

Zpráva o šetření

ve věci podnětu pana A. N.

A. Předmět podnětu

Dne 12. 7. 2010 se na veřejného ochránce práv obrátil v zastoupení advokáta Mgr. P. Č. se svým podnětem pan A. N., nar. 1978, státní příslušnost Tunisko (bytem XXXXX (dále jen „stěžovatel“), se stížností na postup Zastupitelského úřadu ČR v Tunisku (dále jen „ZÚ Tunis“) a Ministerstva zahraničních věcí (dále jen „MZV“).

Ve svém podnětu stěžovatel uvedl, že se svojí manželkou M. N. (nar. 1967, bytem XXXXX) uzavřeli dne 16. 3. 2010 v Tunisku sňatek. Manželé se rozhodli společně žít v České republice, proto následně stěžovatel zažádal o udělení víza k pobytu do 90 dnů jako rodinný příslušník občana EU (ČR). Tato žádost č. TUNI201004010001 byla dne 21. 4. 2010 ZÚ Tunis zamítnuta (zaškrtnutím příslušného pole na formuláři) na základě důvodu, že „*v době hodnocení této žádosti o vízum kompetentní úřad státu oprávněným způsobem odhalil falšování nebo podvod.*“ Proti neudělení víza se stěžovatel bránil dne 10. 5. 2010 podáním žádosti o nové posouzení důvodů neudělení víza ve smyslu ustanovení § 56 odst. 5 a 6 zákona č. 326/1999 Sb., o pobytu cizinců na území České republiky, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o pobytu cizinců“). MZV dne 28. 6. 2010 rozhodnutí ZÚ Tunis potvrdilo s odůvodněním, že rozhodnutí ZÚ Tunis je v souladu s čl. 32 odst. 1 písm. b) nařízení EP a Rady č. 810/2009 o kodexu Společenství o vízech (Vízový kodex).

Stěžovatel podal dne 24. 5. 2010 rovněž novou žádost o udělení víza (č. TUNI201005240001 ze dne 8. 6. 2010), která byla ZÚ Tunis zamítnuta dne 8. 6. 2010.

S ohledem na obsah podnětu se veřejný ochránce práv rozhodl v souladu s ustanovením § 14 zákona č. 349/1999 Sb., o veřejném ochránci práv, ve znění pozdějších předpisů (dále také „zákon o veřejném ochránci práv“), zahájit v dané věci šetření. Jeho smyslem bylo prozkoumat dodržení zákonnosti při zamítnutí stěžovatelových žádostí o vízum.

B. Průběh šetření

(skutkové a právní okolnosti případu zjištěné během šetření)

V dané věci se dne 23. července 2010 veřejný ochránce práv obrátil prostřednictvím JUDr. Miloše Valáška, vedoucího oddělení veřejného pořádku, justice a financí, na JUDr. Alexandra Slabého, velvyslance České republiky v Tunisku, a Mgr. Jana Vyčítala, ředitele odboru konzulárních koncepcí a metodiky MZV. V souladu s ustanovením § 15 odst. 2 písm. b) a c) zákona o veřejném ochránci práv je požádal

o zaslání kompletní kopie spisového materiálu k výše uvedeným žádostem a o sdělení písemného stanoviska ke skutečnostem uváděným stěžovatelem. Zároveň požádal ZÚ Tunis o podání informací a spisového materiálu ve věci rozhodnutí o druhé žádosti stěžovatele o udělení víza č. TUNI201005240001.

Dne 30. 8. 2010 obdržel ochránce vyjádření Mgr. Jana Vyčítala (č.j. 305518/2010-KKM). Ministerstvo zahraničních věcí posoudilo rozhodnutí ZÚ Tunis o neudělení víza k pobytu do 90 dnů jako správné, v souladu s důvody uvedenými v čl. 32 Vízového kodexu, a to kvůli nesrovnalostem v pohovorech provedených se stěžovatelem a jeho manželkou, které zakládají odůvodněné riziko pro přistěhovalce na základě účelového sňatku. MZV však vytklo ZÚ Tunis, že neseznámilo stěžovatele s věcnými důvody, na jejichž základě zastupitelský úřad o zamítnutí žádosti rozhodl. Toto pochybení však zároveň neshledalo dostatečným důvodem pro nezákonnost rozhodnutí.

Přílohou odpovědi Mgr. Vyčítala byla kopie dopisu Mgr. Č. ze dne 28. 6. 2010 (č.j. 303302/2010-KKM), stanovisko ZÚ Tunis k zamítnutí žádosti (ze dne 25. 8. 2010) a kopie spisového materiálu. Ve stanovisku ze dne 25. 8. 2010 ZÚ Tunis rozvádí důvody, které vzal do úvahy při rozhodování o první stěžovatelově žádosti. Účelovému sňatku má nasvědčovat několik faktorů. Předně věkový rozdíl mezi manželi (manželce je 43 let a je o 11 let starší než stěžovatel), což zpochybňuje tvrzení, že by spolu manželé chtěli založit rodinu. Celá svatba byla iniciována ze strany stěžovatele, manželé se znají krátce a v jejich výpovědích existují zásadní rozdíly doložené zápisem z pohovoru se žadatelem. Mezi manželi existuje jazyková bariéra, stěžovatel i manželka hovoří francouzsky pouze částečně.

Ing. Pavel Bursa, CDA, a.i., ve své odpovědi ze dne 31. srpna 2010 sp. zn. 1043/2010-TUNIS odkázal na stanovisko ZÚ Tunis obsažené v příloze odpovědi Mgr. Vyčítala.

Dne 10. 9. 2010 obdržel ochránce informace a spisový materiál ve věci druhé žádosti stěžovatele o udělení víza k pobytu do 90 dnů (č. TUNI201005240001 ze dne 8. 6. 2010). Mgr. Eliška Kolářová, vedoucí konzulárního úseku ZÚ Tunis, sděluje, že v případě druhé žádosti, kterou stěžovatel podal ke dni 24. 5. 2010, ZÚ Tunis rozhodl dne 8. 6. 2010 a písemné rozhodnutí stěžovatel osobně převzal dne 21. 6. 2010. Dále uvádí, že zamítavé rozhodnutí vydal na základě informací, které byly ZÚ Tunis v té době známy, přičemž uvádí, že výsledek nového pohovoru s manželkou stěžovatele nemohl při rozhodování použít, protože mu v té době jeho obsah nebyl znám (pohovor dorazil na ZÚ Tunis až ke dni 8. 7. 2010).

C. Hodnocení postupu a rozhodování úřadu

Zákon o veřejném ochránci práv mi ukládá povinnost působit k ochraně osob před jednáním úřadů a dalších institucí uvedených v tomto zákoně, pokud je v rozporu s právem, neodpovídá principům demokratického právního státu a dobré správy, jakož i před jejich nečinností, a tím přispívat k ochraně základních práv a svobod.

Na základě dosud provedeného šetření a po prostudování spisového materiálu jsem dospěl k závěru, že další využití tzv. vyšetřovacích oprávnění, kterými v souladu

s ustanovením § 15 zákona o veřejném ochránci práv disponuji, není třeba, a věc hodnotím následujícím způsobem.

Pro pochopení specifického postavení rodinného příslušníka občana ČR v řízení o udělení víza k pobytu do 90 dnů v mezidobí od 5. 4. 2010 do 31. 12. 2010, které je rozhodné pro daný případ, je nezbytné provést následující úvahu.

Od 5. 4. 2010 je udělování víz pro průjezd přes území členských států, nebo předpokládané pobyty na tomto území nepřesahující tři měsíce během jakéhokoli šestiměsíčního období, v první řadě upraveno přímo použitelným nařízením Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 810/2009 ze dne 13. července 2009 o kodexu Společenství o vízech (dále jen „Vízový kodex“). Bližší pokyny k praktickému uplatňování Vízového kodexu obsahuje rozhodnutí Komise ze dne 19. 3. 2010 (K(2010) 1620), kterým se stanoví Příručka pro zpracování žádostí o víza a provádění změn v příslušných vízech (dále jen „Příručka“). Nicméně, Vízový kodex neřeší beze zbytku všechny procesně-právní aspekty řízení, což budu níže demonstrovat na příkladu pohovoru s žadatelem o vízum (a jeho záznamu). I nadále se tak po 5. 4. 2010 subsidiárně v souladu s ustanovením § 168 zákona o pobytu cizinců na procesní aspekty řízení o udělení víza k pobytu do 90 dnů neošetřené Vízovým kodexem uplatní speciální úprava v tomto zákoně, a následně případně i část čtvrtá¹ zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“), včetně základních zásad činnosti správních orgánů obsažených v §§ 2 až 8 tohoto předpisu.

Jelikož stěžovatel je rodinným příslušníkem občana EU (resp. ČR), je nutné vzít v úvahu rovněž směrnici Evropského parlamentu a Rady 2004/38/ES ze dne 29. dubna 2004, o právu občanů Unie a jejich rodinných příslušníků svobodně se pohybovat a pobývat na území členských států, o změně některých ustanovení (dále jen „směrnice 2004/38/ES“). Ustanovení § 15a odst. 5 zákona o pobytu cizinců² pak vnitrostátně dorovnálo postavení rodinného příslušníka občana ČR naroveň s rodinným příslušníkem občana EU.³ Jak je patrné z příslušných metodických pokynů, zastává tento výklad i MZV.⁴ I stěžovatel žádající o vstupní vízum do ČR tak může prostřednictvím vnitrostátního dorovnání plně čerpat ze záruk poskytovaných uvedenou směrnicí pro volný pohyb rodinných příslušníků občanů EU, vykládanou Soudním dvorem EU (dále také „ESD“).⁵

¹ Srov. § 154 správního řádu: „Jestliže správní orgán vydává vyjádření, osvědčení, provádí ověření, nebo činí sdělení, která se týkají dotčených osob, postupuje podle ustanovení této části, podle ustanovení části první, obdobně podle těchto ustanovení části druhé: § 10 až § 16, § 19 až § 26, § 29 až § 31, § 33 až § 35, § 37, § 40, § 62, § 63, a obdobně podle těchto ustanovení části třetí: § 134, § 137 a § 142 odst. 1 a 2; přiměřeně použije i další ustanovení tohoto zákona, pokud jsou přitom potřebná.“

² „Ustanovení tohoto zákona týkající se rodinného příslušníka občana Evropské unie se použijí i na cizince, který je rodinným příslušníkem státního občana České republiky.“

³ Tento výklad byl v minulosti potvrzen i judikaturou Nejvyššího správního soudu, srov. rozsudek tohoto soudu ze dne 27. 11. 2008, sp. zn. 3As 53/2007.

⁴ Viz. čl. 2 odst. 13 Oběžníku pro udělování víz (čj. 300757/2010-KKM ze dne 22. 2. 2010, resp. čj. 301963/2010-KKM).

⁵ Srov. i rozsudek ESD ze dne 25. července 2008 ve věci C-127/08 *Metock* a další. V tomto rozsudku dospěl ESD k závěru, že „pokud jde o rodinné příslušníky občana Unie, žádné ustanovení směrnice 2004/38 nepodmiňuje její použití skutečností, že předtím pobývali v některém členském státě“ (bod 49.), resp. že „směrnice 2004/38“ musí být „vykládána v tom smyslu, že se vztahuje na všechny státní příslušníky třetích zemí, kteří jsou rodinnými příslušníky občana Unie ve smyslu čl. 2 bodu 2 této směrnice a kteří doprovázejí nebo následují občana Unie v jiném členském státě, než je členský stát, jehož je státním příslušníkem, a přiznává jim právo na vstup a právo pobytu v tomto členském státě bez rozlišení podle toho, zda uvedený státní příslušník třetí země již legálně pobýval v jiném členském státě, či nikoli“ (bod 54.).

Směrnice 2004/38/ES je ve vztahu k Vízovému kodexu zvláštním právním předpisem (*lex specialis*).⁶ Zároveň platí, že standardy garantované směrnicí 2004/38/ES musí být na rodinné příslušníky občana ČR uplatňovány již ode dne uplynutí transpoziční lhůty, tj. k 30. dubnu 2006 (nikoli tedy až po 5. 4. 2010 v souvislosti s aplikací Vízového kodexu).

