih je mogao riješiti navedeni slučaj kao i pojam vjere. Sud smatra da je različito postupanje opravdano ako je utemeljeno na legitimnom cilju kao i da su sredstva za postizanje tog cilja primjerena i nužna³⁵. Također države članice mogu propisati da različito postupanje nije diskriminacija ako je opravdano prirodom određenih zanimanja opet pod uslovom da je svrha opravdana a zahtjev proporcionalan. U skladu sa uvodnom izjavom 23. Direktive 2000/78: „samo u vrlo malom broju slučajeva određena značajka koje je, među ostalim, povezana s vjerom može predstavljati stvaran ili odlučujući uvjet za obavljanje zanimanja.“³⁶

U slučaju Bougnanoui Sud EU zauzeo je stav da se radi o direktnoj diskriminaciji. Naime, poslodavac Micropole SA nije svojim internim aktima zabranio nošenje vidljivih obilježja političkih, religijskih ili filozofskih uvjerenja. U slučaju da je bila propisana zabrana nošenja navedenih obilježja primjenila bi se analogija iz predmeta Achbita. U paragrafu 32 Sud EU navodi: „ako se otkazivanje A. Bougnanoui temeljilo na nepoštovanju internog pravila koje je bilo na snazi kod tog poduzetnika i koje je zabranjivalo nošenje bilo kakvog vidljivog znaka

33 Ibid., paragraf 42.-43.

34 Ibid., 44.

35 Ibid., 35.

36 [http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62015CJ0188&lang=en&type=TXT&ancre=\(14. maj 2018.\)](http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62015CJ0188&lang=en&type=TXT&ancre=(14. maj 2018.)), Paragraf 38.

o političkim, filozofskim ili vjerskim uvjerenjima te ako se utvrdi da to naizgled neutralno pravilo u stvarnosti posebno dovodi u nepovoljniji položaj osobe koje pripadaju određenoj vjeri ili uvjerenju, kao što je A. Bougnaoui, valja zaključiti o postojanju neizravnog različitog postupanja na temelju vjere ili uvjerenja u smislu članka 2. stavka 2. točke (b) Direktive 2000/78 (vidjeti u tom smislu današnju presudu G4S Secure-Solutions, C157/15, t. 30. i 34.).^{“37} U ovom slučaju ne postoji stvaran i odlučujući razlog da prestane radni odnos kod navedenog poslodavca. Ovdje se radi o klijentovim željama da mu usluge ne pruža osoba koja je pokrivena. Što Sud navodi: „Slijedom toga, na postavljeno pitanje valja odgovoriti tako da članak 4. stavak 1. Direktive 2000/78 treba tumačiti na način da se poslodavčeva namjera kojom se vodi računa o klijentovim željama da usluge navedenog poslodavca više ne pruža zaposljenica koja nosi islamsku maramu za glavu ne može smatrati stvarnim i odlučujućim uvjetom za obavljanje zanimanja u smislu te odredbe.“^{“38}

Iako se radi o dosta sličnim predmetima Sud je donio različite presude. Kao glavni razlog za nepostojanje diskriminacije u slučaju Bougnanoi vidimo da je nepostojanje internog pravilnika koji to izričito zabranjuje, razlog zbog kojeg je priznata diskriminacija, dok u slučaju Achbita postojanje pravilnika koji zabranjuje isticanje religijskih, filozofskih ili političkih uvjerenja ne postoji diskriminacija. Međutim nije li to putokaz poslodavcima da donošenjem takvih internih akata dovode zaposlene u nepovoljan položaj odnosno trajno ih dovode u situaciju da se ne mogu zaposliti? Osim navedenog, Sud je zanemario da se u navedenim slučajevima radi o ženama koje su ranjivija kategorija u društvu, tako da smatramo da je trebalo i na tu činjenicu obratiti pažnju. Savremena civilizacija je uložila ogromne napore kako bi položaj žene bio poboljšan u društvu. Također u tretiranim slučajevima radi se o religijskim manjinama u Francuskoj i Belgiji. Naime princip ili načelo pozitivne diskriminacije manjina je zanemaren (Achbita).

Također u navedenim slučajevima za maramu se kaže da je to religijski simbol. Takav način poimanja marama nije samo primijenjen u navedenim slučajevima, takva je općenita percepcija marame/hidžaba u javnosti. Međutim to je pogrešna percepcija koja dovodi do pogrešnih zaključaka koji na kraju dovode do diskriminacije što u konačnici može dovesti i do težih posljedica društvu.

