

MUSLIMSKÉ ŠÁTKY V EVROPSKÉM VEŘEJNÉM PROSTORU

Petr Agha*

Abstrakt: Náboženské symboly ve veřejném prostoru evropských zemí představují zdroj intenzivní diskuze o povaze jak veřejného prostoru zemí EU, tak zejména o roli lidských práv v multikulturní společnosti založené na liberálních hodnotách. Probíhající spory o podobu právní úpravy přítomnosti náboženských symbolů znovu nastolují otázky, zdánlivě (vy)řešené sekularizací států, o to, jak definovat a aplikovat hranice a roli náboženství v evropských společnostech v době, kdy jsou historicky stanovené hranice znovu zpochybňovány narůstající mírou náboženské rozmanitosti. Robustnější zbožnost mnoha členů komunit přistěhovalců otevírá v řadě evropských států složité otázky, jak definovat hranice mezi právem, společností a vírou. Tento vývoj, zejména pokusy o přeměnu etablované kulturní normy zdrženlivosti ve veřejném vyjadřování víry v právní závazek zdržet se za určitých okolností náboženského vyznání, představuje pro evropské právo lidských práv zásadní výzvu.

Klíčová slova: demokracie, lidská práva, sekularismus, multikulturalismus, veřejný prostor, náboženské symboly, veřejný prostor

ÚVOD

Přítomnost náboženských symbolů ve veřejném prostoru evropských zemí se v průběhu let stala zdrojem intenzivní právní a politické rozpravy o rozsahu svobody náboženského vyznání a neutrality státu. Soudy různých stupňů po celé Evropě, jakož i Evropský soud pro lidská práva, vydaly řadu významných, zajímavých a často i kontroverzních judikátů, které se týkaly přítomnosti islámských symbolů ve veřejných institucích, jako jsou školy, univerzity a úřady státní správy atd. Tyto případy zahrnují, mezi jinými, kauzu britské školačky, pro kterou nebyla školní uniforma v souladu se striktními pravidly jejího náboženského přesvědčení,¹ dvou muslimských žen, kterým byl odmítnut vstup do autobusu, protože jedna z nich si zakryla obličej nikábem,² kauzu učitelky na základní škole, jíž bylo zakázáno vyučovat na švýcarské základní škole, protože nosila muslimský šátek,³ anebo vysokoškolačky v Turecku, která se nemohla zapsat ke studiu, neboť si přála nosit muslimský šátek při výuce a zkouškách.⁴

* Mgr. Petr Agha, Ph.D., LL.M., Ústav státu a práva AV ČR, v. v. i. E-mail: agha@ilaw.cas.cz. Text vznikl za podpory grantového projektu „Lidská práva v mezikulturních perspektivách“ 13-30299S GA ČR.

¹ *Regina (Begum) v. High School Governors* [2007] 1 AC 100 ([2006] UKHL 15). Viz IDRISSE, M. Dress Codes, the Right to Manifest Religion and the Human Rights Act 1998: The defeat of Shabina Begum in the House of Lords. *Coventry Law Journal*. 2006, s. 11; NATHWANI, N. Islamic Headscarves and Human Rights: A Critical Analysis of the Relevant Case Law of the European Court of Human Rights. *Netherlands Quarterly of Human Rights*. 2007, s. 227 an.; SSENYONJO, M. The Islamic Veil and Freedom of Religion, the Rights to Education and Work: a Survey of Recent International and National Cases. *Chinese Journal of International Law*. 2007, s. 675; HILL, M. Legal and Social Issues Concerning the Wearing of the Burqa and Other Head Coverings in the United Kingdom. In: A. Ferrari – S. Pastorelli (eds). *The Burqa Affair Across Europe: between Public and Private Space*. Farnham: Ashgate, 2013, s. 77 an.

² BBC News 23 July 2010. Dostupné z: <<http://www.bbc.co.uk/news/uk-england-berkshire-10728912>>.

³ *Dahlab v. Switzerland* (2001) Eur. Cour. HR 449.

⁴ *Leyla Sahin v. Turkey* [2005], Eur. Cour. N. 44774/98, 2005-XI Eur. Ct. H. R. 173, 165.

Tzv. „*l'affaire du foulard*“ je součástí veřejné debaty evropských zemí od poloviny osmdesátých let. Otázka muslimského šátku vyvolává vášnivé diskuze o politice integrace a kulturních a náboženských rozdílech.⁵ Zdánlivě samozřejmé liberální normy a hodnoty jsou najednou zpochybňovány nově příchozími normami a hodnotami, což má za následek potřebu znovu utvrzovat jejich legitimitu a primát ve veřejných debatách o konstitutivních hodnotách evropských společností. Kromě toho, že jsou spory o muslimský šátek součástí širšího problému (ustavování) identity nově příchozích muslimských komunit, jsou také možným fórem pro vytváření nového společného „my“; zatím se zdá, že se většinová společnost vůči nově příchozím identitám vymezuje a stvrzuje svoji homogenitu tím, že zpochybňuje legitimitu přítomnosti islámských symbolů ve veřejné sféře a s tím související legitimitu požadavků na uznání.

Proč je zakrývání ženského těla (z náboženských důvodů) tak kontroverzní? Zakrytí těla bývá často veřejností interpretováno jako viditelný projev neúcty k demokratickým hodnotám a důkaz neochoty integrovat se do majoritní společnosti. Muslimský šátek působí jako velmi viditelné znamení přítomnosti těchto nových identit a jejich odlišnosti od identity hostitelských zemí. Dalším důležitým momentem se zdá být i to, že se rozsah *welfare-state* počal dramaticky smršťovat v důsledku probíhající neoliberální restrukturalizace evropských společností a zvýšil se tak pocit sociální nejistoty – v důsledku toho se zvýšil i negativní postoj vůči komunitám přistěhovalců, kteří se v Evropě usazují od 70. let minulého století. Migrující rodiny také zůstávají trvale usazené, po několik generací, v zemích Evropy a vyvracejí tak představu o „gastarbeiterech“, kteří přijedou, vykonají práci a opět se vrátí do země původu. Dalším faktorem je také nový politický kontext po 11. září, pumových útocích v Madridu a Londýně, a vraždě Thea van Gogha v Nizozemsku. Probíhající politizace islámu pak také posiluje vnímání, že islám je nejen v rozporu s demokracií a lidskými právy, ale je také hrozbou pro bezpečnost.⁶

Otázky integrace, tolerance a uznání se tak dostávají do popředí celospolečenské diskuze o národních identitách, kulturních dědictvích, pluralismu a také o hodnotových fundamentech evropského projektu.⁷ Nedávné spory o roli muslimských šátků jako výrazu proměny evropských zemí jsou doprovázeny tendencí „ústupu od multikulturalismu“⁸ a přechodem k alternativním modelům soužití, které někteří nazývají „post-multikulturalismus“.⁹

Spory o to, jakou vlastně roli hrají doplňky oblečení náboženského charakteru v evropském lidskoprávním diskurzu, lze možná hledat i v tom, že ve většině náboženských tradic nejsou takové doplňky oblečení – tj. židovská jarmulka, sikhský turban, muslimský hidžáb

⁵ KLAUSEN, J. *The Islamic Challenge: Politics and Religion in Western Europe*. Oxford: Oxford University Press, 2005, s. 171.

⁶ SCOTT, J. W. *The Politics of the Veil*. Princeton; Oxford: Princeton University Press, 2007.

⁷ MAY, S. J. – MODOOD, T. – SQUIRES, J. (eds). *Ethnicity, Nationalism and Minority Rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004; BADER, V. *Secularism or Democracy? Associational Governance of Religious Diversity*. Amsterdam: Amsterdam University Press, 2007.

⁸ SAHARSO, S. Feminist Ethics, Autonomy and the Politics of Multiculturalism. In: L. Hogan – S. Roseneil (eds). *Ethical Relations – agency, autonomy, care*. Special issue of *Feminist Theory*. 2003, Vol. 4 (2), s. 199–215. JOPPE, C. The retreat of multiculturalism in the liberal state: theory and policy. *The British Journal of Sociology*. 2004, 55, s. 237–257.

⁹ Např. GOZDECKA, D. A. – ERCAN, S. A. – KMAK, M. From multiculturalism to post-multiculturalism. Trends and Paradoxes. *Journal of Sociology*. 2014, 50, s. 51–64.