Přestože na udělení víza obecně právní nárok není, u rodinných příslušníků občanů EU (ČR) je tato zásada prolomena. Tato kategorie cizinců má nárok na vstup na území členského státu, a také právo na obdržení vstupního víza, což bylo potvrzeno i judikaturou ESD.⁷ V čl. 6 směrnice 2004/38/ES je rodinným příslušníkům občanů EU, kteří občany EU doprovázejí nebo následují, garantováno právo pobytu po dobu do tří měsíců. Podle čl. 5 odst. 1 této směrnice zaručují členské státy rodinným příslušníkům vstup na své území s platným cestovním pasem. Podle odst. 2 téhož článku je po rodinných příslušnících vyžadováno pouze vstupní vízum a členské státy poskytnou těmto osobám všechny prostředky, aby jim usnadnily získání nezbytných víz. Členské státy tak musí přijmout „všechna příslušná opatření, aby zajistily splnění povinností vyplývajících z práva na volný pohyb, a poskytnou těmto žadatelům o víza co nejlepší podmínky k získání víza pro vstup.“⁸ Vnitrostátním dorovnáním platí výše u vedené i pro rodinné příslušníky občanů ČR.⁹

Provedené úvahy jsou pro danou kauzu naprosto zásadní. Plyne z nich totiž, že s ohledem na směrnici 2004/38/ES, která je *lex specialis* k Vízovému kodexu, bylo nutné v mezidobí od 5. 4. 2010 do 31. 12. 2011¹⁰ aplikovat na zamítnutí žádosti o udělení víza rodinnému příslušníkovi občana ČR ustanovení tehdejšího § 56 odst. 4 zákona o pobytu cizinců: „Rodinnému příslušníku občana Evropské unie, který sám není občanem Evropské unie, se vízum k pobytu do 90 dnů, nebo průjezdní vízum neudělí z důvodů uvedených v odstavci 1 písm. a),¹¹ e),¹² l)¹³, nebo z důvodů

⁶ Příručka, s. 85. Srov. i čl. 1 odst. 2 písm. a) Vízového kodexu: „Ustanovení tohoto nařízení se použijí na každého státního příslušníka třetí země...aniž jsou dotčena a) práva volného pohybu, kterých požívají státní příslušníci třetích zemí, kteří jsou rodinnými příslušníky občanů Unie.“ Viz rovněž Příručka, str. 85.

⁷ Věc C-503/03, *Komise v. Španělsko*, odst. 42.

⁸ Příručka, část III., bod 4.3, str. 90.

⁹ Pro komplexní pochopení těchto nikoli jednoduchých aspektů řízení o udělení víza s rodinným příslušníkem občana ČR odkazují na PORÍZEK, P. Zpráva o šetření ve věci paní X. Y., aneb co vše se může dít v řízení o udělení víza k pobytu do 90 dnů s rodinným příslušníkem občana ČR. In *Vízová politika praxe ČR v kontextu Evropské unie. Qou vadis visum?* Sborník z vědeckého semináře uskutečněného dne 16. června 2010 v Kanceláři veřejného ochránce práv. K poctě JUDr. Otakara Motejla. Editoři: Dalibor Jílek, Pavel Pořízek, tisk a redakční zpracování Wolters Kluwer ČR, vydala Kancelář veřejného ochránce práv, 2010, str. 91-138, dostupné i v elektronické podobě na http://www.ochrance.cz/uploads/tx_odlistdocument/Vizova_politika_2010.pdf

¹⁰ Po 1. 1. 2011 jsou již v souvislosti s novelou č. 427/2010 Sb. zákona o pobytu cizinců důvody pro zamítnutí žádosti o udělení víza k pobytu do 90 dnů rodinnému příslušníkovi občana EU (ČR) uvedeny v ustanovení § 20 odst. 5: „Rodinnému příslušníkovi občana Evropské unie 1b), který sám není občanem Evropské unie a na území hodlá cestovat společně s tímto občanem Evropské unie, nebo cestovat za tímto občanem, který již na území pobývá, se krátkodobé vízum neudělí, jestliže a) předloží padělaný nebo pozměněný cestovní doklad, b) je důvodné podezření, že trpí závažnou nemocí, c) je důvodné nebezpečí, že by při pobytu na území mohl ohrozit bezpečnost státu, nebo závažným způsobem narušit veřejný pořádek, d) je zařazen do informačního systému smluvních států a příslušný orgán, který rodinného příslušníka do tohoto systému zařadil, poskytne dodatečné informace, po jejichž vyhodnocení lze mít za to, že trvá důvodné nebezpečí, že by mohl při pobytu na území jiného smluvního státu ohrozit jeho bezpečnost nebo závažným způsobem narušit veřejný pořádek, nebo e) se dopustil obcházení tohoto zákona s cílem získat vízum k pobytu na území, zejména pokud účelově uzavřel manželství.“

¹¹ „jestliže se cizinec na požádání policie nebo zastupitelského úřadu nedostaví k pohovoru nebo nepředloží ve stanovené lhůtě doklady za účelem ověření údajů uvedených v žádosti o vízum nebo jestliže se i přes provedení pohovoru nebo vyhodnocení předložených dokladů nepodaří tyto údaje ověřit“.

¹² „nepředloží náležitosti k žádosti o udělení víza nebo předloží-li padělané nebo pozměněné náležitosti“.

¹³ „cizinec odmítne poskytnout otisky prstů nebo pořízení obrazového záznamu“.

uvedených v § 9 odst. 3 písm. b) bodu 1,¹⁴ 3¹⁵ nebo 4.¹⁶ Náležitým eurokonformním výkladem bylo možné každému ze zákonných důvodů, přestože jsou formulovány poměrně široce, vtisknout eurokonformní obsah v souladu s čl. 27 směrnice 2004/38/ES a judikaturou ESD. To je velmi důležité zjištění, neboť znamená, že rodinný příslušník občana ČR těžil ze stejného standardu ochrany jako rodinný příslušník občana EU.¹⁷ Ustanovení § 56 odst. 1 písm. a) a e) a § 9 odst. 3 písm. a) bod 1. a 2. zákona o pobytu cizinců souvisí s povinností rodinného příslušníka prokázat, že se na něho směrnice 2004/38/ES vztahuje, resp. s požadavkem cestovat s platným cestovním dokladem. Důvod obsažený v ustanovení § 56 odst. 1 písm. l) zase souvisí s Nařízením Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 767/2008 ze dne 9. července 2008 o Vízovém informačním systému (VIS) a o výměně údajů o krátkodobých vízech mezi členskými státy (nařízení o VIS). Pojmy obsažené v § 9 odst. 3 písm. b) bodu 1, 3 nebo 4 („trpí závažnou nemocí“, „bezpečnost státu“, „veřejný pořádek“) lze pak naplnit obsahem, který výhradám veřejného pořádku/bezpečnosti/zdraví dává směrnice 2004/38/ES a judikatura ESD.

Jinými slovy, na rodinné příslušníky občana EU (ČR) nebylo možné v mezidobí od 5. 4. 2010 do 31. 12. 2010 aplikovat čl. 32 (Zamítnutí žádosti o udělení víza) Vízového kodexu.

Pokud výše uvedené shrnu, interpretace jednotlivých procesních fází vízového procesu s rodinným příslušníkem představuje poměrně složité pátrání, které se odráží od toho, zda ten který moment řízení má svůj původ ve směrnici 2004/38/ES. Vnitrostátní legislativu, resp. po 5. 4. 2010 Vízový kodex je tak zapotřebí číst s dobrou znalostí směrnice 2004/38/ES. Pokud zjistíme, že vnitrostátní úprava má (má mít) svůj původ ve směrnici 2004/38/ES, je pak zapotřebí se seznámit s obsahem příslušného ustanovení směrnice, dotvářeného (zpřesňovaného) judikaturou ESD a porovnat jej s vnitrostátní právní úpravou.

Pokud zjistíme, že daný institut vízového procesu nemá souvztažnost se směrnicí 2004/38/ES, nastupuje jako základní procesní předpis i pro řízení o udělení krátkodobého víza s rodinným příslušníkem Vízový kodex. Pokud by Vízový kodex danou procesní situaci neupravoval (jako exemplární příklad lze zmínit bližší požadavky na provedení pohovoru s rodinným příslušníkem a jeho zachycení, viz dále), uplatní se speciální úprava v zákoně o pobytu cizinců. A pokud by ani tuto nebylo možné aplikovat, platí jako „krabička poslední záchrany“ část čtvrtá správního řádu,

¹⁴ „z důvodů uvedených v písmenu a),“, tj. „1. nemá-li platný cestovní doklad a nesplňuje-li podmínky podle § 5 odst. 5, 2. předloží-li padělaný nebo pozměněný cestovní doklad nebo povolení k pobytu, 3. je-li důvodné podezření, že trpí závažnou nemocí, 4. je-li důvodné nebezpečí, že by při svém pobytu na území mohl ohrozit bezpečnost státu nebo závažným způsobem narušit veřejný pořádek, nebo 5. je-li zařazen do evidence nežádoucích osob a příslušný orgán, který uplatnil podnět na zařazení občana Evropské unie do této evidence (§ 154 odst. 2), potvrdí, že trvá důvodné nebezpečí, že by mohl při svém pobytu na území ohrozit bezpečnost státu nebo narušit veřejný pořádek.“

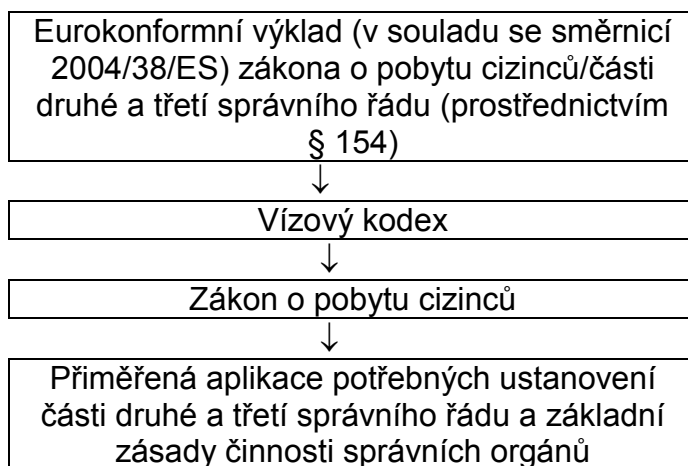
¹⁵ „je-li důvodné nebezpečí, že by mohl ohrozit bezpečnost jiného smluvního státu nebo v něm narušit veřejný pořádek“.

¹⁶ „je-li zařazen do informačního systému smluvních států a příslušný orgán, který rodinného příslušníka do tohoto systému zařadil, potvrdí, že trvá důvodné nebezpečí, že by mohl při svém pobytu na území jiného smluvního státu ohrozit jeho bezpečnost nebo narušit veřejný pořádek“.

¹⁷ Původně (tj. k 30. 4. 2006) se transpozice směrnice 2004/38/ES důvodů pro zamítnutí žádosti o vízum rodinnému příslušníkovi EU (ČR) vůbec nedotkla (!). Až do 20. 12. 2007 vnitrostátní právní úprava (§ 56 zákona o pobytu cizinců), pokud jde o zamítnutí žádosti o vízum, nerozlišovala mezi cizincem z třetí země a rodinným příslušníkem občana EU (ČR). Nápravu přinesla až novela č. 379/2007 Sb. s účinností k 21. 12. 2007, která vyčlenila (a oproti cizincům z třetích zemí zúžila) důvody pro zamítnutí žádosti o vízum rodinného příslušníka do samostatného ustanovení (§ 56 odst. 4).

resp. jejím prostřednictvím přiměřená aplikace potřebných ustanovení části druhé/třetí správního řádu a základní zásady činnosti správních orgánů (§§ 2-8 správního řádu). V posledních dvou uvedených případech půjde o výklad bez přímých eurokonformních konotací.