Naime kada je u pitanju marama tu se ne radi ni o kakvom religijskom simbolu, to je vjerska obaveza za muslimanke koja je utemeljena

37 Ibid., 32.

38 Ibid., paragraf 41.

na osnovnim izvorima Islam-a. Tako Kur'an kao osnovni izvor propisuje: „O Vjerovjesniče, reci ženama svojim, i kćerima svojim, i ženama vjernika neka spuste haljine svoje niza se. Tako će se najlakše prepoznati pa neće napastovane biti. A Allah prašta i samilostan je.“³⁹ Na obavezu nošenja marame (hidžab) ukazuje i hadis (govor-pravorijek) Božijeg Poslanika koji je svojoj kćerki Esme rekao: „Esma, kada žensko postane punoljetno, nije dozvoljeno da joj se vidi išta drugo osim ovoga, pokazavši na lice i šake“. Analizirajući naprijed navedeno jasno vidimo da se ne radi ni o kakvom simbolu⁴⁰, već isključivo o vjerskoj obavezi.⁴¹

III ZAKLJUČAK

Iz naprijed navedenog možemo izvesti nekoliko zaključaka. Naime diskriminacija sama po sebi je vid negativne društvene pojave i prakse koja ako se ne sankcionise može dovesti do daleko većih društvenih poremećaja od same diskriminacije. Posebno obazriv treba biti kada se radi o diskriminaciji koja je utemeljena na kako se to navodi isticanju „religijskih, političkih i filozofskih simbola.“ U slučajevima koje smo analizirali iako Sud EU navodi da se radi o vjerskom simbolu (zabrana nošenja marame-hidžaba), ustvrdili smo da je riječ o vjerskoj obavezi za koju smatramo da treba biti omogućeno svakome onome ko želi da tu svoju obavezu izvršava bez da ugrozi i neka druga osnovna ljudska prava, u konkretnim slučajevima pravo na rad. Također smatramo da Sud EU treba dosta strožije pristupiti ispitivanju postojanja diskriminacije u navedenim i sličnim slučajevima te da se ne bi smjelo ostavljati prostora kao u slučaju Achbita za legaliziranje diskriminacije kroz do-nošenje internih diskriminirajućih akata, jer smatramo da neutralnost poslodavca na tržištu nije ugrožena zbog toga što će imati nekog od svojih zaposlenika koji se odijevaju u skladu da svojim vjerskim ubjeđenjima. Osnovna intencija treba biti da se svakome pruži šansa za ne-ometano obrazovanje i lični razvoj. S tim u vezi žene koje nastoje da sudjeluju u društvenim tokovima treba da budu involvirane u iste te da na taj način doprinose kako ličnom razvoju tako i razvoju društva. Na

39 Kur'an i Kerim, Al-Ahzab-33:59

40 „Simboli su u većini slučajeva artefakti. Njihova funkcija je da „predstave“ posebne forme individualnih i kolektivnih identiteta.“ O simbolima i različitom tretiranju istih vidi više: J. Marko, „Vjerska obilježja i simboli“ u *Doktrinarni i praktični aspekti odnosa između države, crkava/vjerskih zajednica i pojedinca*, Evropska akademija Sarajevo, Sarajevo 2012. 27.-33.

41 S tim u vezi Islamska zajednica u BiH izdala je fetvu iz koje se jasno vidi obaveza nošenja hidžaba. <http://www.islamskazajednica.ba/fetve-i-rezolucije/26104-fetva-o-obaveznosti-nose-nja-hidzaba>, (15. maj 2018.)

taj način osnažit će se i bit će jači osjećaj pripadnost društvu, jer u suprotnom dolazi do isključivanja pojedinaca iz društva i samim time do nezadovoljstava koja mogu dovesti i do daleko većih negativnih posljedica. Smatramo neprimjerenim da se ljudi stavljuju u situaciju izbora između prava na rad i prava na vjeroispovijest. Naime takav pristup u savremenim demokratskim uslovima nije opravdan jer bi se ta dva osnovna ljudska prava trebala podrazumijevati, a ne međusobno isključivati.

PROHIBITION OF DISCRIMINATION BASED ON WEARING HIJAB IN THE CONTEXT OF DECISIONS OF THE COURT OF JUSTICE OF THE EU: ACHBITA AND BOUGNAOUI

Summary

The conceptual definition of discrimination suggests that discrimination is a disadvantage for individuals because of race, ethnicity, religion, nationality or any other affiliation. It is only after the Second World War that we can talk about the prohibition of discrimination that is prescribed in various international legal documents - both at the UN level and within the various regional international documents. Unlike conventions and declarations adopted within the UN, which did not specify an effective protection mechanism, they are regional ones. First of all, we mean the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms, as well as the European Court of Human Rights, which protects the rights prescribed by the Convention. In addition, the EU Charter of Fundamental Rights, which prescribes the protection of human rights, has been adopted within the EU, for which the interpretation of the jurisdiction of the EU Court is when the national courts are contacted. Article 21 prohibits discrimination. One of the protected bases is the prohibition of discrimination based on religion or belief. This is precisely what the cases of Achbita and Bougnaoui, who found themselves before the Court of the EU, and who resolved them differently, indicate discrimination in one case (Bougnaoui), while in Achbita the same is not recognized.

Key words: discrimination, prohibition of discrimination, scarves, hijab, court of the EU, Achbita, Bougnaoui.