(šátek), nikáb, čádor nebo burka – považovány, vždy a za všech okolností, za věc náboženské povinnosti a rituálu. Řada muslimských učenců věří, že šátek není náboženský požadavek, ale je spíše osobní volbou jednotlivců.¹⁰ Muslimský šátek tak může symbolizovat mnoho symbolických projevů: věrnost tradici, náboženskou či kulturní identitu atd.¹¹

Mnoho států v Evropě považuje samotný akt zahalení za ohrožení sekulárního charakteru systému veřejné správy. Sekularizace evropských států šla totiž ruku v ruce s privatizací náboženské víry¹² a otázka šátků a jiných náboženských symbolů dostává náboženství (opět) zpět do veřejného prostoru; existuje tedy obava, že by mohlo dojít k opětovné sakralizaci veřejné sféry, a v důsledku toho i k ohrožení sekulárních liberálních demokracií. I když se evropské země odkazují na univerzalistickou tradici liberální demokracie a základních lidských práv, různá institucionální nastavení (a lokální kulturně-historické rámce) mají za následek různé přístupy k regulaci přítomnosti náboženských symbolů ve veřejném prostoru. V celé Evropě lze rozlišit tři modely.¹³ Za prvé, veškeré formy muslimského zahalení těla ve veřejných institucích jsou zakázány. Do této skupiny můžeme řadit země jako Francie, Turecko a některé německé spolkové země. Druhý přístup volí tzv. *soft* neboli selektivní nástroje, zakázány jsou pouze určité druhy zakrytí, jako např. celý obličej nebo celé tělo. To se týká zemí jako je Finsko, Švédsko a Nizozemsko. Třetí přístup se vyznačuje absencí jakýkoliv omezení, zakrytí hlavy a těla není omezeno, jako např. v Dánsku a Rakousku.

Robustnější zbožnost mnoha členů komunit přistěhovalců a zejména jejich odlišný charakter, znovu otevírá složité otázky,¹⁴ na které evropské státy reagují především snahou přísněji definovat hranice mezi právem, společností a vírou; hranice, které měly do současnosti spíše charakter kulturní konvence než jasně definovaných právních norem. Vzhledem k tomu, že se existující kulturní konsenzus pomalu hroutí, nahrazujeme, ve snaze zachovat *status quo*, tyto kulturní normy právním předpisem.¹⁵ Otázka zahalování představuje důležitou instanci sporů o to, jak definovat a aplikovat hranice a roli náboženství v evropských společnostech v době, kdy narůstající míra náboženské rozmanitosti znovu zpochybňuje historicky (u)stanovené hranice.

1. MUSLIMSKÉ ŠÁTKY V KONTEXTU EVROPSKÝCH LIDSKOPRÁVNÍCH DOKUMENTŮ

Zatímco mezinárodní právo definuje svobodu náboženství velice široce, jednotlivé země interpretují svobodu náboženského vyznání prostřednictvím domácích ústavních zákonů. Aplikace těchto zákonů tedy často závisí na kontextu dané politické kultury.

¹⁰ MCGOLDRICK, D. *Human Rights and Religion: The Islamic Headscarf Debate in Europe*. Portland: Hart Publishing, 2006.

¹¹ DANCHIN, P. G. Suspect Symbols: Value Pluralism as a Theory of Religious Freedom in International Law. *Yale Journal of International Law*. 2010, Vol. 33, s. 21–22.

¹² AMIREAUX V. CFCM: A French Touch? *ISIM Newsletter*. 2003, 12, s. 24–25.

¹³ SKJEIE, H. Headscarves in schools: European comparisons. In: Titia Loenen – Jenny Goldschmidt (ed.). *Religious pluralism and human rights in Europe: Where to draw the line?* Intersentia, 2007, s. 130.

¹⁴ ROY, O. *Secularism Confronts Islam*. New York: Columbia University Press, 2007.

¹⁵ MCCREA, Ronan. De Facto Secularism in a Diversifying Religious Environment: The Changing Relationship between State and Religion in Europe. In: A. Sajó – R. Uitz (eds). *Religion in the Public Square*. Utrecht: Eleven International Publishing, 2011.

Článek 18 (1) Mezinárodního paktu o občanských a politických právech (ICCPR)¹⁶ zaručuje každému „právo na svobodu myšlení, svědomí a náboženského vyznání“ a zaručuje každému právo své náboženství projevat.¹⁷ Výbor pro lidská práva (CCPR) výslovně uvádí, že pojem uctívání se vztahuje i „*rituální a ceremoniální akty, které se přímo vztahují k víře, jakož i různé postupy, které se s takovými činy pojí, včetně budování míst pro konání bohoslužeb*“.¹⁸ Podle Výboru pro lidská práva „*dodržování a praktikování náboženského vyznání nebo přesvědčení může zahrnovat nejen slavnostní akty, ale i takové zvyklosti (...) jako je [nošení] výrazných oděvů či pokrývek hlavy...*“.¹⁹ Z pohledu mezinárodního práva lidských práv tak bylo ustaveno, že „*nošení odlišných oděvů a pokrývek hlavy*“ tvoří součást praktikování náboženství.²⁰

Podle ESLP čl. 9 (1) chrání svobodu myšlení, svědomí a náboženského vyznání, zatímco odst. (2) umožňuje omezení na projev víry při jednání s obavami o veřejné bezpečnosti nebo veřejného pořádku atd. Při výkladu tohoto článku pracuje ESLP s výkladovou doktrínou „*margin of appreciation*“, která slouží jako nástroj k posouzení národních potřeb při aplikaci Úmluvy v národním a celoevropském kontextu.²¹

Kromě Rady Evropy působí v této oblasti také orgány Evropské unie a zavádí zásadu rovného zacházení s osobami bez ohledu na náboženské vyznání nebo víru. Zahrnutí článku 13 do Amsterodamské smlouvy (1997), položilo základní kámen evropských antidiskriminačních zákonů, neboť zmocňuje Společenství „*přijmout vhodná opatření k boji proti diskriminaci na základě pohlaví, rasového nebo etnického původu, náboženského vyznání nebo přesvědčení, zdravotního postižení, věku nebo sexuální orientace*“.²² Rok poté, co vstoupila v platnost Amsterodamská smlouva, byly dále přijaty dvě směrnice: směrnice 2000/43/ES, kterou se zavádí zásada rovného zacházení s osobami bez ohledu na jejich rasu nebo etnický původ (směrnice o rasové rovnosti), a směrnice 2000/78/ES, kterou se stanoví obecný rámec pro rovné zacházení v zaměstnání a povolání s ohledem na náboženské vyznání nebo víru, zdravotní postižení, věk a sexuální orientaci (směrnice o rovném zacházení v zaměstnání).²³ Rozdíl v zacházení na základě náboženských důvodů může být odůvodněn, pouze pokud to představuje „*podstatný a určující profesní*

¹⁶ International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, G.A. Res. 2200 (XXI), 21 U.N. GAOR, Supp. (No. 16) 49, U.N. Doc. A/6136 at 52 (1966), v účinnosti od 3. 1. 1976; International Covenant on Civil and Political Rights, R.A. Res. 2200 (XXI) 21 U.N. GAOR, Supp. (No. 16) 52, U.N. Doc. A/6316 at 52 (1966), v účinnosti od 23. 3. 1976.

¹⁷ Viz např. *Universal Declaration of Human Rights* (UDHR), GA Res. 217/A (III), 10. 12. 1948, U.N. Doc. A/810 at 71.

¹⁸ Human Rights Committee (HRC), General Comment adopted by the Human Rights Committee under Article 40, § 4 of the ICCPR, General Comment No. 22(48), The right to freedom of Thought, Conscience and Religion, U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add. 4 (July 30, 1993), § 4.

¹⁹ UN Commission on Human Rights, Report submitted by Asma Jahangir, Special Rapporteur on freedom of religion or belief, 16 March 2005, E/CN.4/2005/61/Corr.1, § 40. Dostupné z: <<http://www.refworld.org/docid/42d66e970.html>>.

²⁰ General Comment No. 22(48), § 17.

²¹ Protocol No. 1, čl. 2 (1952).

²² Smlouva o ES, čl. 13.