Mechanismus výkladu jednotlivých procesních institutů řízení o udělení víza k pobytu do 90 dnů s rodinným příslušníkem občana EU (ČR) tak musí podléhat následující posloupnosti:



C.1. Zamítnutí první žádosti stěžovatele č. TUNI201004010001

C.1.1. Aplikace zákonného ustanovení, na jehož základě byla žádost zamítnuta

ZÚ Tunis žádost zamítl dne 21. 4. 2010 zaškrtnutím příslušného pole na formuláři na základě důvodu, že „v době hodnocení této žádosti o vízum kompetentní úřad státu oprávněným způsobem odhalil falšování nebo podvod.“¹⁸ Takovýto způsob zamítnutí žádosti o vízum rodinnému příslušníkovi občana ČR považují za nezákonný, neboť žádost mohla být zamítnuta pouze s odkazem na některý z důvodů obsažený v ustanovení § 56 odst. 4 zákona o pobytu cizinců.¹⁹

ZÚ Tunis se zřejmě inspiroval ustanovení čl. 35 (Zneužití práv) směrnice 2004/38/ES,²⁰ resp. Příručkou.²¹ Příručka tvoří přílohu rozhodnutí Komise a v souladu s čl. 2 a 3 rozhodnutí je určena členskými státy. Adresátem tohoto rozhodnutí jsou tak členské státy, nikoli jednotlivci. Rozhodnutí je závazné pro toho, komu je určeno, tedy toho, kdo je v rozhodnutí označen (srov. T-1/89 *Rhône Poulenc*). Nelze tedy bez

¹⁸ „Les autorités de l'Etat qui ont traité la demande de visa ont révélé falsification ou la tromperie.“

¹⁹ Použitý důvod (byť by to bylo samo o sobě nesprávné) neodpovídá ani žádnému z důvodů obsaženému v čl. 32 Vízového kodexu, resp. příloze VI k tomuto kodexu, která obsahuje jednotný formulář pro oznamování a odůvodňování zamítnutí žádosti o víza, prohlášení víza za neplatné, nebo jeho zrušení (účinnost užívání tohoto formuláře je navíc v souladu s čl. 58 odst. 5 Vízového kodexu až od ode dne 5. dubna 2011).

²⁰ „Členské státy mohou přijmout potřebná opatření k odepření, pozastavení nebo odnětí jakéhokoliv práva přiznaného touto směrnicí v případě zneužití práv nebo podvodu, například účelových sňatků. Veškerá taková opatření musí být přiměřená a spojená s procesními zárukami stanovenými v člancích 30 a 31.“

²¹ Viz str. 92, subkapitola 5.8. (Zamítnutí víza): „Rodinnému příslušníkovi může být žádost o udělení víza zamítnuta výlučně z těchto důvodů: ... vnitrostátní orgány prokázaly, že došlo ke zneužití, nebo podvodu.“

dalšího na základě některého z ustanovení Příručky rozhodovat meritorně o právu rodinného příslušníka občana ČR na udělení víza k pobytu do 90 dnů.

Pokud jde o směrnici 2004/38/ES, ta bezprostředně nedopadá na situaci rodinných příslušníků občanů ČR (to až prostřednictvím vnitrostátního dorovnání). Zároveň obecně platí, že domáhání se obsahu směrnice členským státem vůči jednotlivci by představovalo aplikaci tzv. obráceného vertikálního účinku směrnice, který byl ESD zapovězen (14/86 *Pretore di Saló*, 80/86 *Kolpinghuis Nijmegen*). Jinými slovy „*směrnice sama nemůže zakládat povinnosti jednotlivci a ... ustanovení směrnice se nelze dovolávat vůči jednotlivci.*“ (152/84 *Marshall*, § 48)

C.1.2. Sdělení důvodů zamítnutí žádosti o vízum

MZV správně v odůvodnění svého rozhodnutí ZÚ Tunis vytklo, že neseznámil „*žadatele s věcnými důvody vztahujícími se k jeho osobě, na jejichž základě o žádosti o vízum rozhodl.*“ Tato výtkla však nebyla ZÚ Tunis respektována (viz dále) ani v případě zamítnutí druhé stěžovatelovy žádosti o vízum. V této souvislosti připomínám čl. 30 (Oznamování rozhodnutí) směrnice 2004/38/ES,²² Sdělení Komise²³ a Příručku.²⁴

Uvedeným eurokonformním způsobem (tzn. v souladu se standardy čl. 30 odst. 1 a 2 směrnice 2004/38/ES) bylo tedy zapotřebí ve vztahu k rodinným příslušníkům občanů EU (ČR) vykládat aplikaci ustanovení § 56 odst. 5 zákona o pobytu cizinců („*písemně informuje ... o důvodech neudělení víza*“),²⁵ které bylo do zákona včleněno

²² „1. Rozhodnutí přijatá podle čl. 27 odst. 1 se dotýčným osobám oznamují písemně a takovým způsobem, aby mohly porozumět jejich obsahu a jejich důsledkům pro svou osobu. 2. Není-li to v rozporu se zájmy bezpečnosti státu, jsou dotyčné osoby přesně a úplně informovány o důvodech veřejného pořádku, veřejné bezpečnosti nebo veřejného zdraví, na nichž jsou založena rozhodnutí přijatá v jejich případě. ...“

²³ „Dotyčné osobě musí být vždy sděleno jakékoliv opatření přijaté z důvodů týkajících se veřejného pořádku nebo veřejné bezpečnosti, jak vyžaduje článek 30. Takováto rozhodnutí musí být plně odůvodněná a musí v nich být uvedeny všechny zvláštní faktické a právní důvody, ze kterých vychází, aby dotyčná osoba mohla učinit účinné kroky na zajištění své obrany a vnitrostátní soudy mohly přezkoumat případ v souladu s právem na účinnou právní ochranu, která je obecnou zásadou práva Společenství, jež je stanovena v článku 47 Listiny EU. V této souvislosti je možné používat k oznámení rozhodnutí formuláře, ale tyto musí vždy umožňovat plné uvedení důvodů, na základě kterých bylo rozhodnutí přijato (pouhé uvedení jedné nebo několika možností zaškrtnutím políčka není přípustné).“ Kapitola 3.6. (Procesní záruky), str. 13, 14.

²⁴ Ta (kap. 4.9. Oznámení a odůvodnění zamítavého rozhodnutí, str. 93) ve vztahu k posuzování žádostí o víza rodinných příslušníků EU uvádí, že „rozhodnutí, kterým se žádost o vízum zamítá z důvodu veřejného pořádku, veřejné bezpečnosti nebo veřejného zdraví, nebo z důvodu zneužití nebo podvodu, musí být oznámeno žadateli písemně a plně odůvodněno (např. vyjmenováním všech právních a materiálních stránek, které byly zohledněny, než konzulát dospěl k závěru, že sňatek byl uzavřen účelově, nebo že předložený rodný list je falešný) a musí v něm být uvedeno, na jakém místě a kdy lze podat odvolání“. Dále Příručka konstatuje: „..., zamítnutí víza rodinnému příslušníkovi občana EU [musí být] vždy plně odůvodněno. Rovněž je nezbytné uvést konkrétní věcné a právní důvody, které vedly k přijetí zamítavého rozhodnutí, aby dotčená osoba mohla provést účinné kroky na svou obranu. V zamítavém rozhodnutí musí také být uveden soud nebo správní orgán, u kterého se může dotčená osoba odvolat, a lhůta pro odvolání. Pro oznámení zamítavého rozhodnutí je možné použít formulář, avšak odůvodnění musí být takové, aby plně objasňovalo důvody vedoucí k přijetí tohoto rozhodnutí. Proto v případě zamítnutí žádosti o vízum rodinnému příslušníkovi občana EU nepostačuje uvedení jedné či více možností zaškrtnutím políčka v jednotném formuláři, který je přílohou VI Vízového kodexu.“

²⁵ Pokud jde o soudní judikaturu, která se vztahuje obecně k nárokům na správní rozhodnutí a jeho odůvodnění, zmíní např. rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 4Azs 55/2003 – 51: „Rozhodnutí správního orgánu, v jehož odůvodnění nejsou uvedeny důkazy, na jejichž podkladě správní orgán dovodil své závěry, je nepřezkoumatelné pro nedostatek důvodů.“ V rozsudku čj. 4Ads 23/2004 – 49 ze dne 26. ledna 2006 NSS konstatoval, že chybějící řádné odůvodnění znamená nepřezkoumatelnost rozhodnutí: „Vlastní výrok rozhodnutí nepřesvědčí plně o správnosti rozhodnutí, nebude-li řádně odůvodněn. Odůvodnění je shrnutím všech zjištěných skutečností odůvodňujících výrok rozhodnutí. Musí proto plně odpovídat skutečným výsledkům provedeného řízení. Správní řád výslovně určuje, že v odůvodnění se uvedou skutečnosti, které byly podkladem rozhodnutí, způsob, jakým byly hodnoceny provedené důkazy a ostatní podklady, a konečně i úvahy, které vedly k aplikaci konkrétního

novelou č. 379/2007 Sb. s účinností k 21. 12. 2007. Před tímto datem bylo zapotřebí zachovat požadované standardy přiměřeným (eurokonformním) výkladem ustanovení § 68 (Náležitosti rozhodnutí) správního řádu.

C.1.3. Lhůta pro vydání rozhodnutí

Dle ustanovení § 170 odst. 3 zákona o pobytu cizinců je zastupitelský úřad povinen žádost o udělení víza k pobytu do 90 dnů, jde-li o rodinného příslušníka občana Evropské unie, který sám není občanem Evropské unie, vyřídit ve lhůtě 14 dnů od podání žádosti. Směrnice 2004/38/ES v čl. 5 odst. 2 stanoví, že vstupní víza, vyžadovaná po rodinných příslušnících občanů EU, kteří nejsou příslušníky žádného členského státu, se udělují bezplatně, zrychleným způsobem v nejkratší možné lhůtě.²⁶

S ohledem na skutečnost, že směrnice 2004/38/ES, která byla do zákona o pobytu cizinců transponována zákonem č. 161/2006 (včetně ustanovení § 170 odst. 3),²⁷ je k Vízovému kodexu *lex specialis*, platí i nadále po 5. 4. 2010 pro vyřízení žádosti o vízum rodinného příslušníka občana ČR lhůta 14 dnů. Dle tehdejšího ustanovení § 26 odst. 6 zákona o pobytu cizinců byl rodinný příslušník oprávněn podat žádost i přímo na hraničním přechodu.²⁸ Prodloužení 14denní lhůty je možné pouze za podmínek stanovených v čl. 19 Vízového kodexu o přípustnosti žádosti. Počátek běhu 14denní lhůty pro vyřízení žádosti tak počíná běžet okamžikem, kdy je žádost přípustná, což v případě rodinného příslušníka znamená, že žádost byla podána v souladu s tehdejším ustanovením § 27 odst. 5 zákona o pobytu cizinců.

První žádost stěžovatele byla podána na ZÚ Tunis 1. dubna 2010, a jak vyplývá i z vyjádření ZÚ Tunis, byla v ten den považována za přípustnou. K zamítnutí žádosti došlo až dne 21. dubna 2010. Byla tedy o několik dní překročena zákonem stanovená 14denní lhůta pro vydání rozhodnutí ve věci udělení/neudělení víza.

C.1.4. Pohovor

právního předpisu na projednávanou věc. Při vypracování odůvodnění ponechává správní řád správnímu orgánu na vůli, jaký postup pokládá v konkrétní věci za nejvhodnější. Zpravidla, pokud jde o skutkovou stránku, se nejprve vylíčí podstata věci, a potom následuje rozbor důkazů a ostatních podkladů rozhodnutí. V odůvodnění je nutno reagovat na připomínky a návrhy účastníků řízení, na jejich vyjádření k podkladům rozhodnutí, a vypořádat se i s případnými rozpory v jednotlivých důkazech.“

²⁶ Dle Sdělení Komise (bod 2.2.1): „Rodinným příslušníkům ze třetích zemí by mělo být vystaveno krátkodobé vstupní vízum co nejdříve, na základě urychleného postupu a zdarma. Analogií podle článku 23 kodexu o vízech má Komise za to, že prodloužení delší než čtyři týdny nejsou přiměřená.“ Příručka (část III., bod 4.4., s. 90) ve vztahu k rodinným příslušníkům občanů EU upřesňuje: „Víza se musí udělovat v nejkratší možné lhůtě a zrychleným postupem. Postupy zavedené členskými státy musí umožňovat, aby se rozlišovalo mezi státním příslušníkem třetí země, který je rodinným příslušníkem občana EU, a ostatními státními příslušníky třetí země. S rodinnými příslušníky se musí zacházet příznivějším způsobem než s ostatními státními příslušníky třetích zemí.“

²⁷ Důvodová zpráva k tomu uváděla, cit.: „S ohledem na Směrnici Rady 2004/38/ES se zkracuje lhůta pro vyřízení žádosti o udělení krátkodobých víz – tato víza mají být udělována co nejdříve a ve zrychleném řízení“.

²⁸ V současnosti je toto právo zakotveno v § 20 odst. 4 zákona o pobytu cizinců. Dle Příručky (str. 93): „Když rodinný příslušník občana EU, který doprovází či následuje dotčeného občana a je státním příslušníkem třetí země podléhající vízové povinnosti, přijede na hranici, aniž by byl držitelem nutného víza, musí mu před vrácením zpět členský stát poskytnout veškeré vhodné možnosti, aby potřebné doklady v přiměřené lhůtě získal nebo mu byly doručeny, aby doložil či jinak prokázal, že se na něj vztahuje právo na volný pohyb. Jestliže toto právo doloží a pokud neexistují důkazy o tom, že představuje riziko pro veřejný pořádek, veřejnou bezpečnost nebo veřejné zdraví, musí mu být s přihlédnutím k výše uvedeným pokynům vízum na hranici neprodleně uděleno.“

Jak ukazuje i daný případ, informace získané při pohovoru s žadatelem o vízum (rodinným příslušníkem) a občanem EU (ČR) mají pro samotné rozhodnutí o udělení/neudělení víza značný, ne-li přímo zásadní význam.

Vízový kodex se přitom o pohovoru zmiňuje jen velmi stručně, aniž by rozváděl jakékoli bližší podrobnosti ve vztahu k jeho případnému zachycení. Dle čl. 21 (Ověření podmínek vstupu a posouzení rizik), bodu 8: „*Při posuzování žádosti mohou konzuláty v odůvodněných případech předvolat žadatele k pohovoru a požadovat dodatečné doklady.*“ Dle čl. 40 bodu 4: „*Aniž je dotčeno právo pozvat žadatele k osobnímu pohovoru, jak je stanoveno v čl. 21 odst. 8, nesmí vést volba formy organizace k tomu, aby byl žadatel povinen se osobně dostavit kvůli podání žádosti na více než jedno místo.*“

Příručka²⁹ ve vztahu k pohovoru uvádí: „*Při posuzování žádosti může konzulát v odůvodněných případech předvolat žadatele k pohovoru. Tento dodatečný pohovor není totožný s osobní přítomností žadatele při podání žádosti (viz bod 3.3). Pokud posouzení žádosti o vízum na základě dostupných informací a dokladů neumožňuje přijmout konečné rozhodnutí o udělení víza nebo zamítnutí žádosti, musí konzulát telefonicky kontaktovat žadatele, nebo jej předvolat k osobnímu pohovoru na konzulát. Pohovor lze také uskutečnit s využitím jiných forem komunikace (např. internetového systému live-messaging), ovšem jen za podmínky, že nejsou pochybnosti o totožnosti osoby, s níž je pohovor veden.*“

Stručný odkaz na pohovor se žadatelem o vízum byl obsažen i v tehdejší ustanovení § 57 odst. 3 zákona o pobytu cizinců, dle něhož je zastupitelský úřad oprávněn provést pohovor se žadatelem o vízum.

Jelikož Vízový kodex ani zákon o pobytu cizinců žádné bližší podrobnosti k průběhu pohovoru a jeho záznamu nestanoví, je zapotřebí si s ohledem na ústavní požadavek zákonného podkladu pro uskutečňování státní moci³⁰ vypomoci ustanovením § 154 správního řádu, které odkazuje na přiměřenou aplikaci potřebných ustanovení části druhé a třetí správního řádu.

V této souvislosti odkazují zejména na ustanovení § 49 (Ústní jednání)³¹ a § 18 (Protokol)³² správního řádu. Zároveň lze zmínit i náležitosti záznamu o podání

²⁹ Bod 7.11, str. 65.

³⁰ Srov. Pl. ÚS 14/96: „Dle čl. 2 odst. 3 Ústavy: Státní moc slouží všem občanům a lze ji uplatňovat jen v případech, v mezích a způsoby, které stanoví zákon“. Naplnění postulátu uvedeného v první části citovaného ustanovení je vymezeno požadavkem, aby se tak dělo jen v případech, v mezích a způsoby, které stanoví zákon. V požadavku uvedeném v této druhé části je tak zabudována nejen garance proti zneužití státní moci, ale také nutnost zákonného podkladu pro její uskutečňování.“

³¹ „(1) Ústní jednání správní orgán nařídí v případech, kdy to stanoví zákon, a dále tehdy, jestliže je to ke splnění účelu řízení a uplatnění práv účastníků nezbytné. Nehrozí-li nebezpečí z prodlení, uvědomí správní orgán o ústním jednání účastníky nejmeně s pětidenním předstihem. Tuto povinnost nemá vůči účastníkovi, který se práva účasti na ústním jednání vzdal. (2) Ústní jednání je neveřejné, pokud zákon nestanoví, nebo správní orgán neurčí, že jednání nebo jeho část jsou veřejné. Při určování veřejného ústního jednání dbá správní orgán na ochranu utajovaných informací a na ochranu práv účastníků, zejména práva na ochranu osobnosti, jakož i na ochranu mravnosti. Z důvodu ochrany mravnosti mohou být z účasti na ústním jednání vyloučeny nezletilé osoby. (3) Jestliže účastník uvedený v § 27 odst. 1 navrhne, aby ústní jednání bylo veřejné, správní orgán mu vyhoví, pokud tím nemůže být způsobena újma ostatním účastníkům. Ustanovení odstavce 2 věty druhé a třetí platí obdobně. (4) O návrhu účastníka, aby bylo ústní jednání veřejné, rozhodne správní orgán usnesením, které se pouze poznamená do spisu.“

³² „(1) O ústním jednání (§ 49) a o ústním podání, výsledku svědka, výsledku znalce, provedení důkazu listinou a ohledání, pokud jsou prováděny mimo ústní jednání, jakož i o jiných úkonech souvisejících s řízením v dané věci,

vysvětlení v ustanovení § 137 odst. 3 správního řádu, kteréžto ustanovení se v souladu s § 154 použije na řízení v režimu části čtvrté správního řádu v plném rozsahu.³³ Povinnost pořizovat o průběhu pohovoru písemný záznam lze dovodit rovněž z ustanovení § 15 odst. 1 správního řádu (zásada písemnosti správního řízení).³⁴

Na pohovor (a jeho záznam) s rodinným příslušníkem občana EU a samotným občanem EU (ČR) v řízení o udělení víza k pobytu do 90 dnů musí být v souladu s přiměřenou aplikací § 49 a § 18 správního řádu kladeny minimálně takové nároky, které jsou nově ustanovením § 57 odst. 2 zákona o pobytu cizinců kladeny na záznam z pohovoru se žadatelem o udělení dlouhodobého víza. V tomto ohledu znovu připomínám, že v případě udělení víza k pobytu do 90 dnů rodinnému příslušníkovi se jedná o nárokové právo vyplývající z unijního práva. Naproti tomu u víza k pobytu nad 90 dnů jde o vnitrostátní institut, na jehož udělení není právní nárok. Považoval bych za absurdní, aby formální náležitosti záznamu z pohovoru, které bytostně souvisí s procesními garancemi žadatele o vízum v řízení, byly ve vztahu k rodinnému příslušníkovi občana EU (ČR) nižší než ve vztahu k žadateli o udělení víza k pobytu nad 90 dnů. V této souvislosti je zapotřebí si uvědomit, že v případě soudního sporu, pokud bude zamítnutí žádosti o vízum rodinnému příslušníkovi založeno na rozporech ve výpovědích zaznamenaných v pohovorech, ponese důkazní břemeno takového záznamu zastupitelský úřad, resp. MZV.

Záznam z pohovoru s rodinným příslušníkem občana ČR, vyhotovený jako samostatný dokument, tak musí obsahovat minimálně „*údaje umožňující identifikaci žadatele, vylíčení průběhu pohovoru, datum, jméno a příjmení nebo služební číslo a podpis osoby provádějící pohovor a podpis žadatele*“.

V daném případě oceňuji, že poměrně podrobný záznam z pohovoru se stěžovatelem ze dne 1. 4. 2011 je strukturován do otázek a odpovědí, že proběhl za přítomnosti tlumočnicka, je datován a podepsán vedoucí konzulárního úseku ZÚ Tunis Mgr. Kolářovou. Jediné, co na záznamu postrádám, je podpis stěžovatele.³⁵ Znovu

při nichž dochází ke styku s účastníky řízení, se sepisuje protokol. Kromě protokolu lze též pořídít obrazový nebo zvukový záznam. (2) Protokol obsahuje zejména místo, čas a označení úkonů, které jsou předmětem zápisu, údaje umožňující identifikaci přítomných osob, vylíčení průběhu předmětných úkonů, označení správního orgánu a jméno, příjmení a funkci nebo služební číslo oprávněné úřední osoby, která úkony provedla. Údaji umožňujícími identifikaci fyzické osoby se rozumí jméno, příjmení, datum narození a místo trvalého pobytu, popřípadě jiný údaj podle zvláštního zákona. (3) Protokol podepisuje oprávněná úřední osoba, popřípadě osoba, která byla pověřena sepsáním protokolu, a dále všechny osoby, které se jednání nebo provedení úkonu zúčastnily. Odepření podpisu, důvody odepření a námitky proti obsahu protokolu se v protokolu zaznamenají. (4) Jiné osoby, jichž se obsah protokolu přímo dotýká, mohou bezprostředně po seznámení s protokolem podat stížnost (§ 175) proti jeho obsahu. (5) Opravy zřejmých nesprávností, kterými jsou zejména chyby v psaní a počtech, v protokolu provádí oprávněná úřední osoba, která je stvrdí svým podpisem. Každá oprava musí být provedena tak, aby původní zápis zůstal čitelný. Může-li mít oprava právní význam, účastníci řízení se o ní vyrozumí. (6) V případě jiných oprav, než které jsou uvedeny v odstavci 5, se o provedení opravy rozhodne usnesením, které se pouze poznamená do spisu.“

³³ O podání vysvětlení se pořizuje záznam, který obsahuje údaje umožňující identifikaci osoby, která skutečnost sděluje, uvedeně v § 18 odst. 2, vylíčení předmětných skutečností, datum, jméno, příjmení, funkci nebo služební číslo a podpis oprávněné úřední osoby.“

³⁴ „Jednotlivé úkony v řízení se činí písemně, pokud zákon nestanoví jinak, nebo pokud to nevylučuje povaha věci. Jednotlivé sdělení v průběhu řízení lze vůči přítomnému účastníkovi řízení učinit ústně, pokud ten na písemné formě netrvá. Obsah úkonů prováděných jinou než písemnou formou se poznamená do spisu, nestanoví-li zákon jinak.“ Prostřednictvím ustanovení § 154 odst. 1 správního řádu musí být zásada písemnosti dodržována v plném rozsahu i v řízeních vedených dle části čtvrté správního řádu, tedy i v řízení o udělení víza.

³⁵ Ve spisu je založen papír s velmi těžko rozečteným datem (snad 2010-05-...), který je psán arabsky, francouzsky a česky (psal ho stěžovatel? Popř. psal text pouze v arabštině?) a v češtině obsahuje text: „Otázky mi

připomínám, že tímto úkonem žadatel o vízum projevuje souhlas s obsahem pohovoru a zároveň jím stvrzuje jeho autenticitu. Bez tohoto úkonu neexistuje mechanismus, který by umožnil následnou kontrolu objektivnosti, autentičnosti záznamu ve vztahu ke skutečnému obsahu pohovoru.