²³ Směrnice o rasové rovnosti a směrnice o rovném zacházení v zaměstnání výrazně zvýšila úroveň právní ochrany proti diskriminaci, zvláštní pozornost věnuje otázkám týkajícím se opravných prostředků a vymáhání, zejména ochrany práv, důkazního břemene a sankcí. Jinými slovy, s níkým nemůže být „*zacházeno méně příznivě než je, bylo nebo by bylo zacházeno ve srovnatelné situaci*“, z důvodu jejího/jeho náboženského vyznání nebo přesvědčení. Council Directive 2000/78/EC, art. 2(2)(a), 2000 O.J. (L303) 16.

požadavek“.²⁴ Tato výjimka by měla být vykládána restriktivně a musí být posuzována s ohledem na legitimní cíle, které sleduje, a s ohledem na požadavek proporcionality.²⁵

Žádné z výše uvedených práv tak není absolutní. Antidiskriminační legislativa EU jasně stanovuje, že diskriminační opatření mohou být odůvodněna, pokud to „stanoví vnitrostátní právní předpisy, které jsou v demokratické společnosti nutné pro udržení veřejného pořádku a předcházení trestným činům, pro ochranu zdraví a pro ochranu práv a svobod druhých“.²⁶

Podobně ESLP jasně stanovuje, že je přípustné omezit svobodu projevit své náboženství, či svobodu projevu a soukromí, jsou-li tato omezení „stanovena zákonem a jsou nezbytná v demokratické společnosti v zájmu veřejné bezpečnosti, ochrany veřejného pořádku, zdraví nebo morálky nebo ochrany práv a svobod jiných“.²⁷ Základním prvkem výkladu článku Úmluvy je nalézat, zda je omezení práva zaručeného Úmluvou (první odstavec) přípustné podle druhého odstavce téhož článku, tedy zda došlo k porušení Úmluvy či ne.²⁸ Soud tedy dospívá k (jednotlivému) výkladu jejího textu tím, že nalézá a určuje, co text Úmluvy znamená v konkrétním kontextu stížnosti.²⁹ Právě v tomto momentu vstupuje do hry doktrína volné úvahy (*margin of appreciation*). Tento proces se řídí zásadou subsidiarity, což znamená, že štrasburský soud je při posuzování, zda došlo k porušení Úmluvy, oproti vnitrostátním soudům, v sekundární (nikoliv podřízené) pozici. Soud postupuje ve dvou krocích. V prvním kroku soud zkoumá význam/obsah dotčeného práva v členských státech. Pokud je nalezen společný přístup, uplatní se při rozhodování o stížnosti. Nelze-li se dopátrat jednotného postoje v členských státech, otevírá se prostor pro různou míru flexibility výkladu, který odráží situaci v dotčeném členském státu. Pokud stát prokáže, že nepřekračuje příslušný prostor pro uvážení, kterým členské státy disponují, nebude soud rozhodnutí státu omezit právo Úmluvou garantované rozporovat. Cílem je to, aby ochrana lidských práv v Evropě byla založena na společném evropském konsenzu (právu).³⁰

2. ZASAZENÍ OTÁZKY MUSLIMSKÝCH ŠÁTKŮ DO KONTEXTU ROZPRAV O SEKULARITĚ, MULTIKULTURALISMU A FEMINISMU

V posledních letech dochází k výraznému nárůstu zájmu o témata, jako je občanství, spravedlnost a uznání menšinových skupin.³¹ V první vlně literatury o právech menšin

²⁴ Směrnice Rady 2000/78 / EC, čl. 4, 2000 O.J. (L303) 16.

²⁵ Směrnice Rady 2000/78 / ES, pmb. 23, 2000 O.J. (L303) 16.

²⁶ Čl. 2 (5) směrnice 2000/78/ES, 27. listopadu 2000 [2000] L 303/16, kterou se stanoví obecný rámec pro rovné zacházení v zaměstnání a povolání.

²⁷ Článek 9 EÚLP, viz rovněž články 8 až 10 EÚLP.

²⁸ „Balancing is the main method, used by a number of constitutional courts around the world to resolve conflicts of fundamental rights. The European Court of Human Rights routinely balances human rights against each other and against conflicting public interests; it has elevated proportionality to the status of a basic principle of interpretation of the European Convention on Human Rights (ECHR).“ TSAKYRAKIS, S. Proportionality: An assault on human rights? *International Journal of Constitutional Law*. 2009, Vol. 7, s. 468.

²⁹ *Golder v. The United Kingdom*; ECHR 21-Feb-1975.

³⁰ AGHA, P. Herkulovo dilema. *Právník*. 2012, roč. 151, č. 10, s. 1104–1121.

³¹ KYMLICKA, W. *Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights*. Oxford: Oxford University Press, 1995; KYMLICKA, W. *Politics in the Vernacular: Nationalism, Multiculturalism, and Citizenship*. Oxford: Oxford

(od konce osmdesátých let) argumentovali teoretici práva a společenských věd ve prospěch vytváření prostoru pro uznání a přijetí náboženských a kulturních rozdílů a snažili se o de-konstrukci myšlenky „etno-kulturní neutrality státu“. ³² Liberálně-kulturní pozice tvrdí, že zájmy související s kulturou „*jsou plně v souladu s liberálními principy svobody a rovnosti*“ ³³ a že neexistuje žádný důvod, proč by liberální demokratické státy nemohly tolerovat náboženské rozdíly. Zvláštní právní ustanovení, jako například veřejná podpora minoritních jazyků a náboženských praktik nebo výjimky z obecných právních předpisů, jako je například halál porážka a uznání náboženských svátků minoritních skupin, by měla umožnit těmto skupinám praktikovat odlišné způsoby života a ve svém důsledku podporovat autonomii jednotlivých migrantů. ³⁴ Z této perspektivy je cílem multikulturního občanství poskytnout takovým skupinám „vnější ochranu“ a neukládat jim „vnitřní omezení“. ³⁵

Literatura této tradice poukazuje na tři modely občanství, které s sebou nesou různé formy správy náboženské a kulturní rozmanitosti ve společnosti. ³⁶ Francouzský občanský asimilační model předpokládá začlenění migrantů jako občanů, nabízí relativně snadný přístup k občanství (*ius soli*), ale nepodporuje kulturní a náboženské rozdíly. Německý a rakouský etnicko-kulturní model je založen na původu (*ius sanguinis*) a staví spíše než na akceptaci společných hodnot a zásad na ustavení přísných požadavků, které musejí imigranti naplnit. Konečně, multikulturní model podporuje kulturní a náboženskou rozmanitost tím, že poskytuje poměrně snadný přístup k občanství a uznává kulturní rozdíly (např. v Nizozemsku a ve Spojeném království). Tato tradice potom předpokládá, že je velmi pravděpodobné, že země s *ius soli* občanstvím a multikulturním přístupem se mnohem otevřenějším způsobem vypořádají s kulturními a náboženskými rozdíly ve společnosti; země s režimem etnicko-kulturního občanství pak více omezují život menšin ve společnosti. Země, které uznávají muslimské náboženské komunity, by tedy měly být více tolerantní k muslimským náboženským symbolům ve veřejné sféře, než země, kde muslimská náboženská společenství nemají veřejné postavení, a nemají tak přístup k politickým debatám. ³⁷

Koncem devadesátých let však nabyla debata o právech menšin jiného tónu. Zásadní článek s názvem *Is multiculturalism bad for women?*, ³⁸ obrací pozornost zejména na porušování (lidských) práv uvnitř takto definovaných skupin (např. zachovávání patriarchy). Uznání skupinové kulturní a náboženské odlišnosti a ustavení (zvláštních) skupinových práv, výjimek a oblastí autonomie, vyjádřených respektem ke kulturně podmíněným odlišnostem, může být hrozbou zejména pro rovné postavení žen, jejich hlasu

University Press, 2005; PAREKH, B. *Rethinking Multiculturalism: Cultural Diversity and Political Theory*. Cambridge: Harvard University Press, 2002.

³² KYMLICKA, W. *Politics in the Vernacular: Nationalism, Multiculturalism, and Citizenship*, s. 34.

³³ KYMLICKA, W. – HE, B. (ed.). *Multiculturalism in Asia*. Oxford: Oxford University Press, 2005, kapitola 2.

³⁴ KYMLICKA, W. *Politics in the Vernacular: Nationalism, Multiculturalism, and Citizenship*, s. 30.

³⁵ KYMLICKA, W. *Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights*, kapitola 3.

³⁶ SAHARSO, S. *Headscarves: A comparison of public thought and public policy in Germany and the Netherlands. Critical Review of International Social and Political Philosophy*. 2007, 10 (Special issue), s. 513–530.