Zároveň se domnívám, že můj požadavek je i prakticky proveditelný, neboť obdobná šetření ve věci neudělení víza rodinnému příslušníkovi občana ČR ukazují, že jiné zastupitelské úřady nechávají záznam z pohovoru rodinným příslušníkem autorizovat, aniž by to činilo jakékoli potíže (viz např. moje šetření ve věci sp. zn. 676/2010/VOP/PP, které se týkalo Velvyslanectví ČR v Alžírsku).

Zásadní výhrady mám však k tomu, jakým způsobem byl „pohovor“ proveden s manželkou stěžovatele, paní M. N.. Mám totiž za to (jak jsem ostatně uvedl již výše), že pokud jde o formální nároky na záznam z pohovoru s občanem EU (ČR), musí být srovnatelné s požadavky ve vztahu k rodinnému příslušníkovi.

Ve spisu je založena stručná zpráva Inspektorátu cizinecké policie Praha (dále jen „ICP“ Praha) ze dne 16. 4. 2010 o šetření v místě bydliště stěžovatelky. Zároveň měl být vedoucí konzulárního úseku ZÚ Tunis Mgr. Kolářovou proveden dne 21. 4. 2010 telefonický rozhovor se stěžovatelkou. Samostatný záznam o tomto rozhovoru není ve spisu založen. Zmínka o něm je obsažena pouze ve stručné poznámce ze dne 21. 4. 2010 k důvodům neudělení víza, vyhotovené vedoucí konzulárního úseku, aniž by však bylo možné odlišit, zda se svým původem jedná o informaci poskytnutou ICP Praha, či vyplynuvší z telefonického rozhovoru mezi Mgr. Kolářovou a paní N. Co z rozhovoru mezi vedoucí konzulárního oddělení a manželkou stěžovatele je v záznamu zohledněno? Jak dlouho tento rozhovor trval? Co bylo jeho obsahem? Jsou v záznamu uvedeny všechny skutečnosti, které byly předmětem rozhovoru, resp. údaje, kde se manželé ve výpovědích shodovali?

Znovu připomínám zásadní kvalitativní odlišnost řízení o udělení víza k pobytu do 90 dnů s rodinným příslušníkem občana ČR od ostatních řízení o udělení krátkodobého víza. Jak jsem již vzpomenul, rodinní příslušníci občanů ČR mají nejen právo vstoupit na území členského státu, ale také **právo na obdržení vstupního víza.** To je odlišuje od jiných státních příslušníků třetích zemí, kteří takové právo nemají.³⁶ Materiálně se v těchto případech, přestože je řízení o udělení tohoto druhu víza zařazeno pod režim části čtvrté správního řádu, jedná o řízení dle části druhé a třetí správního řádu.³⁷

byly položeny ve francouzštině a byly mi přeloženy do arabštiny. Odpovídal jsem v arabštině a odpovědi byly přeloženy paní konzulce ve francouzštině.“

³⁶ Sdělení Komise str. 6.

³⁷ Srov. definici správního řízení v § 9 správního řádu: „Správní řízení je postup správního orgánu, jehož účelem je vydání rozhodnutí, jímž se v určité věci zakládají, mění nebo ruší práva anebo povinnosti jmenovitě určené osoby, nebo jímž se v určité věci prohlašuje, že taková osoba práva nebo povinnosti má anebo nemá.“ To, že rozhodování o udělení/neudělení víza rodinnému příslušníkovi představuje správní rozhodnutí ve smyslu § 9 správního řádu, potvrzuje i skutečnost, že tento správní akt je soudně přezkoumatelný. V rámci kompetenčních výluk jsou ze soudního přezkumu vyloučeny úkony správního orgánu, které nejsou rozhodnutími (§ 70 písm. a) s. ř. s.) Navíc Nejvyšší správní soud vykládá pojem rozhodnutí ve smyslu § 65 odst. 1 s. ř. s. velmi široce, cit.: „Ustanovení § 65 odst. 1 s. ř. s. nelze interpretovat doslovným jazykovým výkladem, ale podle jeho smyslu a účelu tak, že žalobní legitimace je dána pro všechny případy, kdy se úkon správního orgánu, vztahující se ke konkrétní věci a konkrétním adresátům, dotýká právní sféry žalobce.“ Srov. usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu č.j. 6A 25/2002 - 42, ze dne 23. 3. 2005, a celou řadu dalších navazujících rozhodnutí, např. č.j. 5As 35/2006-52, č.j. 4As 65/2005 - 70, č.j. 5As 36/2006 - 48.

Zcela nepochybně pak musí řízení o udělení víza k pobytu do 90 dnů s rodinným příslušníkem garantovat základní zásady správního řízení obsažené v §§ 2 až 8 správního řádu, včetně zásady materiální pravdy obsažené v § 3 tohoto předpisu.³⁸ Zastupitelský úřad tak musí mít v případech, kdy existuje odůvodněné podezření ze zneužití (např. formou uzavření účelového sňatku), efektivní nástroje ke zjištění stavu věci v rozsahu nezbytném pro posouzení, zda se o účelový sňatek jedná, či nikoli. Může tak dle mého názoru i v řízení o udělení víza k pobytu do 90 dnů aplikovat ustanovení § 50 (Podklady pro vydání rozhodnutí) a §§ 51-56 správního řádu, které obsahují právní úpravu dokazování.

Na druhé straně však nelze postupy ICP Praha a Mgr. Kolářové ani v nejmenším považovat za výsledek svědeckou výpověď ve smyslu § 55 správního řádu, který má zákonem dané požadavky (např. poučení svědka dle § 55 odst. 5 správního řádu³⁹). Informace vytěžené šetřením ICP Praha a telefonickým rozhovorem tak nelze považovat za důkaz ve smyslu zmíněného ustanovení správního řádu.

Pro úkon (šetření) provedené ICP Praha nacházím oporu v ustanovení § 167 (Oprávnění policie) odst. 1) písm. k) zákona o pobytu cizinců, dle něhož je policie „oprávněna ... při plnění úkolů podle tohoto zákona prověřovat, zda se cizinec nedopustil obcházení tohoto zákona s cílem získat oprávnění k pobytu, zejména zda účelově neuzavřel manželství, nebo zda jeho účelově prohlášeným souhlasem nebylo určeno otcovství.“ Pro „důkazní prostředek“, který zvolila vedoucí konzulárního oddělení, tzn. telefonický rozhovor s manželkou stěžovatele, byť vedený pochopitelnou snahou získat bližší informace, které ICP Praha svým šetřením neposkytla, však obdobné zmocnění ve Vízovém kodexu, v zákoně o pobytu cizinců, či správním řádu, jako je tomu u složek cizinecké policie, nenacházím. Navíc, dle ustanovení § 51 odst. 2 správního řádu „o provádění důkazů mimo ústní jednání musí být účastníci včas vyrozuměni, nehrozí-li nebezpečí z prodlení. Tuto povinnost nemá správní orgán vůči účastníkovi, který se vzdal práva účasti při dokazování.“ Z předloženého spisu jakkoli nevyplývá, že by byl stěžovatel informován o provedení důkazu formou šetření policie a telefonického rozhovoru s manželkou včas, resp. vůbec. Tento požadavek je pouze specifikací obecné zásady součinnosti obsažené v § 4 odst. 3 správního řádu,⁴⁰ která souvisí s povinností správního orgánu umožnit „dotčeným osobám uplatňovat jejich práva a oprávněné zájmy“ (§ 4 odst. 4 správního řádu).⁴¹

³⁸ I pokud bychom přijali argumentaci, že tento druh řízení spadá pod část čtvrtou správního řádu, dle § 180 odst. 2 správního řádu platí: „Pro případ, že podle dosavadních právních předpisů postupují správní orgány v řízení, jehož cílem není vydání rozhodnutí, aniž tyto předpisy řízení v celém rozsahu upravují, postupují v otázkách, jejichž řešení je nezbytné a které nelze podle těchto předpisů řešit, podle části čtvrté tohoto zákona.“

³⁹ „Správní orgán svědka před výslechem poučí o důvodech, pro které nesmí být vyslýchán, o právu odepřít výpověď, o jeho povinnosti vypovídat pravdivě a nic nezamlčet a o právních následcích nepravdivé nebo neúplné výpovědi.“

⁴⁰ „Správní orgán s dostatečným předstihem uvědomí dotčené osoby o úkonu, který učiní, je-li to potřebné k hájení jejich práv a neohrozí-li to účel úkonu.“

⁴¹ Dle Ústavního soudu (II. ÚS 329/04) „je porušením principu právního státu, který je zakotven v čl. 1 Ústavy ČR, a práva na soudní ochranu a na soudní přezkum, vyplývající z čl. 36 odst. 1 a 2 Listiny, pokud správní orgán nedal stěžovateli možnost vyjádřit se k podkladům rozhodnutí a ke způsobu jejich zjištění ..., a soud v rámci přezkumu správních rozhodnutí k této okolnosti nepřihlédl.“ I dle judikatury správních soudů, „vadou řízení, která mohla mít vliv na zákonnost napadeného rozhodnutí (...) je i to, že důkazní stav byl v řízení o rozkladu doplněn o další zásadní důkazy a účastníku řízení nebyla dána možnost uplatnit zákonné právo plynoucí z ustanovení § 33 odst. 2 SpŘ, totiž k takto doplněnému podkladu pro rozhodnutí se před vydáním rozhodnutí vyjádřit, či navrhnout jeho doplnění.“ Rozsudek Vrchního soudu v Praze č.j. 6 A 147/94 ze dne 27. 8. 1996, shodně i č.j. 6 A 195/93 ze dne 15. 12. 1995. Obdobně se vyjádřil v řadě svých rozsudků i Nejvyšší správní soud, srov. např. rozsudek č.j. 7 A 112/2002-36 ze dne 14. 11. 2003 (publikován ve Sb. NSS č. 303/2004): „Smyslem § 33 odst. 2 správního řádu je umožnit účastníku

Přestože tak ustanovení § 51 odst. 1 správního řádu definuje důkazní prostředky nikoli taxativně, nemohu považovat úkony policie, resp. Mgr. Kolářové, ani za případný další důkazní prostředek nad rámec demonstrativně vypočtených (listina, ohledání, svědecká výpověď a znalecký posudek).

Zároveň by si měl ZÚ Tunis, resp. MZV, ujasnit, zda považuje v řízení o udělení víza k pobytu do 90 dnů občana EU (ČR) za plnoprávného účastníka řízení ve smyslu ustanovení § 27 odst. 2 správního řádu.⁴² Toto ustanovení se použije na řízení o udělení víza s rodinným příslušníkem v souladu s ustanovením § 154 za podmínky potřeby a přiměřenosti. Považuji za poněkud nelogické, že v dalších případných pobytových fázích rodinného příslušníka na území ČR, tzn. v řízení o přechodném a trvalém pobytu, je občan EU (ČR) plnoprávným účastníkem řízení ve smyslu citovaného ustanovení správního řádu. V řízení o udělení víza k pobytu do 90 dnů se materiálně rovněž rozhoduje o právu, jako je tomu i v řízeních o udělení přechodného/trvalého pobytu.

V této souvislosti se domnívám, že lze i na řízení o udělení víza k pobytu do 90 dnů použít ustanovení § 169 odst. 3 zákona o pobytu cizinců.⁴³ Přestože § 169 upravuje obecně odchylky od správního řádu ve vztahu k pobytovým režimům (nikoli vízovým, ty jsou upraveny § 170) a systematický výklad by tak svědčil proti uvedenému závěru, domnívám se, že jazykový a zejména teleologický (účelový) výklad svědčí pro možnost vztáhnout ustanovení § 169 odst. 3 i na vízové procesy. Toto ustanovení hovoří totiž obecně o účastníku řízení a nikterak nezužuje svůj dopad pouze na pobytové statuty.⁴⁴ Podobné zúžení bychom nenašli ani v čl. 35 směrnice 2004/38/ES, která naopak hovoří o „jakémkoliv“ právu přiznaném touto směrnicí a lze si tak její dopad představit i na zvýhodněný vízový režim rodinného příslušníka občana EU (ČR). Bylo by rovněž protismyslné, aby měl správní orgán efektivní nástroj pro boj s účelovými sňatky až ve fázi žádosti o přechodný pobyt.

Zároveň však § 169 odst. 3 zákona o pobytu cizinců vztahoval povinnosti účastnit se osobně úkonů v řízení a výsledku pouze na účastníka řízení. Úkon, který tak provedla Mgr. Kolářová, nelze pod ustanovení § 169 odst. 3 zákona o pobytu cizinců podřadit, neboť nic nenasvědčuje tomu, že by ZÚ Tunis považoval manželku

řízení, aby ve fázi "před vydáním rozhodnutí", tedy poté, co správní orgán ukončil shromažďování podkladů rozhodnutí, mohl uplatnit své výhrady, resp. učinit procesní návrhy tak, aby rozhodnutí skutečně vycházelo ze spolehlivě zjištěného stavu věci." Obdobně např. i č.j. 7 A 130/2002 – 28 ze dne 16. 6. 2003 (Sb. NSS č. 200/2004).

⁴² „Účastníky jsou též další dotčené osoby, pokud mohou být rozhodnutím přímo dotčeny ve svých právech nebo povinnostech.“

⁴³ „Účastník řízení je povinen se na vyzvání účastnit osobně úkonů v řízení. Správní orgán je oprávněn vyslechnout účastníka řízení, je-li to nezbytné pro zjištění skutečného stavu věci, zejména pro posouzení, zda se nejedná o obcházení tohoto zákona cizincem s cílem získat oprávnění k pobytu na území, zejména zda účelově neuzavřel manželství, nebo zda jeho účelově prohlášeným souhlasem nebylo určeno otcovství. Účastník řízení je povinen vypovídat pravdivě a nesmí nic zamlčet. Policie účastníka řízení poučí o důsledcích odmítnutí výpovědi a nepravdivé nebo neúplné výpovědi.“

⁴⁴ Rovněž tak důvodová zpráva k tomuto ustanovení, které se do zákona o pobytu cizinců dostalo novelou č. 379/1999 Sb., hovoří obecně o řízeních vedených podle cizineckého zákona: „Na základě zkušeností z praxe se jeví jako nezbytné doplnit možnost správního orgánu vyslechnout účastníka řízení vedeného podle cizineckého zákona k některým skutečnostem. Tato potřeba vyvstává především v souvislosti s prokazováním účelových manželství a obdobných jednání, ale též při zjišťování existence překážek vycestování. Účastník řízení má podle § 36 odst. 2, odst. 3 správního řádu právo vyjádřit v řízení své stanovisko, resp. vyjádřit se k podkladům rozhodnutí, nicméně v rámci využití těchto institutů není účastník povinen zodpovědět případné otázky správního orgánu. Po účastníku řízení lze sice požadovat vysvětlení (§ 137 správního řádu a § 167 odst. 1 písm. c) cizineckého zákona), ale záznam o podání vysvětlení nelze podle § 137 odst. 4 správního řádu použít jako důkazní prostředek.“

stěžovatele za účastníka řízení, resp. že by ji před provedením pohovoru poučil ve smyslu cit. ustanovení.

Dále se domnívám, že záznam o šetření provedený ICP Praha a telefonický rozhovor s manželkou stěžovatele (navíc nezaznamenaný ve formě samostatného záznamu) nelze považovat ani za záznam o podání vysvětlení ve smyslu § 137 správního řádu, neboť nejsou splněny podmínky odstavce 1 tohoto ustanovení.⁴⁵ Ustanovení § 137 odst. 4 správního řádu pak zcela jasně konstatuje, že „*záznam o podání vysvětlení nelze použít jako důkazní prostředek.*“

Vízový kodex a Příručka pamatují pouze na pohovor se žadatelem o vízum, nikoli s jeho rodinným příslušníkem. Nicméně, i v případě, pokud je pohovor proveden nikoli osobně, ale za využití „*jiných forem komunikace*“, musí se tak dít za podmínky, že „*nejsou pochybnosti o totožnosti osoby, s níž je pohovor veden.*“ Obávám se tak, že tato podmínka nemusí být v případě telefonického rozhovoru zajištěna.

Pokud tak výše uvedené shrnu, záznam o šetření (TUNI20100401001D3155 žádost o prověření) pořízený dne 16. 4. 2011 ICP Praha (a ZÚ Tunis zaslaný zřejmě prostřednictvím Ředitelství služby cizinecké policie), ani záznam pořízený vedoucí konzulárního úseku ZÚ Tunis Mgr. Kolářovou (TUNI 2010 04 01 0001 N. A. Rozhodnutí: N), nelze považovat za důkaz ve smyslu § 51 správního řádu. Na základě těchto dokumentů tedy nemohla být ZÚ Tunis založena účelovost sňatku stěžovatele, popř. namítány rozpory mezi výpovědí stěžovatele a jeho manželkou.

Zároveň však tím, že v souladu se stejnými procesními standardy jako u stěžovatele nebyl s jeho manželkou proveden a zaznamenan pohovor, došlo i k porušení zásady materiální pravdy obsažené v ustanovení § 3 správního řádu. ZÚ Tunis nebyl zjištěn stav věci, o němž nejsou důvodné pochybnosti v rozsahu, který je nezbytný pro zákonem podložený závěr o účelovosti sňatku stěžovatele. Přitom, pokud chce zastupitelský úřad zamítnout žádost o vízum rodinného příslušníka občana EU (ČR) právě proto, že se domnívá, že jde o účelový (fingovaný) sňatek, tedy zneužití práva na volný pohyb osob, hraje pohovor (a jeho záznam) stěžejní roli.

Rovněž se domnívám, že by i v řízení o udělení víza k pobytu do 90 dnů s rodinným příslušníkem občana EU (ČR) měl být občan EU (ČR) plnoprávným účastníkem řízení, neboť není materiálně rozdíl mezi tímto řízením a řízením o přechodném či trvalém pobytu. Správní orgán si musí být vědom toho, že pokud bude chtít založit, opřít svoji argumentaci o účelovém sňatku na základě rozporů v pohovorech mezi rodinným příslušníkem a občanem EU (ČR), musí být pohovor s občanem EU (ČR) veden tak, aby obstál jako důkaz v případném soudním řízení. K provedení pohovoru s občanem EU (ČR) by tak mělo dojít v souladu s ustanovením nynějšího § 169 odst. 2 (dříve odst. 3) zákona o pobytu cizinců. To ovšem znamená, že občan EU (ČR) bude považován za účastníka řízení.

C.1.5. Existence zákonných důvodů pro zamítnutí žádosti o vízum, pohovor

⁴⁵ „K prověření oznámení, ostatních podnětů a vlastních zjištění, která by mohla být důvodem k zahájení řízení z moci úřední, opatřuje správní orgán nezbytná vysvětlení. Správní orgán dále opatřuje vysvětlení potřebná k určení předpokládaného rozsahu podkladů pro rozhodnutí, stanoví-li tak zvláštní zákon.“

Důvody, pro které je možné zamítnout žádost o vízum rodinnému příslušníkovi občana EU (ČR), byly uvedeny v již několikrát zmíněném ustanovení § 56 odst. 4 zákona o pobytu cizinců. Jak již bylo rovněž řečeno, čl. 32 (Zamítnutí žádosti o udělení víza) Vízového kodexu, směrnici 2004/38/ES, či dokonce Příručku nebylo možné v mezidobí od 5. 4. 2010 do 31. 12. 2010 použít.

Důvody obsažené v ustanovení § 56 odst. 4 zákona o pobytu cizinců však musely být vykládány eurokonformně v souladu se zárukami, kterých požívají rodinní příslušníci na základě směrnice 2004/38/ES. Podle čl. 27 směrnice 2004/38/ES „*smějí členské státy omezit svobodu pohybu a pobytu občanů Unie a jejich rodinných příslušníků bez ohledu na státní příslušnost z důvodů veřejného pořádku, veřejné bezpečnosti, nebo veřejného zdraví. Tyto důvody nesmějí být uplatňovány k hospodářským účelům. 2. Opatření přijatá z důvodů veřejného pořádku nebo veřejné bezpečnosti musí být v souladu se zásadou přiměřenosti a musí být založena výlučně na osobním chování dotyčné osoby. Předchozí odsouzení pro trestný čin samo o sobě přijetí takových opatření neodůvodňuje. Osobní chování jednotlivce musí představovat skutečné, aktuální a dostatečně závažné ohrožení některého ze základních zájmů společnosti. Odůvodnění, která přímo nesouvisí s dotyčnou osobou, nebo souvisejí s generální prevencí, nejsou přípustná*“. Podle čl. 35 uvedené směrnice pak členské státy „*mohou přijmout potřebná opatření k odepření, pozastavení nebo odnětí jakéhokoli práva přiznaného směrnicí v případě zneužití práv nebo podvodu, například účelových sňatků. Veškerá taková opatření musí být přiměřená a spojená s procesními zárukami stanovenými v člancích 30 a 31*“.

Dle Příručky⁴⁶ „Rodinnému příslušníkovi může být žádost o udělení víza zamítnuta výlučně z těchto důvodů:

- *žadatel o vízum na základě žádosti o vízum a připojených podpůrných dokladů uvedených v bodě 3.6 neprokázal, že se na něj směrnice vztahuje (tj. je jasné, že odpověď na alespoň jednu z výše uvedených otázek je záporná),*
- *vnitrostátní orgány prokázaly, že žadatel o vízum představuje skutečnou, aktuální a dostatečně vážnou hrozbu pro veřejný pořádek, veřejnou bezpečnost nebo veřejné zdraví, nebo*
- *vnitrostátní orgány prokázaly, že došlo ke zneužití nebo podvodu.*⁴⁷

V posledních dvou případech nesou důkazní břemeno vnitrostátní orgány, protože musí být schopny prokázat své tvrzení, že žadateli o vízum (který předložil dostatek důkazů o tom, že splňuje kritéria stanovená směrnicí) by vstupní vízum nemělo být uděleno z důvodu veřejného pořádku, veřejné bezpečnosti nebo veřejného zdraví, nebo z důvodu zneužití nebo podvodu.

Příslušné orgány musí být s to případ přesvědčivě doložit, přičemž respektují všechny záruky dané směrnicí, která musí být správně a úplně provedena do vnitrostátního práva. Rozhodnutí, kterým se žádost o vízum zamítá z důvodu veřejného pořádku, veřejné bezpečnosti nebo veřejného zdraví, nebo z důvodu zneužití nebo podvodu, musí být oznámeno žadateli písemně a plně odůvodněno (např. vyjmenováním všech právních a materiálních stránek, které byly zohledněny, než konzulát dospěl k závěru, že sňatek byl uzavřen účelově, nebo že předložený rodný list je falešný, a musí v něm být uvedeno, na jakém místě a kdy lze podat odvolání.

⁴⁶ Kap. 4.8. Zamítnutí víza, str. 92.

⁴⁷ Těmito důvody musel být ohraničen výklad tehdejšího ustanovení § 56 odst. 4 zákona o pobytu cizinců.

Zamítnutí žádosti o vstupní vízum na základě podmínek uvedených ve směrnici musí být oznámeno písemně a plně odůvodněno (např. s odkazem na chybějící podklady) a musí být uvedeno, na jakém místě a kde lze podat odvolání.“

Jakým způsobem by měly členské státy v praxi ve vztahu k rodinným příslušníkům uplatňovat směrnici 2004/38/ES najdeme v již několikrát vzpomenutém Sdělení Komise (odkaz na tento dokument se objevuje v Příručce, kapitola 4.8. Zamítnutí víza). Kapitola třetí Sdělení Komise je věnována omezení práva volného pohybu a pobytu z důvodů veřejného pořádku nebo veřejné bezpečnosti. Aplikaci výhrady veřejného pořádku je zapotřebí odlišovat od zneužívání práva na volný pohyb osob. Touto problematikou se zabývá čtvrtá kapitola Sdělení Komise. Platí, že není možné se dovolávat práva Společenství v případě zneužití.⁴⁸ Pro účely směrnice 2004/38/ES definuje Sdělení Komise „zneužití ... jako chování, jež má sloužit výlučně účelu, kterým je získání práva volného pohybu a pobytu podle práva Společenství, a které formálně splňuje podmínky stanovené právem Společenství, ale není v souladu s účelem těchto norem.“⁴⁹

Subkapitola 4.2. Sdělení Komise pak pojednává o účelových sňatcích. S ohledem na skutečnost, že tento pojem hraje v souvislostech daného případu stěžejní roli, dovolím si ze Sdělení Komise zacitovat:

Účelové sňatky jsou pro účely směrnice 2004/38/ES definovány „jako sňatky uzavřené výlučně za účelem získání práva volného pohybu a pobytu podle směrnice, na které by jinak dotyčná osoba neměla nárok.“⁵⁰ Sňatek není možné považovat za účelový sňatek pouze z toho důvodu, že je spojen s výhodou přistěhovalectví, nebo s jinou výhodou. Kvalita vztahu není pro použití článku 35 relevantní. ...