³⁷ KOOPMANS, R. – STATHAM, P. (eds). *Challenging Immigration and Ethnic Relations Politics: Comparative European Perspectives*. Oxford: Oxford University Press, 2000.

³⁸ OKIN, S. M. *Is Multiculturalism Bad for Women?* In: Joshua Cohen – Matthew Howard – Martha C. Nussbaum (eds). *Is Multiculturalism Bad for Women?* Princeton: Princeton University Press, 1999, s. 9–24.

a viditelnosti jak uvnitř těchto komunit, tak i ve veřejné sféře. Multikulturní paradigma nedosahuje do tzv. soukromé sféry menšinových skupin, a tím podkopává individuální autonomii žen. Liberální stát by tedy neměl přiznávat zvláštní práva menšinovým skupinám, obzvlášť pokud jsou respektované tradiční hodnoty v rozporu např. s právy žen, jejich svobodou, autonomií a možností volby.

Tento text a argumenty v něm přednesené vyvolaly bouřlivé debaty; nejsilnější kritika zazněla zejména z postkoloniálních a multikulturalistických feministických pozic.³⁹ Terčem kritiky bylo zejména to, že autorčino zjednodušené pojetí kultury přispívá k budování radikální „jinakosti“ (*other-ness*), která přispívá ke vnímání členů těchto komunit „jako hluboce odlišných“, které se navíc řídí premoderními a patriarchálními zásadami.⁴⁰ Ženy pocházející z těchto komunit jsou tedy podle kritiků konstruovány jako pouhé oběti, které nedisponují „agency“ a potřebují ochranu většinové společnosti.⁴¹ Multikulturalistický feminismus tvrdí, že zákaz šátek by mohl privatizovat identitu těchto žen a uvěznit by je v jejich komunitách.⁴² Významné představitelky kritické a feministické teorie jako Judith Butler a Wendy Brown ukazují, jak zavádějící je přemýšlet o genderu bez ohledu na rasu, stejně jako je zavádějící přemýšlet o rase bez vztahu ke genderu a sexualitě.⁴³ Jinými slovy, lidská (a právní) subjektivita jsou komplexní a nedělitelné do odlišných konstitutivních kategorií diskurzivních a normativních systémů, které je vnímají jako atomizovanou a samostatně stojící entitu/subjekt.⁴⁴ Je tedy mnohem produktivnější pojímat „jednotlivce“, jeho postavení ve společnosti a diskurz práva ve vzájemném spojení.

Různé identity (zejména jejich konstrukce) a různé souvislosti, které se k tvorbě takových identit vztahují, jsou vzájemně konstitutivní a vzájemně provázané. Jinými slovy, je třeba chápat jedince jako někoho, jehož subjektivita je utvářena v různých diskurzech, a to vždy v určitém sociálním a historickém kontextu a ve vztahu k němu.⁴⁵

3. JUDIKATURA ESLP

Přítomnost náboženských symbolů ve veřejném prostoru se týká zejména nošení muslimského šátku a sikhského turbanu, a to na různých místech, jako jsou školy a pracoviště, nebo na fotografiích v oficiálních úředních dokumentech. V některých evropských zemích, jako je Německo, Itálie, Španělsko a Švýcarsko, se také diskutuje o přítomnosti křížů ve školách, v soudních síních a dalších veřejných budovách.⁴⁶ Další náboženské symboly, jako jsou např. budovy, lze tak považovat za podobný případ, viz např. známý případ švýcarského zákazu minaretů přijatého v roce 2009.

³⁹ SHACHAR, A. *Feminism and Multiculturalism: Mapping the Terrain*. In: David Owen – Anthony Laden (eds). *Multiculturalism and Political Theory*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, s. 117.

⁴⁰ PHILLIPS, A. *Multiculturalism without Culture*. Princeton University Press, 2007, s. 2, 24.

⁴¹ SHACHAR, A. Two Critiques of Multiculturalism. *Cardozo Law Review*. 2001, 23, s. 253–297.

⁴² SHACHAR, A. *Feminism and Multiculturalism: Mapping the Terrain*, s. 128.

⁴³ Např. BUTLER, J. *Bodies that matter: On the discursive limits of „sex“*. New York: Routledge, 1993; BROWN, W. *States of Injury: Power and Freedom in Late Modernity*. Princeton: Princeton University Press, 1995.

⁴⁴ BROWN, W. *States of Injury: Power and Freedom in Late Modernity*, s. 25.

⁴⁵ YOUNG, I. M. *Inclusion and Democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2000.

⁴⁶ MANCINI, S. The Power of Symbols and Symbols as Power: Secularism and Religion as Guarantors of Cultural Convergence. *Cardozo Law Review*. 2009, 30, s. 2629.

Národní politické kultury se do značné míry podílejí na konstrukci (univerzálních) pojmů, které poté rámují rozsah svobody náboženského vyznání, tedy zejména pojmy jako jsou sekularismus nebo veřejný pořádek. V Evropě lze již tradičně kontrastovat francouzskou situaci s tou britskou. Zatímco Francie od roku 2004 prosazuje obecný legislativní zákaz jakýchkoli viditelných náboženských znamení ve veřejných školách,⁴⁷ Velká Británie přítomnost muslimských šátků a sikhských turbanů v britských třídách nijak neomezuje.⁴⁸ Typický pro britskou situaci je případ Shabina Begum,⁴⁹ který se týkal dospívající muslimské školačky, která chtěla, namísto hidžábu, nosit na půdě školy šátek (džilbáb), který nebyl součástí seznamu alternativ pro školní uniformu.⁵⁰ Mezi těmito dvěma póly najdeme celou škálu dalších národních předpisů a postupů,⁵¹ a to i přesto, že se jedná o země se srovnatelnými ústavními principy sekulární neutrality.

Znění článku 9 jasně stanovuje, že jednotlivci mají právo nejen věřit, ale svojí vírou také projevat. Soud dal opakovaně jasně najevo, že „*právo na svobodu náboženského vyznání pro účely této Úmluvy vylučuje to, aby stát posuzoval legitimitu náboženské víry nebo způsoby, jakými je tato víra vyjadřována*“.⁵² To však neznamená, že takový projev může mít jakoukoliv formu,⁵³ právo projevat své náboženství nepokrývá všechny úkony, které mohou být spojeny s vírou.⁵⁴ Ve stížnosti Ahmet Arslan and Others v. Turecko⁵⁵ posuzoval soud případ, kdy členský stát odsoudil členy skupiny, kteří se za účelem účasti na náboženském obřadu shromáždili před mešitou v oděvu charakteristickém pro jejich náboženskou skupinu; následně byli odsouzeni za porušení zákona, který zakazuje nošení některých typů náboženského oděvu na místech přístupných široké veřejnosti. Jedním z důvodů, proč soud shledal porušení čl. 9, byla ta skutečnost, že dané osoby, které se z náboženských důvodů shromáždily před mešitou, nebyly státními úředníky, ani osoby v jiné veřejné funkci, jejich oděv neohrožoval veřejný pořádek, jejich jednání tedy neotevíralo prostor pro uvážení států, který předpokládá druhý odstavec článku 9.

V sérii rozhodnutí ESLP opakovaně stanovil, že zákazy šátků spadají do tzv. „prostoru pro uvážení“ státu regulovat prostředky, které slouží k dosažení legitimního cíle zachovat

⁴⁷ C. EDUC. L. 141-5-1, Mar. 15, 2004 (consol. Feb. 12, 2009).

⁴⁸ *Mandla (Sewa Singh) v. Dowell Lee*, [1983] 2 A.C. 548 (H.L.).

⁴⁹ *Begum (By Her Litigation Friend, Rahman) v. Headteacher, Governors of Denbigh High Sch.*, [2006] UKHL 15, [2007] 1 A.C. 100.

⁵⁰ MALIK, M. Religious Discrimination. In: N. Bamforth – M. Malik – C. O’Cinneide (eds). *Discrimination Law: Theory and Context*. Sweet & Maxwell, 2008, s. 921–934.

⁵¹ Bundesverfassungsgerichts [BVerfGE] [Federal Constitutional Court] Sept. 24, 2003, 2 Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts [BVfGE] 1436/02 (FR.G.) in: MAHLMANN, Matthias. Religious Tolerance, Pluralist Society and the Neutrality of the State: The Federal Constitutional Court’s Decision in the Headscarf Case. *German Journal of Law*. 2003, 4, 1099 n.1, s. 1099–1116. McGOLDRICK, D. *Human Rights and Religion: The Islamic Headscarf Debate in Europe*, s. 115–118.