Opatření přijatá členským státem v boji proti účelovým sňatkům nemohou být taková, aby odrazovala občany EU a jejich rodinné příslušníky od toho, aby využívali svého práva volného pohybu, nebo nepřiměřeně zasahovala do jejich legitimních práv. Nesmí narušovat účinnost práva Společenství nebo diskriminovat na základě státní příslušnosti.

Při výkladu pojmu zneužití v souvislosti se směrnicí musí být věnována řádná pozornost postavení občana EU. V souladu se zásadou nadřazenosti práva Společenství musí být posouzení otázky, zda bylo právo Společenství zneužito, provedeno v rámci práva Společenství, a nikoliv s ohledem na vnitrostátní zákony upravující přistěhovalectví. Směrnice nebrání členským státům v tom, aby vyšetřovaly

⁴⁸ Sdělení Komise (část 4., str. 14) zde odkazuje na rozsudky ESD ve věci C-33/74 *van Binsbergen* (odst. 13), C-370/90 *Singh* (odst. 24) a C-212/97 *Centros* (odst. 24–25).

⁴⁹ Sdělení Komise (část 4.1.2., str. 14,15) zmiňuje rozsudky ESD ve věci C-110/99 *Emsland-Stärke* (odst. 52 a násl.) a C-212/97 *Centros* (odst. 25).

⁵⁰ Toto pojetí vychází z definice účelových sňatků v Rezoluci Rady ze 4. prosince 1997 o opatřeních, které je nutné přijmout pro boj proti účelovým sňatkům. Ta definuje účelový sňatek následovně: „1. Pro účely této rezoluce znamená „účelový sňatek“ manželství uzavřené mezi občanem členského státu nebo občanem třetí země, který na území členských států legálně pobývá a státním příslušníkem třetí země, jehož jediným cílem je obejít pravidla vstupu a pobytu občanů třetích zemí a získat povolení nebo oprávnění k pobytu na území členského státu.“

individuální případy, ve kterých existuje odůvodněné podezření ze zneužití. Právo Společenství nicméně zakazuje systematické kontroly.⁵¹ Členské státy mohou vycházet z předchozích analýz a zkušeností, které dokazují jasný vztah mezi prokázanými případy zneužití a určitými charakteristikami takovýchto případů.

Aby se zamezilo vytváření zbytečných zátěží a překážek, je možné určit soubor indikativních kritérií, která poukazují na to, že je zneužití práv Společenství nepravděpodobné:

- *manžel, který je státním příslušníkem třetí země, by bez problémů získal právo pobytu sám, nebo již legálně pobýval v členském státě občana EU předtím,*
- *pár byl před sňatkem v dlouhodobém vztahu,*
- *pár měl společné bydliště/domácnost po dlouhou dobu,⁵²*
- *pár přijal vážný dlouhodobý právní nebo finanční závazek se společnou odpovědností (hypotéka na bydlení atd.),*
- *manželství trvá dlouhou dobu.*

Členské státy mohou definovat soubor indikativních kritérií, která poukazují na to, že existuje možný úmysl zneužití práv přiznaných směrnici výlučně za účelem obejít vnitrostátní právní předpisy upravující přistěhovalectví. Vnitrostátní orgány mohou zejména zohlednit následující faktory:

- *pár se před svatbou nikdy nesetkal,*
- *pár se neshoduje, pokud jde o jejich osobní údaje, o okolnosti jejich prvního setkání, nebo důležité osobní informace, které se jich týkají,*
- *pár nemluví společným jazykem, kterému oba rozumí,*
- *důkaz o peněžní částce nebo daru, které byly předány, aby byl sňatek uzavřen (s výjimkou peněz nebo darů, které byly předány jako věno v kulturách, kde je to běžnou praxí),*
- *v minulosti jednoho nebo obou manželů existuje důkaz o předchozích účelových sňatcích nebo jiných formách zneužití a podvodu, jejichž účelem bylo nabytí práva pobytu,*
- *rozvoj rodinného života pouze tehdy, kdy byl přijat příkaz k vyhoštění,*
- *pár se rozvedl krátce potom, co státní dotyčný příslušník třetí země získal právo pobytu.⁵³*

Výše uvedená kritéria by měla být považována za podněty pro zahájení vyšetřování, aniž by z nich bylo možné vyvozovat automatické závěry výsledků nebo dalšího šetření. Členské státy se nemohou spoléhat na jediné kritérium, ale je třeba věnovat řádnou pozornost všem okolnostem jednotlivého případu. Vyšetřování může zahrnovat oddělené rozhovory s každým z manželů.

⁵¹ Tento zákaz nezahrnuje pouze kontroly všech přistěhovalců, ale také kontroly celých kategorií přistěhovalců (např. přistěhovalců určitého etnického původu).

⁵² Právo Společenství nestanoví požadavek, že rodinní příslušníci, kteří jsou státními příslušníky třetí země, musí žít s občanem EU ve společné domácnosti, aby měli právo pobytu – věc C-267/83 Diatta (odst. 15 a násl.).

⁵³ Obdobná kritéria formulovala již zmíněná Rezoluce Rady ze 4. prosince 1997 o opatřeních, které je nutné přijmout pro boj proti účelovým sňatkům: „2. Ukazatelé, na základě kterých se lze domnívat, že se jedná o účelový sňatek, jsou zejména tyto: manželé spolu nežijí, nedostatek přiměřené účasti na povinnostech vyplývajících z manželství, manželé se před svatbou nikdy nepotkali, manželé se rozcházejí v osobních údajích (jméno, adresa, národnost a zaměstnání), v okolnostech jejich prvního setkání, dalších důležitých osobních informacích, které se jich týkají, manželé neovládají jazyk, kterému by oba rozuměli, aby bylo manželství uzavřeno, byla předána určitá částka peněz (s výjimkou peněz, které se věnují jako věno v zemích, kde je darování věna běžnou praxí), minulost jednoho z manželů obsahuje o předchozích účelových sňatcích nebo pobytových neobvyklостech.“

Důkazní břemeno nesou orgány členských států, které se snaží omezit práva podle této směrnice. Orgány musí být s to případ přesvědčivě doložit, přičemž musí respektovat všechny hmotně-právní záruky popsané v předchozích oddílech. V případě odvolání je úkolem vnitrostátních soudů ověřit, zda v jednotlivých případech došlo ke zneužití, přičemž důkaz o této skutečnosti musí být podán v souladu s vnitrostátními právními předpisy, za předpokladu, že tím není dotčena účinnost práva Společenství.⁵⁴ Vyšetřování musí být prováděno v souladu se základními právy, zejména s články 8 (právo na respektování soukromého a rodinného života) a 12 (právo uzavřít manželství) EÚLP (články 7 a 9 Listiny EU).“

Problémem vnitrostátní právní úpravy byla skutečnost, že důvody pro zamítnutí žádosti o vízum rodinnému příslušníkovi občana EU (ČR) explicitně, na rozdíl např. od ustanovení § 87e odst. 1 písm. c), či § 87k odst. 1 písm. c) zákona o pobytu cizinců,⁵⁵ článek 35 směrnice nezohledňovali.⁵⁶ Jak tedy postupovat v případě zjištění účelového sňatku? Znovu zde připomínám, že směrnice 2004/38/ES (potvrzuje to i Sdělení Komise) rozlišuje mezi výhradou veřejného pořádku (čl. 27) a zneužitím práv (čl. 35), a že obecně nelze tyto pojmy (situace) zaměňovat, resp. podřazovat účelový sňatek pod aplikaci veřejného pořádku. Naopak judikatura Nejvyššího správního soudu v minulosti účelové sňatky pod výhradu veřejného pořádku podřazovala.⁵⁷ Musela se však vypořádat se situací, kdy právní úprava ještě samostatný důvod spočívající v obcházení zákona formou účelového sňatku neznala. V době rozhodování o zamítnutí stěžovatelových žádostí o vízum však vnitrostátní právní úprava u přechodného a trvalého pobytu⁵⁸ mezi oběma situacemi rozlišovala, důvody pro zamítnutí víza rodinnému příslušníkovi občana EU (ČR) však nikoli (znali pouze výhradu veřejného pořádku). Zároveň na rodinného příslušníka nebylo možné aplikovat ustanovení § 56 odst. 1 písm. i) zákona o pobytu cizinců, dle něhož lze žádost zamítnout, pokud cizinec „vízum hodlá zneužít k jinému účelu, než je uveden v žádosti o udělení víza.“ Jaký zákonný důvod pro zamítnutí žádostí o vízum tedy v případech účelových sňatků aplikovat? Přestože považuji za problematické tutéž situaci (účelový sňatek) podřazovat v jednom případě (řízení o přechodném/trvalém pobytu) pod samostatný důvod (obcházení zákona),⁵⁹ v případě druhém (řízení o udělení víza

⁵⁴ Věci C-110/99 *Emsland-Stärke* (odst. 54) a C-215/03 *Oulane* (odst. 56).

⁵⁵ V těchto případech právní úprava stanoví jako výslovný důvod pro zamítnutí žádosti o vydání povolení k přechodnému (pro rodinného příslušníka občana EU) a trvalému pobytu (v tomto případě právní úprava nerozlišuje mezi rodinným příslušníkem občana EU a občanem EU), pokud se žadatel „dopustil obcházení“ zákona o pobytu cizinců s cílem získat povolení k přechodnému/trvalému pobytu, „zejména pokud účelově uzavřel manželství, nebo jeho účelově prohlášeným souhlasem bylo určeno otcovství“.

⁵⁶ Dle subkapitoly 4.4. Opatření proti zneužití a podvodu a sankce Sdělení Komise: „Článek 35 opravňuje členské státy k přijetí potřebných opatření v případě zneužití práv nebo podvodu. Tato opatření je možné přijmout kdykoliv a mohou zahrnovat:

- odmítnutí přiznat práva podle práva Společenství týkajícího se volného pohybu (tj. vydat vstupní vízum, nebo pobytovou kartu),
- pozastavení nebo odnětí práv volného pohybu přiznaných právem Společenství (tj. rozhodnutí ukončit platnost pobytové karty a vyhostit dotyčnou osobu, která nabyla svých práv prostřednictvím zneužití nebo podvodu).

Právo Společenství v současnosti nestanoví zvláštní sankce, které by členské státy mohly uplatnit v rámci boje proti zneužití a podvodu. Členské státy mohou stanovit sankce podle soukromého (tj. zrušení účinků prokázaně účelového sňatku na právo pobytu), správního nebo trestního práva (pokuty nebo trest odnětí svobody) za předpokladu, že jsou tyto sankce účinné, nediskriminující a přiměřené.“

⁵⁷ Viz např. rozsudek druhého senátu sp. zn. 2 As 78/2006 ze dne 16. 5. 2007.

⁵⁸ Které představují další pobytové stupně rodinného příslušníka občana EU na území ČR, pokud je mu uděleno vízum k pobytu do 90 dnů.

⁵⁹ Za situace, kdy důvody pro zamítnutí žádosti o povolení k přechodnému/trvalému pobytu zmiňují výhradu veřejného pořádku („závažným způsobem narušit veřejný pořádek“) jako další důvod pro zamítnutí žádosti, odlišný

k pobytu do 90 dnů, kdy v zákoně chybí speciální ustanovení o obcházení zákona) pod výhradu veřejného pořádku, zřejmě nebylo možné než si vystačit právě s poslední zmíněnou výhradou (§ 9 odst. 3 písm. a) bod 4 zákona o pobytu cizinců), popř. aplikovat ustanovení § 56 odst. 1 písm. a) téhož zákona.⁶⁰

Při hodnocení postupu ZÚ Tunis nemohu odhlédnout od skutečnosti, že k zamítnutí žádosti o vízum došlo nezákonně, a nikoli na základě některého z důvodů obsaženého v ustanovení § 56 odst. 4 zákona o pobytu cizinců, a že pořízený záznam o šetření ICP Praha, resp. záznam pořízený vedoucí konzulárního úseku nebylo možné použít jako důkaz.