⁵² *Metropolitan Church of Bessarabia and Others v. Moldova* 2001-XII; 35 EHRR 306, para 116.

⁵³ *Arrowsmith v. United Kingdom* Komise uvedla, že čl. 9 „*did not give individuals the right to behave in the public sphere in compliance with all the demands of their religion or belief*“ (19 DR 5 (1978); 3 EHRR 218. Také *C v. United Kingdom* 37 DR 142 (1983) nebo *Kalac v. Turkey* 1997-IV; 27 EHRR 552).

⁵⁴ „*Article 9 lists a number of forms which manifestation of one’s religion or belief may take, namely worship, teaching, practice and observance (...) [it] does not always guarantee the right to behave in public in a manner governed by that belief. The word ‘practice’ used in Article 9(1) does not denote each and every act or form of behavior motivated or inspired by a religion or belief.*“ (*Pichon and Sajous v. France* 2001-X, para 371). Nebo také *Ahmad v. United Kingdom* (4 EHRR 126) a *Stedman v. United Kingdom* (89-A DR 104 (1997); 23 EHRR CD168).

⁵⁵ *Ahmet Arslan and Others v. Turkey*. Application No 41135/98.

neutrální a sekulární charakter (středního) vzdělávání.⁵⁶ V kauzách Dogru v. Francie⁵⁷ a Kervanci v. Francie⁵⁸ ESLP rozhodl, že vyloučení studentky ze střední školy kvůli tomu, že odmítla sejmout šátek během hodin tělesné výchovy, je v souladu s požadavky sekularismu.⁵⁹ ESLP rovněž zkoumal otázku přípustnosti šátků na hlavách učitelek, zabýval se však spíše otázkou přípustnosti stížnosti, než jejím meritem.

Stížnost učitelky základní školy, která konvertovala k islámu až poté, co byla přijata na pozici učitelky,⁶⁰ ukazuje, jakým způsobem soud postupoval v těchto kauzách. Soud rozhodl, že zákaz šátků lze považovat v zásadě za oprávněný a přiměřený legitimnímu cíli zajištění neutrality státního základního školství a k ochraně „*práv a svobod druhých, veřejného pořádku a veřejné bezpečnosti*“.⁶¹ Stejně tak soud zamítl žalobu docentky na univerzitě v Istanbulu, která byla, z důvodu nošení šátku v práci, podrobena disciplinárnímu řízení.⁶² Soud tedy zaujímá postoj, že demokratický stát je oprávněn vyžadovat od svých státních zaměstnanců loajalitu k ústavním principům, na nichž stát stojí, a protože neutralita je ústavní princip tureckého státu, zásady odívání („*dress-code*“) turecké univerzity jsou v souladu s prostorem států pro uvážení v prosazování principů sekularismu.⁶³

4. SYMBOLY A JEJICH VÝZNAMY

Klíčovým momentem se tedy zdá být to, jaké argumenty vstupují do procesu ospravedlnování samotného omezení. Jinými slovy jde o to, jaký (specifický) význam připisujeme přítomnosti šátků ve veřejném prostoru s ohledem na druhý odstavec čl. 9. Kontext tedy hraje důležitou roli v tom, jak přítomnost šátku ve veřejném prostoru konceptualizujeme.⁶⁴ Ačkoli každá žena, která nosí muslimský šátek, má jistě specifickou sadu důvodů, tyto důvody jsou často velmi osobní a velmi specifické (a tudíž partikulární); ospravedlnění zákazu v řízení před soudem však stojí zejména na tom, s jakým obecným/univerzálním významem takový doplněk oděvu, respektive akt jeho nošení, spojujeme (např. ve veřejném prostoru).

Akt nošení šátku je běžně zpodobňován jako výraz genderového apartheidu, nekompromisní prioritace náboženské identity nad všemi ostatními komponenty osobnosti,

⁵⁶ Köse v. Turecko, 2006-II Eur. Ct. HR 311.

⁵⁷ Dogru v. Francie, App. No. 27058/05, Eur. Ct. HR (2008).

⁵⁸ Kervanci v. Francie, App. No. 31645/04, Eur. Ct. HR (2008).

⁵⁹ „*That the disciplinary proceedings against the applicant fully satisfied the duty to undertake a balancing exercise of the various interests at stake ... [since] the ban was limited to the physical education class.*“ Id. 21 „*to ensure that, in keeping with the principle of respect for pluralism and the freedom of others, the manifestation by pupils of their religious beliefs on school premises did not take on the nature of an ostentatious act that would constitute a source of pressure and exclusion.*“ (Dogru, App. No. 27058/05, at 20–21; Kervanci, App. No. 31645/04, 21–22.)

⁶⁰ Dahlab v. Švýcarsko, 2001-V Eur. Ct. HR 449.

⁶¹ Id. „*appear[ed] difficult to reconcile (...) Islamic headscar[ves] with the message of tolerance, respect for others and, above all, equality and non-discrimination that all teachers in a democratic society must convey to their pupils.*“ Id. Zákaz je tedy „*not unreasonable*“ a „*the Geneva authorities did not exceed their margin of appreciation (...) having regard (...) to the tender age of the children for whom the applicant was responsible as a representative of the State.*“ Id.

⁶² Kurtulmu v. Turecko, 2006-II Eur. Ct. HR 297, 311.

⁶³ Id. na 307.

⁶⁴ McGOLDRICK, D. *Human Rights and Religion: The Islamic Headscarf Debate in Europe*, s. 16–23.

stejně jako odmítání sekulární, liberální demokracie. To, jak příjemci těchto (symbolických) aktů jednotlivců ve veřejném prostoru vnímají jejich přítomnost, často nemusí korespondovat s tím, jak je vnímá ten, kdo tyto akty činí, respektive kdo takový šátek nosí,⁶⁵ avšak pro právo není neobvyklé, že hledá a katalogizuje (kontextualizuje) význam(y) do předem existujících kategorií. Zákony, které upravují zobrazování náboženských symbolů (podmínky jejich omezení) a jejich následná aplikace (rozhodování o tom, zda konkrétní slovo, činnost nebo veřejné zobrazení je možné omezit či zakázat, či zda je ochranyhodné), do značné míry musejí spoléhat na význam, který takovému symbolu, v konkrétním kontextu, může rozumně uvažující pozorovatel přisoudit; pro právo není možné zaměřit se výhradně na význam, který takovému aktu přisuzuje jedna osoba.⁶⁶

Významy (domnělé i skutečné), které jsou aktu zakrytí části těla ve veřejných debatách přisuzovány, a právní následky, které taková konceptualizace aktu zahalení vyvolává, potom naopak vyvolávají obtíže při procesu „szívání“⁶⁷ těch částí populace, ve které je akt zahalení např. výrazem zbožnosti, či výrazem příslušnosti k určité kulturní tradici. To má pochopitelně za následek, že ve chvíli, kdy začneme závoj konceptualizovat jako prioritizaci náboženské identity na úkor členství v širší společnosti, stává se pochopitelně neslučitelným s principy sekulární liberální demokracie a evropské (historicko-kulturní) identity.

Anthony Giddens o identitě hovoří jako o „vyprávění o sobě samém“.⁶⁸ Naše identita je tak vlastně příběh, který jednak vyprávíme sobě samým o sobě, stejně tak i svému okolí, prostřednictvím různých nástrojů a identifikací s již existující škálou identity a jejich projevů. Takový příběh je částečně objektivní a reálný, částečně smyšlený a subjektivní. Identita je možná subjektivní příběh, ale stojí na odkazu k určitým ustáleným obsahům a významům, které společnost, které je tento příběh vyprávěn, široce sdílí.

Dalším aspektem role a funkce identity, je její performativní povaha. Veřejný prostor je místem formování identity, kde se jak prostřednictvím její subjektivní reprezentace (tedy, identita se tvoří na základě subjektivních a jednosměrných aktů), tak i jejího uznávání jako legitimní součásti veřejného prostoru, vytváří její obsah a postavení ve společenské hierarchii. Muslimové v evropské veřejné sféře však vytvářejí nové formy subjektivity, které neodkazují na sdílenou kolektivní paměť a paletu identit, které tvoří běžnou součást té tzv. evropské demokratické představitosti; přistěhovalci jsou odlišní od tradičních evropských kultur, hodnot a vnímání. Sebeidentikace těchto jednotlivců s již existující paletou většinou uznávaných identit je velmi obtížná, až nemožná, neboť se často nedokáží beze zbytku vepsat do jejich existujících obsahů. Možná i proto dochází často k tomu, že identita nově příchozích je spíše utvářena obrazotvorností zemí, do kterých tyto identity nově přicházejí, než samotnými jednotlivci a skupinami.