Zároveň si dovoluji k hodnocení ZÚ Tunis následující komentář:

Považuji za naprosto nepatřičné a genderově stereotypní vyvozovat jakékoli závěry z toho, že mezi stěžovatelem a jeho manželkou je věkový rozdíl 11 let. Tento fakt jakkoli neprokazuje, že by šlo o sňatek uzavřený „výlučně za účelem získání práva volného pohybu a pobytu“. Pro zajímavost uvádím, že jen v roce 2009 bylo v hlavním městě Praze uzavřeno 83 sňatků, kdy byla snoubenka starší než snoubenec o 10 až 19 let.⁶¹

Za zcela nepodložené rovněž považuji pochybnosti o plánování rodiny s ohledem na věk manželky (43 let). Opět pro srovnání, v hlavním městě Praze došlo v roce 2009 k 345 porodům, kdy byla matka starší 40 let.⁶² Nicméně, ani pokud by spolu manželé neplánovali založit rodinu (počít dítě), je to pro hodnocení účelovosti sňatku irelevantní.

Otázkou rovněž zůstává hodnocení délky známosti, je doba 9 měsíců mezi seznámením a uzavřením sňatku krátká či dlouhá? Jakékoli obecně platné závěry považují za zjednodušující, neboť vždy bude záležet na konkrétních okolnostech. V této souvislosti se domnívám, že nebylo vůbec přihlédnuto k informaci, která měla být poskytnuta paní N., totiž že snoubenci, resp. manželé jsou spolu v kontaktu prostřednictvím Internetu a Skype. Domnívám se, že tato skutečnost měla být dále prověřována. Zároveň by se blíže vyjasnilo, jak spolu manželé komunikují. Nelze tedy veškerou argumentaci založit na tvrzení, že stěžovatel se s manželkou viděl před svatbou dvakrát, neboť k dalšímu prohloubení vztahu mohlo dojít prostřednictvím vzpomenutých komunikačních prostředků.

Ze zaslaného spisu je zřejmé, že jak stěžovatel, tak i manželka určitou znalostí

od obcházení zákona formou účelového sňatku (srov. § 87e odst. 1 věta první ve spojitosti s § 87d odst. 1 písm. c) zákona o pobytu cizinců).

⁶⁰ Popsaný nedostatek právní úpravy odstranila novelizace zákona o pobytu cizinců od 1. 1. 2011. Ustanovení § 20 odst. 5 kromě výhrady veřejného pořádku („c) je důvodné nebezpečí, že by při pobytu na území mohl ohrozit bezpečnost státu, nebo závažným způsobem narušit veřejný pořádek,“) zakotvuje samostatný důvod spočívající v obcházení zákona („e) se dopustil obcházení tohoto zákona s cílem získat vízum k pobytu na území, zejména pokud účelově uzavřel manželství.“).

⁶¹ [http://www.czso.cz/csu/2010edicniplan.nsf/t/53002AB122/\\$File/40271001.pdf](http://www.czso.cz/csu/2010edicniplan.nsf/t/53002AB122/$File/40271001.pdf)

⁶² [http://www.czso.cz/csu/2010edicniplan.nsf/t/53002AB122/\\$File/40271001.pdf](http://www.czso.cz/csu/2010edicniplan.nsf/t/53002AB122/$File/40271001.pdf)

francouzštiny disponují.⁶³ Zároveň se domnívám, že ony zjištěné rozpory ve výpovědích stěžovatele a jeho manželky, popř. neznalost některých skutečností týkajících se manželky (která vyplynula z pohovoru se stěžovatelem), mohly být právě způsobeny tím, že oba nemají perfektní znalost francouzštiny. Taktéž je však možné, že jim znalost jazyka umožňuje běžnou komunikaci v základních životních situacích. To bylo možné prověřit dalšími důkazními prostředky, např. požadavkem na předložení skypové komunikace apod.

Pokud jde o pokus přimět manželku stěžovatele k telefonickému rozhovoru ve francouzštině, považuji takový postup za velmi sporný, kdy navíc toto odmítnutí samo o sobě nemůže znamenat, že paní N. není schopna komunikovat se svým manželem. V této souvislosti připomínám, že dle § 16 odst. 1 správního řádu, kteréžto ustanovení se v souladu s § 154 téhož předpisu použije na řízení o udělení víza k pobytu do 90 dnů s rodinným příslušníkem v plném rozsahu, se v řízení *„jedná a písemnosti se vyhotovují v českém jazyce.“*

Za opět značně diskutabilní považuji vyjádření ZÚ Tunis, dle něhož stěžovatel *„neuvedl jedinou věc, která by podpořila jeho tvrzení, že si svou ženu vzal z lásky (nebo z jiného akceptovatelného důvodu).“* V této souvislosti by mě zajímalo, jakým způsobem se prokazuje uzavření sňatku z lásky? A jaký další důvod kromě lásky považuje ZÚ Tunis za akceptovatelný? V této souvislosti se obávám, že jde o nepochopení fenoménu účelového sňatku pro účely směrnice 2004/38/ES. Znovu připomínám, že ty jsou definovány *„jako sňatky uzavřené výlučně za účelem získání práva volného pohybu a pobytu podle směrnice, na které by jinak dotyčná osoba neměla nárok. Sňatek není možné považovat za účelový sňatek pouze z toho důvodu, že je spojen s výhodou přistěhovalectví, nebo s jinou výhodou. Kvalita vztahu není pro použití článku 35 relevantní.“*

Je na správním orgánu (ZÚ Tunis), aby prokázal, že šlo o sňatek uzavřený výlučně za účelem získání práva volného pohybu a pobytu. To, že s uzavřením sňatku je spojeno právo na přestěhování se do ČR, nalezení lépe placeného zaměstnání, či zvýšení si životní úrovně, není samo o sobě důvodem pro závěr, že se jedná o účelový sňatek ve smyslu uvedené definice. Vyčítat stěžovateli, že bude ochoten pracovat v ČR i nelegálně, svědčí pouze o oboustranné neznalosti právního postavení rodinného příslušníka v oblasti zaměstnávání na území ČR. Dle § 3 odst. 3 zákona č. 435/2004 Sb., o zaměstnanosti, ve znění pozdějších předpisů, totiž platí, že *„rodinní příslušníci občana České republiky, kteří nejsou státními příslušníky České republiky ani jiného členského státu Evropské unie, mají v právních vztazích upravených tímto zákonem stejné právní postavení jako občan České republiky, pokud tento zákon nestanoví jinak.“* Jinými slovy, stěžovatel je, pokud jde o přístup k zaměstnání, v rovnocenném postavení s občany ČR, může tedy pracovat bez pracovního povolení atd.

C.1.6. Postup MZV v rámci nového posouzení důvodů neudělení víza

Zásadní pochybení MZV spatřuji v tom, že nenapravilo v rámci nového

⁶³ „Cituji z vyjádření ZÚ Tunis: „...,oba mluví francouzsky jen trochu a využívají česko-arabský slovník. On při pohovoru na otázky ve francouzštině začal odpovídat v arabštině (zřejmě rozumí otázkám, ale neumí se vyjádřit) ... Co se týče paní L., ta při telefonátu s konzulkou hovořit ve francouzštině odmítla. Takovou znalost jazyka prý ještě nemá, neboť jak uvedla, je zapsaná na francouzštinu teprve ve druhém ročníku jazykové školy.“

posouzení důvodů neudělení víza pochybení ZÚ Tunis, spočívající v aplikaci nezákonného, mimoprávního důvodu na zamítnutí žádosti. Navíc nepochopitelně v odůvodnění svého rozhodnutí uvedlo, cit.: „*Rozhodnutí ZÚ je tedy v souladu s čl. 32 odst. 1 písm. b) vízového kodexu ...*“ Dle tohoto článku (Zamítnutí žádosti o udělení víza): „*1. Aniž je dotčen čl. 25 odst. 1, žádost o udělení víza se zamítne: ... b) existují-li důvodné pochybnosti, pokud jde o pravost podpůrných dokladů předložených žadatelem, nebo pokud jde o pravdivost jejich obsahu, o spolehlivost prohlášení učiněných žadatelem, nebo pokud jde o jeho úmysl opustit území členských států před skončením platnosti víza, o které žádá.*“

Jak jsem výše uvedl, čl. 32 Vízového kodexu nebylo možné na zamítnutí žádosti rodinného příslušníka občana ČR vůbec aplikovat. Navíc, čl. 32 odst. 1 písm. b) Vízového kodexu ZÚ Tunis vůbec nepoužil (!). MZV tedy ani (byť by to bylo samo o sobě nesprávné) nemohlo aplikaci uvedeného článku potvrdit.

C.2. Zamítnutí druhé žádosti stěžovatele č. TUNI201004010001

Dle čl. 21 odst. 9 Vízového kodexu, „*předchozí zamítnutí žádosti o udělení víza nevede automaticky k zamítnutí nové žádosti. Nová žádost se posuzuje na základě všech informací, které jsou k dispozici.*“

Pokud jde o druhou žádost stěžovatele, která byla zamítnuta na základě stejného mimoprávního důvodu, jako žádost první, mohu v podstatě odkázat na veškeré výše uvedené argumenty, které jsem uvedl k řízení o první žádosti (k nedodržení 14denní lhůty však v tomto případě došlo o pouhý jeden den, žádost byla podána dne 24. května 2010 a zamítnuta dne 8. června 2010).

Přes vytknuté pochybení ze strany MZV k chybějícímu odůvodnění rozhodnutí o zamítnutí žádosti ani v druhém případě formulář podrobné rozvedení důvodů zamítnutí žádosti neobsahuje. Považuji v této souvislosti za alarmující sdělení vedoucí konzulárního oddělení ZÚ Tunis Mgr. Kolářové ze dne 10. 9. 2010, dle něhož používá zastupitelský úřad „*nové formuláře, v nichž podrobně věcně zdůvodňuje, proč nebylo vízum rodinnému příslušníkovi uděleno*“ až od „*1. 7. 2010*“ (!). Mělo tomu tak být již k datu uplynutí transpozice směrnice 2004/38/ES, tj. k 30. dubnu 2006 (!).

Oceňuji snahu ZÚ Tunis získat prostřednictvím cizinecké policie odpovědi na požadované dotazy, nicméně doložení stručného záznamu ze dne 8. 7. 2010 (TUNI201005240001D3155 pokračování) je naprosto bezpředmětné. Jednak s ohledem na skutečnost, že v té době již žádné řízení neprobíhalo, zároveň neobsahuje žádné nové informace nad rámec předchozího šetření ICP Praha. Na základě argumentů, které jsem podrobně uvedl výše, by ani tento záznam nebylo možné použít jako důkaz.

D. Závěr

Na základě výše uvedených skutečností shrnuji, že ZÚ Tunis a MZV (pouze v případě první žádosti stěžovatele) se v řízeních o udělení víza k pobytu do 90 dnů

s panem N. dopustily hned několika závažných pochybení, která jsem podrobně rozvedl v části C. této zprávy o šetření v dané věci.

Svoje šetření tak končím v souladu s ustanovením § 18 odst. 1 zákona o veřejném ochránci práv a dovoluji si obrátit se na velvyslance ČR v Tunisku JUDr. Alexandra Slabého a náměstka ministra zahraničních věcí JUDr. Vladimíra Galušku, aby se k této zprávě ve lhůtě 30 dnů od jejího obdržení vyjádřili.

Zároveň zasílám svoji zprávu právnímu zástupci stěžovatele Mgr. Č.

JUDr. Pavel V a r v a ř o v s k ý v. r.
veřejný ochránce práv
(zpráva je opatřena elektronickým podpisem)