Jazyk EÚLP a výkladové techniky, které ESLP používá pro rozhodování v těchto kauzách, tedy např. první odstavec čl. 9 (svoboda myšlení, svědomí a náboženského vyznání), který stanovuje právo jednotlivce na ochranu Úmluvou zaručeného práva,⁶⁹ je pevně

⁶⁵ A Feminist beneath the Niqab? *The Innocent Smith Journal*. 13 June 2010. Dostupné z: <<http://innocentsmithjournal.wordpress.com/2010/06/13/a-feminist-beneath-theniqab/>>.

⁶⁶ *Otto-Preminger-Institut v. Austria* A 295-A (1994); 19 EHRR 34 a *Wingrove v. United Kingdom* 1996-V; 24 EHRR 1.

⁶⁷ *S.A.S. v. France*, para 115.

⁶⁸ GIDDENS, A. *Modernity and Self-Identity. Self and Society in the Late Modern Age*. Cambridge: Polity Press, 1991.

ukotven v kontextu (demokratické) společnosti,⁷⁰ který umožňuje určovat míru, s níž lze toto právo uplatňovat. Skutečnost, že identity ve veřejném prostoru, a na ně navazující práva, jsou především výsledkem celospolečenského konsenzu, který ve společnosti převládá, respektive výsledkem interakce dominantních (původních identit) s těmi menšinovými (nově příchozími), z nichž se potom odvozuje i postavení a míra uznání toho, do jaké míry se ty nové, či okrajové identity stanou součástí té identity kolektivní, ukazuje na možnou existenci jistých neviditelných hranic, které vznikají a uplatňují vliv na to, kdo a jaké hodnotové rámce definují „společenství“ občanů a jeho příslušníky.

Legitimizace zákazů s odkazem na druhý odstavec čl. 9 se často opírá o myšlenku, že závoj má jeden (konkrétní) význam a že tento kus oděvu symbolizuje hodnoty a postoje (aktivitu), jež jsou neslučitelné s liberálně demokratickou společností. Jako příklad lze uvést dominantní conceptualizaci šátku, která zdůrazňuje to, že závoj zakrývající tvář nositelky, popírá zásadu rovnosti mužů a žen, neboť vymazává ženy z veřejného prostoru. Tyto přisuzované či nahlížené významy (ať skutečné či nikoliv) mohou mít za následek, že ve společnosti, která vyjádřila závazek ke genderové rovnosti, je nošení závoje vnímáno ve smyslu druhého odstavce čl. 9, tedy nezbytné „*v demokratické společnosti v zájmu veřejné bezpečnosti, ochrany veřejného pořádku, zdraví nebo morálky nebo ochrany práv a svobod jiných*“. Zakrytí tváře však může mít také jiný význam, může se například jednat o svobodnou volbu ženy, tedy nikoliv o důsledek dominance mužů nad ženami. Taková volba však může být také vnímána jako akt nadřazení partikulární identity (absolutní prioritá náboženské identity) na úkor identity příslušníka společnosti, do které vstupuje, tedy identity občana, který se účastní komunikace s ostatními členy společnosti.

5. SAS V. FRANCIE

Z hlediska judikatury ESLP je náboženství dlouhodobě nahlíženo jako soukromá činnost, která v kontextu veřejného prostoru ustupuje potřebám komunitního života. Na stranu druhou však musí stát prokázat zvláštní (nepochybnou) potřebu omezit konkrétní manifestaci náboženství; musí prokázat, že se omezení týká obzvláště citlivých kontextů, jako jsou např. veřejné vzdělávací instituce. V případech Dahlab (učitelka střední školy) nebo Sahin (studentka medicíny) soud dospěl k závěru, že hidžáb je v rozporu s rovností žen a mužů. Blanketní odmítnutí posoudit přítomnost šátku ve veřejné debatě jinak než jako výraz náboženského útlaku, který, jaksi inherentně, diskriminuje ženy, představuje dlouhodobý trend v judikatuře soudu. Nicméně v případě SAS v. Francie se ESLP vydal jinou cestou. Dochází tak k zajímavému momentu, kdy hidžáb (pokrývka vlasů) byl opakovaně posouzen jako součást oděvu, která je v přímém rozporu s rovností žen a mužů, avšak burka (zakrytí celého obličeje) již symbolem útlaku žen (muži) není.

⁶⁹ „Každý má právo na svobodu myšlení, svědomí a náboženského vyznání; toto právo zahrnuje svobodu změnit své náboženské vyznání nebo přesvědčení, jakož i svobodu projevovat své náboženské vyznání nebo přesvědčení sám nebo společně s jinými, ať veřejně nebo soukromě, bohoslužbou, vyučováním, prováděním náboženských úkonů a zachováváním obřadů.“

⁷⁰ „Svoboda projevovat náboženské vyznání a přesvědčení může podléhat jen omezením, která jsou stanovena zákony a která jsou nezbytná v demokratické společnosti v zájmu veřejné bezpečnosti, ochrany veřejného pořádku, zdraví nebo morálky nebo ochrany práv a svobod jiných.“

Jádrem stížnosti je francouzský zákon, který kriminalizuje zakrytí celého obličeje závojem.⁷¹ Stěžovatelka namítá, že francouzský zákon porušuje její práva: na ochranu před nelidským či ponižujícím zacházením (článek 3 EÚLP), na soukromý život (článek 8), projevat náboženské vyznání (článek 9 EÚLP), svobodu sdružování a shromažďování (článek 11 EÚLP) a zákaz diskriminace (článek 14 EÚLP). Podle francouzského zákona, který vstoupil v platnost v říjnu 2010, může být těm, které budou mít na veřejnosti zakrytý celý obličej závojem, s výjimkou míst pro konání bohoslužeb, uložena pokuta až do výše 150 €; těm, kteří budou shledáni vinnými z donucování ostatních, aby takový závoj nosily, může být uložena pokuta až do výše 30.000 € a rok ve vězení. Dále ten, kdo poruší zákon, je povinen zúčastnit se povinného školení občanství, jehož náplní je připomenout odsouzeným „*republikánské hodnoty tolerance a úcty k lidské důstojnosti*“.⁷²

Veřejná bezpečnost a „*respekt pro minimální soubor hodnot otevřené a demokratické společnosti*“ je podle ESLP právě tou hodnotou, která převáží právo žadatelky projevat své náboženství. Tyto hodnoty jsou, v kontextu této stížnosti, charakterizovány jako: rovnost žen a mužů, lidská důstojnost a „*respekt k minimálním požadavkům života ve společnosti*“ nebo také k zásadám „*spolužití*“. Zatímco veřejná bezpečnost je výslovně stanovený důvod pro omezení práva garantovaného Úmluvou (v článku 8 (2) a 9 (2) EÚLP), „*respektování minimálního souboru hodnot otevřené a demokratické společnosti*“ nenachází přímočarou oporu v žádném z přípustných omezení článků 8 a 9 EÚLP,⁷³ proto tedy ESLP interpretuje toto zdůvodnění, jako součást skupiny důvodů, které spadají pod širokou kategorii „*ochrana práv a svobod druhých*“.⁷⁴ Zatímco ESLP dospěl k závěru, že zákaz burky byl předepsaný zákonem,⁷⁵ odmítl argumentaci Francie, že by zákaz byl motivován „legitimním cílem“ genderové rovnosti a lidské důstojnosti.⁷⁶ Pokud jde o rovnost žen a mužů, je ESLP toho názoru, „že smluvní stát se nemůže, v souvislosti s výkonem práva zakotveného v ustanoveních Úmluvy, dovolávat rovnosti žen a mužů, aby tak zdůvodnil zákaz praxe, kterou samy ženy (jako např. stěžovatelka) obhajují“.⁷⁷ Tento argument představuje významný odklon od dosavadní judikatury. Ve stížnosti Dahlab v. Švýcarsko měl ESLP ještě za to, že hidžáb je ženám vnucován.⁷⁸ Tato konceptualizace se stala předmětem kritiky, za všechny jmenujme např. disentuující stanovisko soudkyně Tulkens ve stížnosti Leyla Sahin v. Turecko.⁷⁹

Odmítnutí argumentu francouzské vlády, že zákaz burky je nezbytnou podmínkou ochrany lidské důstojnosti, je důležitým indikátorem změny v přístupu soudu. ESLP také poukázal na nedostatek důkazů, které by podpořily tvrzení Francie, že ženy, které nosí závoj, který zakrývá celý obličej, tak vyjadřují pohrdání vůči těm, se kterými se setkávají,

⁷¹ Loi no 2010–1192 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public, JO 12.

⁷² Open Society Foundations. *S.A.S. v. France: Criminal Penalty for Wearing a Full-Face Veil in Public Spaces*.

⁷³ Para 116–117.

⁷⁴ Para 117.

⁷⁵ Para 112.

⁷⁶ Para 119–120.

⁷⁷ Para 119.

⁷⁸ „Appears to be imposed on women by a precept which is laid down in the Koran and which (...) is hard to square with the principle of gender equality.“

⁷⁹ „It is not the Court's role to make an appraisal of this type – in this instance a unilateral and negative one – of a religion or religious practice, just as it is not its role to determine in a general and abstract way the signification of wearing the headscarf or to impose its viewpoint on the applicant.“; para 12.

a že taková součást oděvu je v rozporu s důstojností ostatních.⁸⁰ Soud dále uznal, že možnost vyjádření kulturní identity přispívá k rozvoji pluralismu, který je inherentní součástí všech demokratických režimů. Zdůraznil také, že posouzení toho, jakou roli v životě jednotlivce i společnosti burka hraje, závisí především na naší perspektivě.⁸¹ Zatímco argumentace rovností žen a mužů a lidskou důstojností nebyla shledána jako požadavek naplňující legitimní cíl, který by měl *Loi no 2010–1192* sledovat; otázka veřejné bezpečnosti a „*dodržování minimálních požadavků života ve společnosti*“ (tedy tzv. „*soužití*“), již dostatečným důvodem pro omezení práva stěžovatelky byla.⁸²

Tento závěr otevírá prostor pro test proporcionality, který zkoumá, zda omezení svobody náboženství stěžovatele bylo „nezbytné v demokratické společnosti“ a přiměřené sledovanému cíli. ESLP sice akceptoval zdůvodnění, že může být nutné, z důvodu bezpečnosti, identifikovat jednotlivce, kteří se ve veřejném prostoru pohybují,⁸³ avšak dospěl také k závěru, že omezení, na která stěžovatel poukazuje, nesledují legitimní cíl, tudíž nejsou v demokratické společnosti nezbytná. Neexistuje-li totiž reálná hrozba „obecného ohrožení veřejné bezpečnosti“, je potom plošný zákaz neúměrný.⁸⁴ ESLP tedy v tomto opět opustil své předchozí nálezy a vydal se cestou vyšší úrovně kontroly oprávněnosti omezení práva garantovaných Úmluvou.

Soud sice odmítl argumenty Francie, že omezení práv garantovaných Úmluvou je odůvodněno z důvodu zachování rovnosti žen a mužů a veřejné bezpečnosti; vyslyšel však argument, že zákaz burky sleduje legitimní cíl, kterým je vytvoření prostředí, ve kterém mohou všichni společně sdílet veřejný prostor (*living together*) ve smyslu odst. 2, tedy s ohledem na ochranu „práv a svobod druhých“ a to i přesto, že tyto pro posouzení stížnosti zásadní důvody nejsou v článku 8 (2) ani 9 (2) vyjmenovány jako důvody pro omezení práv v Úmluvě obsažených.⁸⁵ Při posuzování role zahalení obličeje (a jeho míry – typicky tedy porovnání burky, nikábu a hidžábu), dospěl soud k závěru, že tvář hraje důležitou roli v sociální interakci a proto je třeba, aby jedinci, kteří jsou přítomni ve veřejném prostoru, měli možnost navazovat a udržovat otevřenou mezilidskou interakci, která tvoří nepostradatelnou součást komunitního života v dané společnosti.⁸⁶ Poté co soud uznal, že omezení práv stěžovatelky ovlivnilo jen relativně malý počet muslimských žen,⁸⁷ a shledal, že předmětný zákon měl neutrální charakter,⁸⁸ a dospěl k závěru, že zahalování tváře je třeba považovat „za neslučitelné (...) se základními pravidly sociální komunikace a obecněji požadavky na „soužití“ ve společnosti“.⁸⁹ Z tohoto důvodu posoudil zákaz jako omezení práv, které je sledovanému cíli přiměřené⁹⁰ a dodává, že Francie měla široký prostor pro uvážení, protože zákon byl přijat v demokratickém procesu.⁹¹

⁸⁰ Para 120.

⁸¹ Para 120.

⁸² Para 115, 121–122.

⁸³ „a State may find it essential to be able to identify individuals in order to prevent danger for the safety of persons and property and to combat identity fraud“; para 139.

⁸⁴ Ibidem.

⁸⁵ Viz Dissenting opinion, para 5.

⁸⁶ Para 122.

⁸⁷ Para 145.

⁸⁸ Para 151.

⁸⁹ Para 153.

⁹⁰ Para 157.

⁹¹ Para 154.

Rozhodnutí v případě SAS v. Francie představuje zřetelný odklon od argumentů v dosavadní judikatuře soudu v otázkách práva muslimských žen nosit nábožensky motivované doplňky oblečení. Nicméně je třeba konstatovat, že nedochází k substantivní proměně postoje soudu k diverzitě v evropském veřejném prostoru jako takovému. Pojem „soužití“, který Francie, se souhlasem soudu, použila pro odůvodnění omezení některých náboženských projevů muslimských žen, může sloužit jako nástroj asimilace plurality ve společnosti. Přestože ESLP v odůvodnění opakovaně uvádí, že „*pluralita, tolerance a velkorysost jsou charakteristickými znaky „demokratické společnosti“*“, dospívá i přesto k nález, že k porušení práv žalobkyně nedošlo; legitimizuje tak zákon, který pluralitu ze sociální sféry *de facto* vylučuje. Tuto tenzi v argumentaci soudu shrnuje disentující stanovisko, které takový přístup nazývá „selektivním pluralismem“, jenž z veřejného prostoru odstraňuje to, „*co bylo vnímáno jako příčina napětí*“.⁹²

Potvrzení zákazu zahalování, který se nově neopírá o zásady rovnosti pohlaví a veřejné bezpečnosti, je jistě krokem k nápravě některých kontroverzí, které vznikaly v důsledku dřívějších rozhodnutí ESLP. Nicméně uznání potřeby vytvářet podmínky pro „soužití“ jako ospravedlnění omezení práva projevovat náboženské vyznání, je z mnoha důvodů problematické. Koncept, který nenalezneme ani v Úmluvě, ani v dosavadní judikatuře soudu, tak získává prioritu nad „*konkrétními Úmluvou zaručenými individuálními právy*“.⁹³ Zdá se, že pojem „soužití“ tak může do budoucna plnit funkci podobnou jako pojem „sekularismus“ v případě Sahin.⁹⁴

ZÁVĚR

Již existující společenské a symbolické struktury, do kterých nové identity vstupují, lze chápat jako neviditelné „hranice“, které formují a jsou formovány individuální a kolektivní představivostí dané sociální skupiny. Tyto významy, a samozřejmě jejich publikum, jsou zapojeny do složitých procesů sociální a politické výměny, která inherentně vede k tomu, že určitá skupina významů převládne nad těmi ostatními. Různé skupiny ve společnosti mají různou míru přístupu k tvorbě a šíření obrazů v zorném poli naší představivosti, která potom utváří horizont možného omezení práv, které nalzáme v dalších odstavcích předmětných článků. (Národní) Identita, jinými slovy kolektivní představivost určité skupiny, není neutrální, neboť dále posiluje rozdíly, které jsou součástí procesu vzniku významů, jež určují kontury demokratické společnosti a jež určují, které manifestace identity jsou přípustné a které nikoliv. To, čemu se dnes docela běžně říká „islamizace“ evropského veřejného prostoru, můžeme také nahlížet jako proces, v němž se tradiční identity a vyprávění o nich konfrontují s novými identitami a vyprávěními.⁹⁵ Muslimský šátek, tedy nutně není viditelným náboženským symbolem, doplňkem oblečení, které aktivně vysílá do veřejného prostoru jasně definované série významů,

⁹² „... the blanket ban could be interpreted as a sign of selective pluralism and restricted tolerance (...) It has not sought to ensure tolerance between the vast majority and the small minority, but had prohibited what is seen as a cause of tension“, para 14.

⁹³ Dissenting opinion, para 2.

⁹⁴ Para 115–116.

⁹⁵ McLOUGHLIN, S. Mosques and the public space: conflict and cooperation in Bradford. *Journal of Ethnic and Migration Studies*. 2006, Vol. 31, No. 6, s. 1045–1066, s. 1045.

jeho přítomnost je zviditelněna a zvýrazněna, jeho významy jsou (spolu)ustavovány – právě prostřednictvím partikulárního pohledu na něj – jeho určitou interpretací.⁹⁶ Hábit jeptišky nevzbuzuje stejný druh úzkosti jako muslimský šátek, neboť má jasně daný význam, který je navíc součástí našeho dlouhodobě utvářeného horizontu představivosti. Žena-imigrantka však symbolizuje především archetypální neevropskou subjektivitu, která ohrožuje převládající představu o podobě evropského projektu.⁹⁷

Rozhodnutí soudu ponechat právní úpravu přítomnosti náboženských symbolů ve francouzském veřejném prostoru nedotčenu, se vesměs dalo očekávat. Historie judikátů v této oblasti jasně ukazuje tendenci soudu spoléhat na doktrínu volného uvážení států. Navíc vzpomeňme na bouři, kterou vyvolalo prvoinstanční rozhodnutí ve věci *Lautsi v. Itálie*, která jasně ukázala nebezpečí snah ukládat národním státům autoritativní řešení citlivých otázek, jako je právě přítomnost náboženských symbolů ve veřejném prostoru.⁹⁸ Je vůbec možné uspokojivě (vy)řešit tyto otázky pouze odkazem na právo lidských práv, reprezentované štrasburským aparátem, na právu, které stojí na premise ochrany autonomie jednotlivce před tlakem společnosti?⁹⁹ Lidská práva sice tvoří prostor, ve kterém je možné utvářet významy, stejně jako umožňují pluralitní společnosti identifikovat slovník a nástroje soužití, nicméně jazyk lidských práv může přinášet do těchto diskuzí velmi problematické prvky, zejména proto, že nově příchozí vstupují do prostoru, který je utvářen řadou symbolických hranic, které společnost jak rozděluje, tak ji i zároveň vytvářejí a tyto hranice také (spolu)tvoří to, jakým obsahem lidská práva v konkrétním případě naplňujeme.

Konflikty v oblasti lidských nebo základních ústavních práv jsou vždy také místem sporu o význam hodnot společnosti, kterou reprezentují – nejsou pouze okamžikem, ve kterém se potkají dvě zásady nebo dva principy, či dvě právní normy. Přestože kauza, která se dostane ke štrasburskému soudu, vypadá jako prosté shrnutí faktů, je třeba poznamenat, že samotná fakta představují především výsledek interpretace skutečností, které se k případu váží, tedy jak vyprávění jednotlivce, který namítá porušení práv, tak i soudních orgánů dané země. Zároveň tento proces převyprávění relevantních skutečností probíhá v diskurzu práva lidských práv, který má svůj jazyk a svoje pravidla, která mají tendenci ona vyprávění redukovat do tzv. „klíčových“ skutečností a norem, které lze k jejich (roz)řešení použít. Najednou před soudem nestojí snaha o uznání odlišných identit nově příchozích a v evropském veřejném prostoru pobývajících, ale soud se najednou zabývá jednotlivcem, který v jazyce liberálního paradigmatu lidských práv a eurocentrické identity upřednostňuje určitý výraz lidské subjektivity nad jinými, a to navíc v univerzalizujícím jazyce lidských práv.

Štrasburský soud považuje svobodu náboženského vyznání a přesvědčení především za individuální právo volby, tento přístup však odráží pouze omezený aspekt náboženské

⁹⁶ VIVIAN, B. The veil and the visible. *Western Journal of Communications*. 63, 2, s. 115–139.

⁹⁷ LEWIS, G. Imaginaries of Europe, Technologies of Gender, Economies of Power. *European Journal of Women's Studies*. 2006, Vol. 13, No. 2, Spring, s. 87–102.

⁹⁸ AGHA, P. Evropský soud pro lidská práva: zobrazování náboženských symbolů. *Právní rozhledy*. 2014, roč. 22, č. 2.

⁹⁹ Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms art. 9, Nov. 4, 1950, 213 U.N.T.S. 221 [hereinafter European Convention] (protecting religious freedom, including manifestation of religious belief, subject to restrictions „prescribed by law and [] necessary in a democratic society in the interests of public safety, for the protection of public order, health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others“).

zkušenosti věřícího. Rozhodování o takto komplexních otázkách výhradně ve smyslu ochrany lidských práv jednotlivců je velmi problematické, neboť otázka míry ochrany lidských práv jednotlivce je pouze částečným vyjádřením komplexnosti těchto otázek. Sekulární stát je založen na závazku překonání náboženských rozdílů občanů v demokracii při tvorbě zákonů, které upravují poměry různorodé populace. Tento rozměr soužití v demokratické obci a její normotvorby může být jen velice obtížně vyjádřen jazykem ochrany lidských práv, který je především postaven na principu „ochrany před“. Otázkou zůstává, zda naše společná existence v pluralitní společnosti není přece jen něco více než jen spor o soubor práv, kterými disponujeme jako jednotlivci vůči společnosti, a zda je vůbec možné vyjádřit hodnoty liberální společnosti beze zbytku (negativním) jazykem ochrany lidských práv jednotlivců.

Je rolí lidských práv interpretovat problémy, kterým společnost čelí, a přicházet s instantními řešeními? Nebo je koncept lidských práv spíše pobídkou, která aktivizuje politická řešení a lze na ně spíše pohlížet jako na nástroje, které pomáhají aktivizovat a realizovat konkrétní sociální změny? Identita společnosti je tvořena příběhy, které odrážejí historickou zkušenost, která ukazuje na to, co je a co není rozumné.¹⁰⁰ Tudíž povaha a obsah tvorby příběhů, které tvoříme, není svévolná ani nahodilá, závisí na strukturách vyprávění, jimž jsou jednotlivci vystavováni, a způsobu, jakým jednotlivci přisuzují sociální a politický význam jednotlivým komponentům příběhu při jejich konstrukci.¹⁰¹ Identity, které takto vznikají, tedy stojí na pomezí mezi neutrálním popisem a etickým předpisem.¹⁰² Zákaz muslimských šátků je formálně prezentován jako zákaz symbolu, který představuje zásah do veřejného pořádku, nicméně se jeví spíše jako snaha o eliminaci určitých forem sociální subjektivity a vyjadřování partikulární identity nově příchozích členů evropských společenství. V tomto světle již nejsou lidská práva zárukou pluralismu, ale právě hradbou, která stojí v cestě jeho realizace.

¹⁰⁰ BRUNER, J. *Making Stories: Law, Literature, Life*. Harvard University Press, 1990.

¹⁰¹ „Self-understanding is an interpretation; interpretation of the self, in turn, finds in the narrative, among other signs and symbols, a privileged form of mediation; the latter borrows from history as well as from fiction, making a life story a fictional history or, if one prefers, a historical fiction, interweaving the historiographic style of biographies with the novelistic style of autobiographies.“, RICOEUR, P. *Oneself as Another*. Chicago: The University of Chicago Press, 1992, s. 114.

¹⁰² *Ibidem*, s. 114–115, s. 152–168.

Muslim Headscarves in European Public Space

Petr Agha

***Abstract:** The presence of religious symbols in the public space of European countries represents a source of intense debates about the nature of public space in the EU countries, and especially about the role of human rights in multicultural societies based on liberal values. The ongoing disputes over the form of legislation on the presence of religious symbols raise questions on how to define and apply the presence of religion in public debates and on the role of religion in European societies. Robust religiosity of many members of immigrant communities in many European countries raises difficult questions about how to define the boundary between law, society and faith. This development, in particular the attempts at re-defining entrenched cultural norms of restraint in the public expression of faith represents a major challenge for European human rights law.*

***Key words:** democracy, Human rights, secularism, multiculturalism, public space, religious symbols*